FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO

CÓDIGO CIVIL

E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977

VOLUME III

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Coimbra Editora

2007

O PENHOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL

RUI PINTO DUARTE

DUAS NOTAS PRÉVIAS

O tema que tomo por objecto transborda em muito o Código Civil. Não creio que isso torne menos adequada a sua eleição para um Congresso que comemora um aniversário do diploma básico do nosso Direito Privado. Embora o assunto convoque normas de outros textos legais e dele se possa dizer que tem índole comercial, a verdade é que o seu tratamento obriga a múltiplas passagens pelo Código Civil — o que prova o carácter central e a força centrípeta deste. Por outras palavras: a matéria é adequada a comprovar que as regras e os princípios do Código Civil contribuem para a solução de todos os problemas jurídico-privados.

A segunda nota prévia tem a ver com o lugar das garantias reais na enciclopédia jurídica. Seria infrutífero defender que a matéria cabe melhor no Direito das Obrigações do que nos Direitos Reais, como infrutífero seria defender o contrário. As garantias *reais* das *obrigações* tocam os dois ramos do Direito Civil e só por força das simplificações inerentes à divisão da realidade em segmentos e do saber em disciplinas é que umas vezes são tratadas aqui e outras ali. Também o facto de o tema escolhido não pertencer meramente ao Direito das Obrigações não me parece obstar ao seu tratamento neste Congresso. As fronteiras são muitas vezes os territórios menos visitados, mas são também locais muito atraentes...

1. RAZÕES PARA O RECURSO AO PENHOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E DÚVIDAS SOBRE A SUA ADMISSIBILIDADE

Pouparei ao leitor várias outras notas introdutórias que os usos permitiriam supor seguirem-se: a relativa ao conceito de penhor (1), a relativa

(1) À face da linha distintiva entre hipoteca e penhor que a nossa lei, pelo menos na aparência, traça (nos arts. 686 e 666 do Código Civil), a garantia que tenha o estabeleci-

ao conceito de estabelecimento comercial (2) e a de cariz histórico (3). Nada do que eu pudesse escrever sobre esses temas seria novidade e o que poderá relevar do que penso sobre eles aparecerá adiante.

Assim, iniciarei a abordagem do tema com um breve elenco de razões para o recurso à figura que tomo por objecto.

Não sendo tão frequente quanto outras modalidades das garantias reais, o penhor de estabelecimento comercial é vulgar (4). Tenho reparado em três situações-tipo que levam a que se lance mão da figura.

---

mento comercial por objecto, uma vez que o mesmo não é imóvel, nem equiparado, só pode ser qualificada como penhor. Se se rejeitar essa linha distintiva e se se adoptar a consistente em a garantia implicar o desapossamento, como acontece noutros Direitos, a garantia que tenha o estabelecimento comercial por objecto será uma hipoteca. Na medida em que, para os efeitos que aqui estão em causa, a questão é sobretudo terminológica, não a aprofundaremos e adoptaremos a expressão corrente entre nós: penhor de estabelecimento comercial (para a discussão da linha distintiva entre hipoteca e penhor, v. Inocêncio Galvão Telles, *O Penhor sem Entrega no Direito Luso-Brasileiro,* in *Scientia Iuridica*, Tomo IV, n.º 15, Janeiro-Fevereiro 1955, págs. 199 e segs.).

(2) Para cuja fixação há contributos importantes na nossa literatura, nomeadamente os de Mário de Figueiredo (*Natureza Jurídica do Estabelecimento Comercial*, in *Boletim da FDUC*, Ano VIII, 1926, págs. 48 e segs.), Barbosa de Magalhães (sobretudo, *Do Estabelecimento Comercial*, Lisboa, Ática, 1951, *passim*), Ferrer Correia (sobretudo nos textos *Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica* — publicado inicialmente em 1957, na *RLJ*, e depois, com aditamentos, em *Estudos Jurídicos II Direito Civil e Comercial Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1969, págs. 255 e segs., e também largamente incorporado no capítulo III do Vol. I das *Lições de Direito Comercial* — e *Sobre o Projecto da Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, in *ROA*, Ano 44, I, Maio 1984, *maxime* págs. 20 e segs.), Orlando de Carvalho (sobretudo, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, *passim, maxime* págs. 687 e segs., e *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, págs. 189 e segs., nomeadamente nas notas), Fernando Olavo (*Direito Comercial*, Vol. I, 2.ª ed., Lisboa, 1974, págs. 259 e segs.), Coutinho de Abreu (*Da Empresarialidade As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, *passim*, e *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, págs. 187 e segs.) e Menezes Cordeiro (sobretudo, *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, págs. 207 e segs.).

