

ENCONTROS DE

Direito Civil

II

A tutela dos credores



II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

© Universidade Católica Editora

Comissão Científica António Pinto Monteiro
Henrique Sousa Antunes
Paulo Mota Pinto
Filipe Albuquerque Matos
Mafalda Miranda Barbosa
Elsa Vaz de Sequeira
Ana Taveira da Fonseca

Título A tutela dos credores
Coleção Encontros de Direito Civil
Volume II
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Revisão editorial António Brás
Conceção gráfica Magda M. Coelho | acentográfico

Impressão
e acabamento Europress - Indústria Gráfica
Depósito Legal 470906/20
Data junho 2020
Tiragem 500 exemplares
ISBN 9789725406885

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



A TUTELA DOS CREDORES
A tutela dos credores / António Pinto Monteiro... [et al.]. - Lisboa :
Universidade Católica Editora, 2020. - 480 p. ; 23 cm. - (Encontros de
direito civil ; 2). - ISBN 9789725406885
I - MONTEIRO, António Pinto, coaut. II - Col.
CDU 347

II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa, 2020

Índice

Prefácio	7
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial	11
ANA FILIPA MORAIS ANTUNES	
A oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros	47
ANA TAVEIRA DA FONSECA	
Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único	67
CATARINA MONTEIRO PIRES	
Tutela dos credores e <i>par conditio creditorum</i>	87
CATARINA SERRA	
Meios de tutela na solidariedade ativa: resolução e compensação	133
ELSA VAZ DE SEQUEIRA	
Capital social e tutela dos credores sociais. Apontamento	147
EVARISTO MENDES	
A empresa individual indivisa: os credores da empresa e os credores da herança	187
FERNANDO OLIVEIRA E SÁ	
A tutela coletiva dos consumidores: desenvolvimentos do direito europeu	201
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Justo receio do incumprimento e conteúdo da tutela preventiva do crédito	209
JOSÉ BRANDÃO PROENÇA	
Tutela de credores e medida de resolução	221
MAFALDA MIRANDA BARBOSA	

A responsabilidade do sócio por actos dos administradores – entre a socialidade e a parassocialidade – MANUEL CARNEIRO DA FRADA	247
Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO	281
O sinalagma na insolvência MARIA DE LURDES PEREIRA	309
Responsabilidade pela concessão de crédito – comparação entre o direito italiano e o direito português NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA	365
Capitalização de juros moratórios PAULO MOTA PINTO	415
Os juros cobertos pelas garantias reais RUI PINTO DUARTE	449

A empresa individual indivisa: os credores da empresa e os credores da herança*

FERNANDO OLIVEIRA E SÁ

1. A responsabilidade dos herdeiros continuadores da empresa individual

I. Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, a «*necessidade da continuação do exercício enquanto a partilha não se faz – necessidade não mítica, com certeza, dada a morosidade do processo e o carácter dinâmico da exploração mercantil, mas a nosso ver, equivocadamente compreendida [...]. Com efeito, além dos problemas que suscita essa continuação do exercício e que sempre se descumam*» *acrescem as dúvidas sobre os «termos em que deve fazer-se»*¹. As dificuldades deste problema são bem atestadas por alguém como CANARIS quando, no início do parágrafo que, no seu Direito Comercial, dedica a este tema, afirma: «*Este parágrafo apresenta, devido à complexa mistura de problemas de direito comercial, societário e sucessório, um grau de dificuldade invulgarmente elevado.*»²

II. É sabido que o adquirente, por herança ou legado, de um estabelecimento comercial pode aditar à sua própria firma a firma do anterior titular do estabelecimento, com a menção de nele ter sucedido (arts. 44.º, n.º 3, e 38.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio, que aprovou Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas). Este regime revela uma ideia clara: *a de que o estabelecimento e a firma são suscetíveis de se manter na herança até à sua aquisição, ou seja, até à partilha.*

* O presente texto foi escrito como suporte para a nossa intervenção nos II Encontros de Direito Civil, razão que explica o estilo utilizado, orientado para uma apresentação oral, e a existência de referências bibliográficas pouco desenvolvidas.