(3) Para uma perspectiva histórica, v. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, 7.º vol., *O Estatuto do Estabelecimento e a Emprêsa Mercantil*, São Paulo, Edição Saraiva, 1962, págs. 386 e segs., Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., págs. 242 e segs., sobretudo notas 69, 70 e 71, e págs. 475 a 477, nota 131, e Ignacio Serrano Garcia, *La Hipoteca de Establecimiento Mercantil*, Madrid, Edersa, 1975, págs. 169 e segs.

(4) Além de vulgar, tem uma relevante história recente, desde o século XIX, como se retira das obras referidas na nota anterior e de Luiz da Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. II, Lisboa, 1916, pág. 461.

A primeira é a de o estabelecimento não integrar elementos que, considerados cada um por si, sejam suficientemente valiosos para constituir a garantia que se busca.

A segunda, provavelmente a mais relevante, é a de o principal elemento de valorização do estabelecimento ser a posição contratual de arrendatário — a qual, não sendo susceptível de ser dada isoladamente em garantia, pode integrar a garantia consistente no estabelecimento como um todo.

A terceira é a da utilização do penhor de estabelecimento como complemento da hipoteca do imóvel em que o mesmo esteja instalado. Para evitar uma eventual desvalorização do imóvel hipotecado resultante da sua afectação à actividade comercial, nomeadamente ao abrigo de um arrendamento, aquele que exige a hipoteca do imóvel exige também o penhor do estabelecimento nele instalado — acumulação de garantias essa que lhe permitirá, em caso de execução das mesmas, beneficiar não só do valor do imóvel como do valor que o estabelecimento acrescente a este, assegurando-lhe, em qualquer caso, que o valor do imóvel não será embaraçado por o mesmo estar ocupado pelo estabelecimento.

Não pode, pois, haver dúvidas quanto a que o penhor de estabelecimento corresponde a algumas necessidades do mundo dos negócios.

Há, porém, dúvidas sobre a sua admissibilidade, à luz do nosso Direito. Enfatize-se que o problema é de interpretação das normas vigentes, não consentindo uma resposta única para todos os espaços e momentos. Com efeito, países há, como a França e a Espanha, em que nenhumas dúvidas surgem quanto à admissibilidade da figura em causa, nomeadamente por sobre ela haver leis específicas (ainda que existam discussões sobre alguns aspectos dos respectivos regimes) (5). Naturalmente, a diversidade dos

(5) V., sobre a situação do Direito francês, Jacques Mestre, Emmanuel Putman e Marc Billiau, *Droit Spécial des Sûretés Réelles*, Paris, LGDJ, 1996, págs. 423 e segs., e, sobre a situação do Direito espanhol, além da obra de Ignacio Serrano Garcia atrás referida, Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, págs. 571 e segs., Manuel Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, 3.ª ed., Tomo II, Madrid, Centro de Estudos Registrales, 1999, págs. 93 e segs., Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Jesús Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantia*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 736 e segs., Manuel Broseta Pont e Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Vol. I, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 147 e 148. Para mais dados sobre outras ordens jurídicas (embora, naturalmente, algo desactualizados), v. Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., nos locais indicados na nota 3, *supra*.

quadros legislativos não retira interesse ao conhecimento da História e dos outros Direitos.

Às dúvidas sobre a admissibilidade do penhor de estabelecimento acrescem outras respeitantes ao regime da figura (uma vez que se superem as primeiras, é óbvio).

Os propósitos do presente texto são discutir umas e outras.

2. ARGUMENTOS CONTRA A ADMISSIBILIDADE DA FIGURA

Vou começar por apresentar os argumentos que têm sido invocados contra a admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial. A ordenação dos argumentos e a própria separação dos mesmos são algo arbitrárias. Preliminarmente, direi ainda que o pensamento que nega a admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial tem como expoentes, na vigência do Código Civil de 1966 ([6]), Antunes Varela ([7]) e um parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República ([8]). Almeida Costa parece integrar-se também em tal linha de pensamento, pois, embora não aborde directamente o tema, nega, à semelhança de Antunes Varela, que o penhor possa ter por objecto universalidades, com base na exigência legal de certeza quanto ao mesmo — argumento esse que parece afastar a admissibilidade do penhor de estabelecimento, ainda que não se o qualifique como universalidade ([9]).

Eis, pois, os argumentos contra a admissibilidade da figura:

a) O penhor de coisas exige, por regra (art. 666 do Código Civil ([10])) o desapossamento; ora, não há norma que permita o penhor de estabelecimento sem desapossamento;

([6]) Na vigência do Código de Seabra, a corrente doutrinária negatória teve vários defensores, dos quais é de destacar Inocêncio Galvão Telles – implicitamente, em *Das Universalidades*, Lisboa, 1940, págs. 202 e segs. e, expressamente, na *Anotação* publicada em *O Direito*, Ano 87, n.º 4, 1955, Outubro-Dezembro, págs. 338 e segs. Como resulta da *Anotação* em causa, a Jurisprudência encontrava-se dividida, parecendo que a posição negatória era minoritária.

([7]) *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pág. 528. A posição de Antunes Varela está implícita no *Código Civil Anotado*, de que é co-autor com Pires de Lima (v. Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pág. 685).

([8]) Datado de 28.2.85 e publicado no *D.R.*, II Série, de 10.5.85.

([9]) V. *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pág. 861.

([10]) Doravante, serão do Código Civil todos os artigos de que não se indique o diploma a que pertencem.

b) O penhor é um direito real que incide sobre coisa certa (art. 666); ora, o estabelecimento comercial não é uma coisa certa, mas sim uma aglutinação de coisas cuja composição varia permanentemente;

c) A admissibilidade do penhor do estabelecimento teria de se ancorar no art. 206 — que define como coisa composta ou universalidade de facto a pluralidade de coisas móveis pertencentes à mesma pessoa dotadas de um destino unitário; ora, parte dos elementos do estabelecimento pode não pertencer (e não pertence frequentemente) ao titular do estabelecimento;

d) Os trabalhos preparatórios do Código Civil, no respeitante ao penhor, chegaram não só a prever que o mesmo pudesse ter por objecto as universalidades como mesmo a conter um preceito específico sobre o penhor de estabelecimento comercial; a não consagração de tais elementos no Código Civil só poderia significar que o legislador quis afastar a admissibilidade da figura.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DA ADMISSIBILIDADE DA FIGURA

Vou agora apresentar argumentos a favor da admissibilidade da figura — ou melhor aqueles desses argumentos que me parecem procedentes. Alguns bebi-os na Doutrina e na Jurisprudência, outros são da minha lavra. Antes de mais, referirei autores que integram a corrente em causa, na vigência do Código de 1966 ([11]). Tomando posição expressa, conheço A. Agostinho Caeiro ([12]), Brito Correia ([13]), Orlando de Carvalho ([14]),

([11]) Na vigência do Código de Seabra, a corrente doutrinária que defendia a admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial teve também vários defensores, dos quais é de destacar Barbosa de Magalhães (*ob. cit.*, págs. 171 e segs.).

([12]) No seu voto de vencido no referido parecer do CC da PGR (para quem estranhe que incluamos um voto de vencido nas posições doutrinárias, frisaremos que o *curriculum* do Autor em causa e o teor de tal texto lhe dão substancialmente o cariz de texto doutrinário).

([13]) *Direito Comercial*, 3.º vol., AAFDL, 1986, págs. 65 e segs. (ao que parece, por aquilo que se lê no voto vencido de A. Agostinho Caeiro referido na nota antecedente, alterando uma posição anterior — tomada numa edição da mesma obra a que não conseguimos ter acesso).

([14]) No texto *Introdução à Posse* publicado em vários números da *RLJ*, mais precisamente na pág. 107 da *RLJ* n.º 3781.

Coutinho de Abreu ([15]) e Menezes Cordeiro ([16]). Sem tomarem posição expressa, mas construindo o estabelecimento comercial e o direito do seu titular de tal modo que a admissão da possibilidade de penhor se torna (quase...) um mero corolário, são de referir Ferrer Correia ([17]) e Oliveira Ascensão ([18]). Além disso, é de dizer que, após a entrada em vigor do Código ([19]), há, pelo menos, quatro decisões de tribunais superiores que admitem a figura: uma da Relação de Évora datada de 18.6.91 (ou 17.3.92), uma da Relação de Coimbra datada de 22.6.99 e duas do Supremo Tribunal de Justiça datadas de 6.5.93 (proferida no mesmo processo do citado acórdão da Relação de Évora) e de 29.11.2001 ([20]).