¹ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 648.

² CLAUDIUS WILHELM CANARIS (2006), § 9, p. 163.

Contudo, para que exista partilha e a conseqüente aquisição definitiva do estabelecimento por algum ou por alguns dos herdeiros, é imperioso que o estabelecimento *sobreviva* enquanto tal: que mantenha a sua atividade e seja continuado pelo conjunto dos herdeiros. Importa, pois, saber como.

III. A primeira dúvida é seguinte: a *aceitação da herança* significará, também, a decisão dos herdeiros em continuar a exploração do estabelecimento e, conseqüentemente, a assunção da *qualidade* de comerciantes?

A resposta deve ser *negativa*. A aceitação da herança significa, apenas, a vontade de suceder nas relações jurídicas do autor da sucessão, nos *bens* que compõem a herança, mas não pode significar, sem mais, a aceitação da continuação da atividade comercial a que determinados bens da herança se encontram alocados.

Não se desconhece, com KARSTEN SCHMIDT, que com a aceitação da herança e a passagem da administração para os herdeiros, estes são, pela natureza das coisas, *forçados* a assumir a continuação da empresa³. Tal não significará, contudo, que estes pretendam continuar efetivamente a atividade da empresa. Há algum fundo de verdade na ideia de uma continuação *automática*, à qual alude SCHMIDT⁴, mas haverá que ter precaução.

São duas as razões que, no essencial, impõem a que aceitação não corresponda a uma decisão de continuação da atividade.

Em primeiro lugar, tal significaria uma violação da *liberdade empresarial* (art. 61.º, n.º 1, da CRP), da sua dimensão “*pessoal ou individual, [...] ao serviço direto da realização dos fins dos homens que a exercem*”⁵. Assim, os herdeiros não podem ser constrangidos, por um simples ato de *aceitação* da herança – *um ato com específica relevância jurídico-civil* –, a assumir a qualidade de comerciantes ou empresários, com todas as conseqüências e responsabilidades que daí decorrem.

Em segundo lugar, assumir o contrário significaria a capitulação da lógica jurídico-comercial à lógica jurídico-civil. As formas jurídico-civis

³ KARSTEN SCHMIDT (1993), p. 609.

⁴ KARSTEN SCHMIDT (2014), § 8, III, nm. 138-141, pp. 332 e ss.

⁵ EVARISTO MENDES (2017), p. 857.

de transmissão de situações jurídicas não podem, sem mais, determinar o conteúdo das posições jurídico-comerciais: *a transmissão de uma ação não significa, sem mais, a transmissão da posição de sócio numa determinada sociedade* ou, na mesma linha de raciocínio, *a aceitação da herança não significa a assunção da posição de comerciante*. A decisão de continuar a empresa e adquirir a qualidade de comerciante é *outra* decisão.

Esta ideia, pensamos, está bem patente no art. 23.º, n.º 3, do EIRL, que dispõe: «*Decorridos 90 dias sobre a morte do titular do estabelecimento ou sobre o ato constitutivo da separação patrimonial dos cônjuges, se os herdeiros ou cônjuges não vierem a acordo sobre o destino do estabelecimento, qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.*»

Aplicando esta norma por *analogia*, no caso de morte do empresário titular da empresa comercial individual, *os herdeiros terão 90 dias para, de forma expressa ou tácita, acordarem sobre a sorte da empresa⁶: continuar a atividade na indivisão⁷, optar pela sua alienação ou cessão a um herdeiro ou a terceiro, avançar para a partilha, abandonar a atividade ou optar pela sua liquidação, o que significa, visto que não existe um património autónomo suscetível de liquidação separada, o simples abandono da atividade comercial.*

A exigência de um acordo de *continuação* ou *abandono* é fundamental para que os credores e participantes no tráfego jurídico possam, permita-se a expressão, «*saber com que linhas se cosem*», isto é, para que saibam que expectativas podem acalentar⁸ ou, de perspetiva juridicamente mais rigorosa, *serve para conformar a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas da empresa*.