Mais uma vez a separação e a ordem dos argumentos são algo arbitrárias.

a) Começarei por um argumento que só a evolução legislativa dos últimos anos fez nascer: trata-se da previsão pelo Código do Processo Civil da penhora de estabelecimento comercial; o seu art. 862-A, introduzido na reforma de 1995/1996, ao regular o modo de realização da penhora do estabelecimento, resolveu as dúvidas que anteriormente havia quanto à admissibilidade de o estabelecimento ser objecto de penhora; a penhorabilidade do estabelecimento não pode deixar de ser vista como argumento em favor da sua empenhabilidade;

b) Em segundo lugar, invocarei outro argumento nascido de legislação posterior ao Código Civil, ainda que mais antiga do que a antes referida: trata-se da admissão expressa do penhor do estabelecimento individual de responsabilidade limitada

([15]) V. *Da Empresarialidade*, cit., págs. 141 e 142, na nota 365.

([16]) No *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 254, e no texto *Estabelecimento Comercial e Arrendamento*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2002, pág. 424.

([17]) Nas obras referidas na nota 2.

([18]) Sobretudo em *Direito Comercial*, Vol. I, *Institutos Gerais*, Lisboa, 1998/99, págs. 103 e segs.

([19]) Como já assinalámos na nota 6, também antes do Código actual, aparentemente, era dominante a corrente jurisprudencial que admitia o penhor de estabelecimento.

([20]) O acórdão da Relação de Évora foi primeiramente publicado em *CJ* XVI, Tomo III, com a data de 18.6.91 e republicado em *CJ* XVII, Tomo II, com a data de 17.3.92; o acórdão da Relação de Coimbra foi publicado em *CJ* XXIV, Tomo III; os acórdãos do STJ foram publicados, respectivamente, no *BMJ* 427 e em *CJ-STJ* IX, Tomo III.

(EIRL) ([21]), no art. 21, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto — que não apenas afirma tal possibilidade como esclarece que o penhor em causa produz efeitos independentemente da entrega do estabelecimento ao credor ([22]);

c) Em terceiro lugar, há a referir o argumento que resulta da indiscutível admissão da negociabilidade do estabelecimento comercial: se se aceita que o estabelecimento comercial possa ser, enquanto tal, objecto de transmissão, por que razão se há-de negar que ele possa ser objecto de oneração? As dificuldades de circunscrição da coisa a onerar não são diversas das da circunscrição da coisa a alienar...

d) Em quarto lugar, não parece temerário qualificar o estabelecimento comercial como uma coisa; poderá não ser uma coisa corpórea, poderá não ser uma universalidade de facto, mas é certamente uma coisa — num sentido amplo em que a expressão abrange não apenas coisas corpóreas como coisas incorpóreas ([23]).

4. SUBSCRIÇÃO DA TESE QUE ADMITE A FIGURA

Do que escrevi antes resulta que subscrevo a tese que, à luz da lei portuguesa, admite a figura. Impressionam-me as razões a seu favor e não me impressionam as razões contra. Vejamos porquê.

Os argumentos da tese negatória centrados na alegada não determinabilidade do estabelecimento comercial sucumbem perante as afirmações legislativas dessa determinabilidade. A possibilidade de delimitação do

([21]) Oliveira Ascensão nega que as disposições legais relativas ao EIRL possam inspirar soluções para os problemas suscitados a propósito do estabelecimento comercial em geral; fá-lo, porém, com base numa caracterização do EIRL que não podemos acompanhar (nomeadamente, quando diz que entre EIRL e estabelecimento há uma relação similar à que existe entre sociedade comercial e estabelecimento) — v. *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, in *ROA*, Ano 47, I, Abril 1987, págs. 11 e 12.

([22]) Decorrendo do n.º 2 do mesmo artigo que o penhor tem de ser reduzido a escrito e objecto de registo (sendo de recordar que a actual redacção do art. 16 do Dec.-Lei n.º 248/86 resultou do Dec.-Lei n.º 36/2000, de 14 de Março).

([23]) Para os fundamentos desta ideia, v. Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, cit., págs. 189 e segs., Ferrer Correia, *Sobre a Reforma* ..., cit., loc. cit., e Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, cit., págs. 232 e segs.

objecto do direito em causa é uma questão jurídica e não física ou económica. Se a lei, em lugares paralelos, afirma essa possibilidade, não é legítimo ao intérprete negá-la.

Quanto ao argumento da exigência de desapossamento, há que dizer que ele só valeria alguma coisa se se entendesse o estabelecimento comercial como uma coisa corpórea móvel. Se ele for qualificado de outro modo, o argumento nada vale. Acresce que, mesmo que se qualificasse o estabelecimento como coisa corpórea móvel, sempre se poderia invocar a aplicação analógica do preceito que admite o penhor do EIRL.

Por último, o argumento retirado da evolução dos trabalhos preparatórios é extremamente subjectivo e até reversível. Na verdade, não só se pode entender que o legislador não previu expressamente o penhor de universalidades por ter achado que essa possibilidade flui do art. 206, como se pode entender que o legislador se limitou a seguir a observação de Vaz Serra segundo a qual o penhor das "universalidades mais importantes", incluindo os estabelecimentos comerciais, deveria depender de registo — que seria matéria para leis especiais (24).

Pela positiva, parece-me que os argumentos retirados da penhorabilidade do estabelecimento comercial, em geral, e da empenhabilidade do EIRL, em especial, matam a querela. Estes vieram juntar-se aos anteriores argumentos da negociabilidade do estabelecimento e da natureza do direito sobre o mesmo e formar um todo harmónico.

O interesse do tema objecto deste texto não acaba, porém, com a afirmação da admissibilidade da figura. É que, feita essa afirmação, vários são os problemas que se levantam. É tempo de passar a eles.

5. APLICABILIDADE À FIGURA DA LEGISLAÇÃO SOBRE PENHORES A FAVOR DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS

Como é sabido, o Dec.-Lei n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939, regula o penhor "*constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários*", dispondo, além do mais, que o mesmo produz efeitos, "*quer entre as partes, quer em relação a terceiros, sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ao credor ou a outrem*". Natu-

(24) *Penhor*, in *BMJ* n.º 58, Julho 1956, pág. 78.

ralmente, à face da evolução da legislação bancária, onde está escrito "*estabelecimentos bancários*" deve ler-se "*instituições de crédito*", ou mesmo "*instituições de crédito e sociedades financeiras*".

As quatro decisões jurisprudenciais que citámos consideram que o Dec.-Lei n.º 29.833 é aplicável ao penhor de estabelecimento comercial a favor de bancos.

A questão é extremamente relevante — não apenas para efeitos civis como também, e sobretudo, para efeitos criminais.

A aplicação do diploma em causa ao penhor de estabelecimento comercial tem (teria) as seguintes consequências, no plano civil:

a) resolve o problema de admissibilidade da figura — sempre que o beneficiário do penhor seja uma instituição de crédito;
b) esclarece eventuais dúvidas quanto à eficácia do penhor em causa perante terceiros;
c) regula a forma negocial (determinando que o mesmo conste de documento autêntico ou autenticado).

Seria, pois, factor de segurança enfileirar no entendimento jurisprudencial.

Julgo, porém, que esse não é o bom caminho.

Os fins principais do Dec.-Lei n.º 29.833 parecem ser os seguintes:

a) excepcionar os penhores a favor de instituições de crédito da regra da necessidade de entrega para a eficácia do penhor;
b) equiparar, para efeitos penais, a situação do empenhador à situação de um possuidor em nome alheio, punindo os actos de alienação, destruição e oneração do bem empenhado como se fossem de coisa alheia.

Estes fins nada, ou pouco, têm a ver com o penhor de estabelecimento.

No que diz respeito ao primeiro, é óbvio que o penhor de estabelecimento só é útil se não obrigar ao desapossamento do titular do mesmo (25). Conceber o penhor de estabelecimento com desapossamento é figura de estilo absolutamente inútil. Assim, não é razoável entender que a base

(25) Cfr. Orlando de Carvalho, *Introdução à Posse*, cit., loc. cit.

para a admissibilidade do penhor de estabelecimento é o diploma em causa e das duas uma: ou se entende que o penhor de estabelecimento, sem desapossamento, é admissível à luz das regras gerais e o Dec.-Lei n.º 29.833 nada acrescenta de decisivo para o problema ou se entende que a figura não é genericamente admissível e não é o Dec.-Lei n.º 29.833 que a autoriza.

Quanto ao segundo fim do Dec.-Lei n.º 29.833, apesar de a questão ser de índole criminal, permitir-me-ei notar que o que justifica a equiparação em causa são as considerações de que a "dispensa" da entrega do bem ao credor envolve uma especial confiança na conduta do empenhador e de que a situação fáctica assim gerada não pode legitimar actos que, não fora essa "dispensa", seriam penalmente relevantes. Ora, no penhor de estabelecimento comercial não há "dispensa" nenhuma, pois, como vimos, é co-natural à figura o não desapossamento. Assim, também este fim da lei nada tem a ver com a nossa figura.