Importa deixar bastante claro, desde já, que a *continuação* ou *abandono* da atividade do estabelecimento implica o acordo unânime dos

⁶ Note-se, contudo, que não é despidendo considerar a possibilidade de o autor da sucessão impor aos herdeiros ou legatários da empresa o encargo ou a condição de celebrarem, entre si, um contrato de sociedade; no direito alemão, v. DIETER LEIPOLD (2017), § 1922, nm. 74, p. 108.

⁷ Cfr. HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE (1995), p. 110.

⁸ Cfr. DIETER REUTER (1969), pp. 512 e ss., e CLAUS-WILHELM CANARIS (2006), § 7, nm. 101, p. 136.

herdeiros⁹, seja este prestado de forma expressa ou tácita¹⁰. O direito de liquidação do EIRL conferido aos herdeiros é, no nosso caso, o equivalente ao direito de oposição ou de veto à continuação da atividade comercial.

IV. Mas vejamos as opções dos herdeiros em separado:

- a) se existir, dentro do prazo de 90 dias, *acordo para o abandono da atividade comercial*, a herança responde, nos termos gerais, pelas dívidas contraídas no exercício da atividade comercial anterior à abertura da sucessão, pela atividade que se desenrolou até à tomada de decisão de abandono e, perdoe-se a falta de rigor, pelas obrigações contraídas para *encerrar* a atividade; o mesmo é dizer que os *herdeiros, porque herdeiros e não empresários, respondem, nos termos gerais, pelas forças da herança*¹¹;
- b) a mesma solução tem lugar no caso em que é deliberada a *alienação* ou *cessão* do estabelecimento; a herança responde ainda pelas dívidas contraídas no período entre a decisão dos herdeiros e a efetiva transmissão;
- c) quanto às dívidas *posteriores* à decisão de *continuação* da atividade, os herdeiros respondem, *ao lado da herança*, de forma pessoal e

⁹ Neste sentido, KARSTEN SCHMIDT (2014), p. 333; MANFRED LIEB (1996), § 27, nm. 63, p. 501. Não parece ser essa a ideia de VOLKER EMMERICH (1989), nm. 7, p. 241, que alude à possibilidade de uma decisão tomada por simples maioria, ideia que casa mal com a responsabilidade da herança pelas novas dívidas do estabelecimento que é comumente aceite pela doutrina, uma vez que se tratam de *novas* dívidas resultantes da administração normal de um estabelecimento e que, assim sendo, *excepcionalmente* a oneram. Tal significaria, na prática, a necessidade de proceder à partilha do estabelecimento.

¹⁰ Por exemplo, através da concessão de uma procuração ou da prática de atos de administração da empresa. Atos que signifiquem a simples administração do estabelecimento enquanto parte da herança, isto é, atos que têm como função a simples manutenção ou desenvolvimento de contratos ou negócios anteriores de forma a evitar responsabilidade ou outras consequências desfavoráveis e onerosas para a herança, atos, nesta medida, sem carácter *inovatório*, não se podem entender como atos dos quais se possa deduzir a intenção de continuação do negócio.

¹¹ Contra, KARSTEN SCHMIDT (1993), p. 613, solução em linha com a sua ideia de que os efeitos da responsabilidade comercial – pessoal e ilimitada – operam imediatamente com a aceitação da herança. Note-se que no direito alemão a aceitação da herança é automática, e o § 27 do HGB pode favorecer tal solução; não parece que assim seja no direito português, sem normas análogas.

ilimitada¹². As dívidas posteriores à morte do autor da sucessão são decorrentes da administração, logo dívidas herança. Decidida a continuação da empresa comercial, *as novas dívidas são também dívidas da atividade comercial própria dos herdeiros*¹³. Esta solução implica que *os credores da herança anteriores à abertura da sucessão correm o risco da continuação da atividade comercial e do hipotético aumento do passivo da herança*;

d) quanto às dívidas *anteriores* à abertura da sucessão, existindo decisão de *continuação* da atividade, o problema é bem mais complexo. Assumindo a lógica da jurisprudência e de muita doutrina em matéria de transmissão da empresa individual *inter vivos*, tais dívidas, não sendo *assumidas* pelos herdeiros¹⁴, seriam apenas *dívidas da herança*, pelas quais respondem os herdeiros nos termos gerais. Trata-se, é bom de ver, de uma lógica que é marcadamente *civilística*, assente nas premissas da assunção de dívida.

De outra perspetiva, marcadamente comercialística, ORLANDO DE CARVALHO afirmava: *«saindo o estabelecimento do património do alienante e sendo este quem assumiu as obrigações, se as mesmas não passam para o adquirente a garantia dos credores vê-se muito diminuída. Se acaso é impossível a ação pauliana, há um prejuízo para o crédito do estabelecimento, crédito que se terá dado, as mais das vezes, de olhos postos neste último e que, a não haver um remédio para situação em exame, tenderá, certamente, a retrair-se dos negócios (comprometendo, não só a vida das empresas, mas, graças à frequência da circulação de indústrias, ao fim e ao resto, toda a vida mercantil)»*¹⁵. E, mais à frente, conclui: *«daí uma poderosa presunção no sentido de responsabilizar o adquirente, ou também o adquirente, pelas*

¹² Cfr. CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 16, p. 170.

¹³ Caso seja de aplicar as regras societárias, tal efeito decorre da aplicação analógica do art. 175.º do CSC, que contém o *regime-regra* da responsabilidade pelo exercício conjunto do comércio: *a responsabilidade pessoal e ilimitada*.

¹⁴ Sendo impossível, por força da morte do empresário, pensar numa assunção por acordo entre o antigo e novo devedor ou numa assunção cumulativa a favor dos credores; resta a possibilidade de acordo com os credores. Caso algum credor conceda uma assunção liberatória, haverá que entender que o passivo da herança descer, libertando da responsabilidade por tal dívida.

¹⁵ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 542.

dívidas da exploração»¹⁶; a resposta do Autor ao problema não é clara, mas, da leitura conjunta de um punhado de longas e intrincadas notas de rodapé, será possível *adivinhar* a sua simpatia pela ideia de *corresponsabilização* do transmissário pelas dívidas do estabelecimento¹⁷.

*A empresa, enquanto centro de atividade produtiva, é a realidade que se interpõe entre o sujeito e o mercado*¹⁸. Assim, o seu titular não surge no mercado como o detentor de uma empresa, *antes existe uma empresa cujos resultados e efeitos jurídicos se reconduzem ou são imputados a um sujeito individual*. Sendo que a continuação da empresa, devidamente integrada no mercado, é a presa essencial para a concessão do crédito do qual o transmissário vai beneficiar no mercado, tal aconselha que este responda pela confiança que a firma gerou e gera no mercado e, mais importante, *os credores devem continuar a ter a empresa e a sua correspondente atividade lucrativa como garantia da satisfação dos seus créditos*. Estas considerações parecem aptas a justificar a existência de um efeito de *assunção cumulativa de dívida*¹⁹, abandonando a perspetiva civilística do sujeito “*por detrás da firma*”, para olhar para a responsabilidade que acompanha a titularidade da empresa.

No caso do estabelecimento integrado numa herança, os herdeiros não podem deixar, nos termos gerais, de responder pelas dívidas anteriores do autor da sucessão, sejam estas relacionadas com o seu comércio, ou não.

Quanto às dívidas de exploração anteriores, o herdeiro que não queira expor o seu património pessoal, no caso de estas excederem as forças da herança, deve *repudiar* a herança ou *opor-se* à continuidade do estabelecimento, limitando a sua *responsabilidade empresarial*, um *plus* ou “*complemento*”²⁰ à responsabilidade já imposta pelo direito sucessório, que encontra fundamento na ideia já exposta de que, transmitindo-se uma empresa, os credores anteriores devem beneficiar do mesmo regime de responsabilidade que os novos credores.

¹⁶ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 542.

¹⁷ A solução dos §§ 25 e 27 do HGB é a da responsabilidade solidária.