Considero, pois, que o Dec.-Lei n.º 29.833 não se aplica directamente ao penhor de estabelecimento comercial. Friso o "directamente", pois, admito que, nos termos que adiante referirei, o diploma possa ser chamado para ajudar a construir o respectivo regime.

6. A FORMA DO PENHOR DE ESTABELECIMENTO

Não sendo o Dec.-Lei n.º 29.833 aplicável à figura, existirá forma legal para o penhor de estabelecimento?

Recordo que o penhor de coisas não depende de forma especial e que o penhor de direitos está sujeito à forma exigida para a transmissão dos direitos empenhados (art. 681, n.º 1). Recordo ainda que o art. 400 do Código Comercial, sobre a prova do penhor mercantil entre comerciantes, parece estar revogado ([26]).

Quem reconduza o penhor de estabelecimento comercial ao penhor de um direito, concluirá, pois, que o mesmo está sujeito à forma do trespasse.

Creio, porém, que quem não faça tal recondução não pode concluir que o penhor de estabelecimento não depende de forma especial.

([26]) V. Carlos Alberto Rosa, Carlos Botelheiro Moreno e Diogo Miranda Barbosa, *Legislação dos Mercados Monetário, Cambial e Financeiro Anotada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1972, págs. 233 e 234.

Em primeiro lugar, por a razão que justifica a não existência de forma para o negócio pignoratício de coisas ser a exigência de *entrega* — "formalidade" que substitui a forma negocial —, razão que não se aplica ao nosso caso.

Em segundo lugar, por entender que as regras sobre forma dos negócios não são necessariamente excepcionais e que o chamado princípio de liberdade de forma não tem o alcance de que, na ausência de preceito legal expresso, a forma negocial é sempre livre. Na verdade, o princípio em causa não passa de uma regra subsidiária cujos afastamentos não constituem necessariamente excepções — pelo que a aplicação analógica das normas sobre forma negocial é admissível (27).

Ora, por um lado, os demais negócios sobre o estabelecimento comercial estão sujeitos à forma escrita e, por outro lado, os penhores sem desapossamento também o estão frequentemente.

Na verdade, como é sabido, os arts. 115, n.º 3, e 111, n.º 3, do Regime do Arrendamento Urbano (na redacção do Dec.-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril) exigem a forma escrita para o trespasse e para a cessão de exploração.

Quanto aos penhores sem desapossamento, são de relembrar não apenas os preceitos legais antes citados (o art. 2 do Dec.-Lei n.º 29.833, que determina que o penhor de coisas, sem desapossamento, a favor de instituições de crédito conste de documento autêntico ou autenticado, o art. 21, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 248/86, que exige que o penhor de EIRL seja reduzido a escrito e registado, e o art. 681, n.º 1, do Código Civil) como também os arts. 23, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais e 103 do Código dos Valores Mobiliários — que determinam, respectivamente, que os penhores de participações sociais e de valores mobiliários titulados sejam feitos pela forma exigida para a transmissão de uns e de outros.

Parece, pois, razoável entender, por analogia *iuris*, que há uma regra segundo a qual o penhor sem desapossamento tem, sempre, de ser celebrado por escrito e aplicar essa regra ao penhor de estabelecimento.

7. O PENHOR DE ESTABELECIMENTO E A PLURALIDADE DAS FORMAS DA PROPRIEDADE

É impossível abordar o tema do penhor do estabelecimento comercial sem atentar em que ele é conexo com o da natureza do direito do titular

(27) Para a sustentação do afirmado, v. o que escrevi em *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 169 e segs.

do estabelecimento sobre o mesmo. Seria, porém, estultícia abordar este outro tema nos limites deste texto. Arrisco-me, porém, a algumas notas.

O Código Civil de 1966, no art. 1302, de algum modo na esteira da Pandectística ([28]), do Código Civil alemão ([29]) e da recepção destes pela Doutrina italiana ([30]), aparenta adoptar um conceito clássico ([31]) de propriedade, restringindo-o às coisas corpóreas. Ao fazê-lo, aponta para a separação entre, por um lado, esse tipo de direito e por outro, os direitos sobre coisas incorpóreas (incluindo o direito de autor e os direitos de propriedade industrial, para quem os inclua nos direitos sobre coisas incorpóreas).

Parte relevante da nossa Doutrina alarga essa indicação legislativa aos direitos reais em geral — cujo objecto consistiria apenas em coisas corpóreas ([32]).