¹⁸ Cfr. EVARISTO MENDES (2012), pp. 168 e s. e 216 e ss.

¹⁹ À luz do § 25, I, 1, do HGB, CANARIS (2006), nm. 39, p. 112, qualifica a situação como uma *assunção cumulativa legal*; contra, KARSTEN SCHMIDT (2014), § 7, V, nm. 89 e 90, pp. 278 s., que entende haver uma verdadeira transmissão da dívida.

²⁰ Na expressão de KARSTEN SCHMIDT (2014), § 8, III, nm. 130, p. 330.

A situação descrita aproxima-se, assim, com muita clareza, daquela prevista nos arts. 184.º, n.º 2, e 175.º, n.º 2, do CSC e do art. 1001.º, n.º 1, conjugado com o art. 997.º, n.º 4, do CCiv: *o herdeiro que aceita a herança e acorda ingressar na sociedade em nome coletivo ou no contrato de sociedade não se pode eximir da responsabilidade pelas dívidas anteriores*. Dito de outra forma, *não há distinção entre dívidas anteriores ou posteriores*.

Mas o problema das dívidas *anteriores* não fica por aqui: com a continuação da atividade comercial pela herança fica a descoberto uma enorme dificuldade: *as dívidas decorrentes da administração da empresa constituem também, por regra, dívidas da herança, o que coloca os restantes credores da herança, estranhos à atividade comercial do estabelecimento, numa situação em que podem ver a sua garantia diminuída, por comparação com a consistência determinada no momento da abertura da sucessão*.

As regras da administração da herança têm como *ratio* não prejudicar os credores da herança, apenas permitindo, de forma *excecional*, a adesão de novas dívidas à herança; por outro lado, têm ainda como fito não deixar os herdeiros numa situação pior do que aquela em que se encontravam no momento da abertura da sucessão, onerando a herança com as despesas da administração até à partilha²¹. Este equilíbrio, na situação descrita, é quebrado em desfavor dos credores da herança²²: aderem à herança novas dívidas da atividade comercial, *uma atividade no interesse dos herdeiros*²³.

Se o filtro da *administração* é capaz de lidar com *realidades estáticas*, pouco voláteis, ele já lida mal com a existência de *risco empresarial*²⁴. Onerar os credores da herança com os riscos da administração dos bens da herança é fácil de aceitar²⁵; fazê-los correr o risco da atividade comercial dos herdeiros, da *gestão* de uma empresa no mercado, já parece claramente *desproporcional*²⁶. Resulta claro que o *filtro* da

²¹ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), p. 184.

²² Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 194 e ss.

²³ Cfr. DIETER REUTER (1969), pp. 521 e s.

²⁴ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 184 e ss. e 198.

²⁵ No limite, trata-se ainda de proteger o interesse dos credores na conservação do valor dos bens que respondem pelo cumprimento dos seus créditos.

²⁶ Não se pode aqui desenvolver esta matéria, mas também o princípio da sub-rogação, que opera entre os bens alienados e os bens que ingressam na herança, não parece ser suficiente,

administração da herança é, enquanto limite à oneração da herança e proteção dos seus credores, insuficiente no caso de a herança ser titular de um estabelecimento²⁷.

A conclusão de DAUNER-LIEB é da que existe uma *lacuna* no direito sucessório²⁸. A proposta para resolver este problema, em face das dificuldades que também colocaria *autonomizar* o património da empresa da massa patrimonial da herança²⁹, terá de ser, nas palavras de DIETER REUTER, a da «*compensação através da responsabilidade dos herdeiros*»³⁰. A ideia é simples: a única forma de compensar os credores da herança pelo aumento do risco de concurso com os novos credores passa por fazer os herdeiros empresários *pessoal e ilimitadamente responsáveis por todas as dívidas anteriores*.

d) um herdeiro que, contra a vontade de algum dos restantes, prosiga a atividade, é *pessoal e ilimitadamente* responsável pelas dívidas contraídas. Estas serão também dívidas da herança caso este herdeiro tenha, à luz das *regras sucessórias*, competência para a vincular. Caso a vincule, poderá, posteriormente, ser obrigado a restituir à herança as quantias que tenha despendido. Em suma, trata-se de dar corpo à ideia de que o responsável pela *aparência* de continuação da empresa deve ser o responsável último pelas disposições patrimoniais de quem nela confiou.