É, porém, manifesto que essa leitura do texto legal é forçada ([33]). Eis sete provas que creio consensuais:

a) a definição legal de coisa (art. 202, n.º 1) é latíssima e só artificialmente é que pode ser restringida às coisas corpóreas;

([28]) V. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo II, *Coisas*, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 107.

([29]) Cujo § 90, como é sabido, restringe o conceito de coisa aos objectos corpóreos (sobre o conceito de coisa no Direito alemão, v., por exemplo, Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed., *fortgeführt von* Manfred Wolf, Munique, C. H. Beck, 1997, págs. 385 e segs., e, em tradução, Heinrich Lehmann, *Tratado de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, págs. 530 e segs.).

([30]) V., por exemplo, Mario Allara, *Dei Beni*, Milão, Giuffrè, 1984, págs. 71 e 72, Marco Comporti, *Diritti Realli in Generale*, Milão, Giuffrè, 1980, págs. 125 e segs., e Antonio Gambaro, *Il Diritto di Proprietà*, Milão, Giuffrè, 1995 (Vol. VIII, Tomo 2, do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale già diretto da* Cicu e Messiineo *contiuato da* Mengoni), págs. 207 e 208.

([31]) Clássico por ser o dos Romanos — v., por exemplo, Max Kaser, *Direito Privado Romano*, trad. port., Lisboa, Gulbenkian, 1999, pág. 121, Joan Miquel, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 157 e segs., e, embora menos claramente, A. Santos Justo, *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra, Coimbra Editora (n.º 26 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC), pág. 13.

([32]) Por exemplo, Oliveira Ascensão, *Direito Civil Reais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, *maxime* pág. 38, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993 (reimpressão do original de 1979), *maxime* pág. 14, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 1999, *maxime* pág. 186. Em sentido contrário, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, cit., *maxime* págs. 190 e segs., em nota, e Augusto da Penha Gonçalves, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada, 1993, págs. 73 e segs.

([33]) Sobre isto, v. Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, cit., loc. cit.

b) a própria lei diz que nas coisas imóveis cabem direitos (art. 204, n.º 1, alínea *d)*);
c) o usufruto pode ter por objecto coisas incorpóreas, incluindo direitos (arts. 1439 e 1463 e segs., entre outros);
d) a definição legal de coisas móveis (art. 205, n.º 1) parece exceder as coisas corpóreas;
e) o penhor pode ter por objecto coisas incorpóreas, incluindo direitos (arts. 666, n.º 1, e 679 e segs., entre outros);
f) o legislador admite que as regras sobre a propriedade corpórea se harmonizem com a natureza dos direitos de autor e de propriedade industrial (art. 1303, n.º 2).
g) O próprio legislador do Código Civil utiliza a palavra propriedade para designar direitos sobre coisas incorpóreas — não apenas no referido art. 1303, como noutros, inclusive para designar o direito sobre o estabelecimento (arts. 1559 e 1560, n.º 1, alínea *a)*).

Reconhecer o que ficou dito é reconhecer que há direitos sobre coisas incorpóreas que se aproximam dos direitos sobre coisas corpóreas, nomeadamente que há direitos (de propriedade?) sobre coisas incorpóreas que se aproximam de direitos de propriedade sobre coisas corpóreas.

Contra esse reconhecimento não se pode levantar a objecção de que as naturezas desses direitos são diversas. Sê-lo-ão, sem dúvida, como diversas são, entre si, as naturezas de vários tipos de propriedade sobre coisas corpóreas, nomeadamente a das coisas imóveis e a das coisas móveis, a dos imóveis aptos para construção e a dos imóveis não aptos para construção, etc. ... De há muito que se sabe que não há apenas um tipo de propriedade (34). Traduzindo essa diversidade de tipos, são infinitas as adjectivações de propriedade (35). Pela relação que tem com o que aqui nos interessa, destaco a chamada "propriedade corporativa" (no sentido de titularidade de participações em sociedades) — que, por um lado, tem um objecto formal imaterial e, por outro, põe em relevo a separação entre

(34) V., por exemplo, Salvatore Pugliati, *La Proprietà e le Proprietà,* in *La Proprietà nel Nuovo Diritto,* Milão, Giuffrè, reimpressão de 1964 (original de 1954), págs. 145 e segs., e Javier Barnes Vazquez, *La Propiedad Constitucional,* Madrid, Editorial Civitas, 1988, págs. 98 e segs.