2. A continuação da empresa individual pelo conjunto dos herdeiros

I. Para fechar o círculo, haverá que olhar para a *dinâmica* da continuação da atividade comercial por parte da herança.

no domínio de uma herança com risco e decisão empresarial, para tutelar os credores [cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 502 e ss.].

²⁷ DIETER REUTER (1969), pp. 520 e ss.

²⁸ BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 199 e ss. e 498 e ss.

²⁹ Neste modelo, os herdeiros que continuam na empresa estariam obrigados a *compensar* a herança pelo valor dos bens que dela autonomizaram (para uma análise detida deste modelo, v. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 209 e ss.

³⁰ DIETER REUTER (1969), p. 526; no mesmo sentido, após aturado estudo das alternativas, BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 505 e ss.

Admitindo a possibilidade de a herança continuar a empresa individual³¹ – é desde logo efeito necessário da *sucessão universal* –, coloca-se uma dúvida: *i*) aplicar as regras jurídico-civis relativas à administração da herança³² ou *ii*) aplicar regimes societários^{33/34}.

II. Para alguma doutrina, uma vez decidida a continuação da atividade comercial pelos herdeiros, haveria uma *transformação legal* em sociedade de nome coletivo ou a *celebração concludente* de um contrato de sociedade em nome coletivo³⁵. O principal argumento por detrás desta explicação é o *princípio da tipicidade*. A lei dispõe de tipos específicos para o exercício conjunto de uma atividade comercial, tendo os herdeiros que se adaptar a um dos modelos legais, não podendo a herança, com mais do que um herdeiro, ser titular e explorar uma anterior empresa comercial individual³⁶. Assim, decidida a continuação da atividade, esta revestiria *automaticamente* a forma societária básica: uma sociedade em nome coletivo, com todas consequências que daí advêm³⁷.

³¹ PAULO OLAVO CUNHA (2018), p. 159, KARSTEN SCHMIDT (2014), § 4, II, nm. 25, pp. 113 e s., e, para mais desenvolvimentos e indicações, MANFRED WOLF (1981), pp. 489 e ss., e BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 464 e ss. A doutrina civilista alemã tem, de forma genérica, admitido tal possibilidade; v. HEINRICH LANGE/DIETER KUCHINKE (1995), § 5, IV, p. 110, DIETER LEIPOLD (2017), § 1922, nm. 74, p. 108, e WOLFGANG MAROTZKE (2008), § 1922, nm. 218-220, pp. 174 e ss.

Na jurisprudência, é aceite que o estabelecimento integra, enquanto universalidade, a herança, v., a título de exemplo, os relevantes acórdãos TRP 31.01.2013 e STJ 23.03.2014.

³² Já se viu *supra* que as regras da administração, no que concerne à tutela dos credores comuns da herança, precisam de ser *compensadas* pela responsabilidade dos herdeiros comerciantes.

³³ Cfr. CLAUWILHELM CANARIS (2006), § 9, I, nm. 2-6, pp. 164 e ss.; sobre o problema, com profundidade, v. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 464 e ss.

³⁴ Sobre a comunidade dos herdeiros como impulso para o desenvolvimento dos tipos societários assentes em relações pessoais entre os sócios, v. MAX WEBER (2014), p. 66.

³⁵ Neste sentido, v. ROBERT FISCHER (1980), pp. 1 e ss. Em geral, com indicações, v. CLAUWILHELM-CANARIS (2006), § 9, nm. 2-10, pp. 165 s.

³⁶ Cfr. ROBERT FISCHER (1980), pp. 1 e ss.

³⁷ Cfr. ROBERT FISCHER (1980), pp. 16 e s. Posição posteriormente adotada pelo BGH na famosa decisão de 8.10.1984, BGHZ, 1984, 92, pp. 259 e ss. Contra, KARSTEN SCHMIDT (1985), pp. 2787 e ss.