(35) Eis alguns exemplos: mobiliária, imobiliária, rústica, urbana, individual (ou singular), colectiva (ou comum), perfeita, imperfeita, privada, cooperativa, pública, intelectual, literária, industrial, plena, nua, absoluta, resolúvel, perpétua, temporária.

a titularidade do capital e o controle da gestão da empresa (quer do prisma sociológico, quer do prisma legal, os critérios dessa gestão não são apenas o da satisfação dos interesses dos titulares das participações) (36).

O direito do titular do estabelecimento sobre o mesmo, concebido como um direito unitário e não como uma mera soma dos direitos sobre os objectos em que é decomponível, será um desses (ou pertencerá a um desses...) tipos de propriedade, cujo objecto formal também é imaterial. O estabelecimento não é uma coisa corpórea, nem uma universalidade, nem um direito, mas sim um *aliud* não definido pela Doutrina e sem nome certo.

Atrevo-me a pensar que esse *aliud* talvez seja integrável numa categoria mais ampla designável por "propriedade empresarial", capaz de abranger várias manifestações do domínio (imediato ou mediato) de bens afectados à actividade económica, incluindo a referida "propriedade corporativa" — manifestações essas caracterizadas por certos traços unificadores e diferenciadores.

Entre esses traços parecem estar:

a) a vinculação de tal tipo de propriedade a uma gestão que tenha em conta os interesses de terceiros, nomeadamente credores e trabalhadores — de que são exemplos os parâmetros de gestão estabelecidos no art. 64 do Código das Sociedades Comerciais e a co-responsabilização do sócio dominante, para com a sociedade e os demais sócios, por actos de gestão dos administradores decorrente do art. 83, n.º 3, do mesmo diploma;

b) o reconhecimento pela lei da conservação da empresa como um interesse tão digno de protecção que pode implicar excepções a relevantes regras comuns — de que são exemplos a figura da aquisição potestativa, regulada no art. 490, n.os 2 a 4, do Código das Sociedades Comerciais e no art. 194 do Código dos Valores Mobiliários, e a desnecessidade do consentimento do senhorio para a transmissão da posição de arrendatário em caso de trespasse, resultante do art. 115 do Regime do Arrendamento Urbano.

Não me é possível, neste momento, ir mais longe nestas notas sobre a "propriedade empresarial". A quem as leia e por elas se interesse, deixo a promessa de, *rebus sic stantibus*, voltar ao tema, com mais vagar.

(36) Sobre a ideia de "propriedade corporativa", v., entre nós, José A. Engrácia Antunes, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, *maxime* págs. 77 e segs. e 109 e segs.

8. UMA OBSERVAÇÃO SOBRE POLÍTICA LEGISLATIVA

Dizer que se admite, *de iure condito*, o penhor de estabelecimento não é o mesmo que dizer que o regime vigente é o desejável. Não é (37). A existência de um penhor sem publicidade é fonte de perigos óbvios para o comércio jurídico, nomeadamente para os demais credores do titular do estabelecimento empenhado. Os direitos reais devem ser públicos — ou pela posse ou pelo registo. O mesmo é dizer que, *de iure condendo*, é de manter a possibilidade de penhor de estabelecimentos comerciais, mas assegurando a publicidade adequada, nomeadamente pelo registo — como já Vaz Serra propunha no estudo preparatório antes citado (38), como acontece em França desde 1898 e em Espanha desde 1954 (39) e como, em termos gerais, já Guilherme Moreira defendia (40). De resto, este não é único caso de garantia real oculta, no nosso Direito, a que convém pôr termo. Lembrem-se a reserva de propriedade e a locação financeira de coisas móveis não sujeitas a registo — cujo regime, por ausência de publicidade, é também fonte de atentados à confiança na aparência.

UMA NOTA FINAL

É tempo de encerrar e o melhor é fazê-lo retomando a primeira das notas prévias. De tudo quanto escrevi resulta a confirmação de que a solução dos problemas abordados não passa apenas pelo Código Civil — embora passe necessariamente por ele. Reitero, apesar disso, que creio que o tema é adequado ao presente Congresso. Até melhor que outros, ele permite perceber o lugar do Código Civil no conjunto do sistema jurídico e mostra em que medida o nosso Direito Privado precisa de intervenções legislativas complementadoras, ou rectificadoras, do seu diploma básico.

---

(37) Tomei posição sobre o assunto, neste mesmo sentido, no artigo *Mobilidade dos Bens e Garantia dos Credores*, in *Revista da Banca*, n.º 15, Julho/Setembro 1990, *maxime* pág. 115.

(38) V. nota 23.

(39) V. obras citadas na nota 5.

(40) *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II, *Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, pág. 326.