As dificuldades desta construção são evidentes: *i*) falta base *subjetiva* ou *objetiva*³⁸ para imputar aos herdeiros os efeitos correspondentes aos atos de constituição de uma sociedade³⁹ e *ii*) forçaria a existência de uma *partilha legal* ou um dever de *partilhar*, de modo a permitir a existência de entradas dos herdeiros para a sociedade, solução que contradiz a natureza do direito à partilha no direito português e o direito à manutenção da indivisão⁴⁰.

III. Poderá afirmar-se que o *princípio da tipicidade*, aflorado no n.º 3 do art. 1.º do CSC, *impõe que qualquer atividade comercial conjunta revista um mínimo de organização formal*, o que não se encontraria garantido pelas regras da administração da herança e, na ausência da constituição de uma sociedade, se encontraria na herança titular de um estabelecimento uma forma *irregular* de atividade societária⁴¹.

Não duvidamos que este princípio tenha esta força ordenadora. Parece, contudo, que a inclusão do estabelecimento na herança, por força do princípio da *sucessão universal* (2024.º), é um argumento que não pode ser desprezado, uma vez que é a lei a admitir que o estabelecimento caia na mão comum dos herdeiros. Por outro lado, o direito sucessório institui regras de *organização* e *administração* da herança que, em alguma medida, tomam em conta os interesses dos credores e dos herdeiros – ainda que se possa entender que esta organização é *insuficiente* para administrar uma empresa. Parece, então, que se deve concluir que a herança constitui uma forma *típica* ou *regular* de titularidade de uma empresa.

IV. Não havendo lugar para a transformação automática numa sociedade ou o *dever* de o fazer, pareceria, *prima facie*, que se teria de recorrer *apenas* às regras gerais de administração da herança⁴². Tratando-se de *coisas imóveis e móveis*, as referidas regras de administração

³⁸ Viu bem CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, nm. 3, p. 164.

³⁹ Cfr. KARSTEN SCHMIDT (1985), p. 2787.

⁴⁰ Incumprido o dever de constituição da sociedade, haveria lugar à aplicação do regime das sociedades aparentes ou das sociedades irregulares.

⁴¹ Para CANARIS, trata-se apenas de um princípio dirigido à vontade das partes.

⁴² Opinião sustentada, no essencial, por civilistas como CLAUS-WILHELM CANARIS, MANFRED WOLF e KARLHEINZ MUSCHELER.

oferecem, como já se viu, uma distribuição de risco *aceitável* para os credores da herança. Porém, para administrar empresas, realidades complexas e reprodutivas, tais regras claudicam e, como se viu, podem desvitalizar a garantia dos *credores da herança*. Por outro lado, tais regras lidam mal com longos períodos de indivisão⁴³, facto que, por maioria de razão, se torna mais grave quando nela vai incluída uma empresa, uma hipótese que, com toda a certeza, não foi especificamente equacionada pelo legislador que instituiu um sistema unitário de administração, sem distinguir consoante o seu objeto⁴⁴. A solução parece ser do desenvolvimento *preater legem* do regime de administração da herança⁴⁵, tornando-o apto a responder à situação em que os herdeiros decidem, em mão comum, continuar o exercício da atividade comercial.

V. Vejamos um caso, entre outros⁴⁶, no qual o problema é particularmente claro. Será sustentável que o estabelecimento individual *continuado* esteja, nas relações *externas*, dependente da análise casuística da capacidade do cabeça-de-casal para a prática de determinado ato ou da necessidade de intervenção de *todos* os herdeiros? Será avisado deixar este problema à mercê da *incerta e insegura* distinção entre atos de administração e atos de disposição, às categorias vagas da administração normal ou anormal, um conjunto de regras claramente não pensadas para a administração de uma empresa? Será aceitável que o cabeça-de-casal seja, por força do regime sucessório, e na medida das suas competências, o *gerente único* do estabelecimento?

Entendemos que não. A solução para o problema, *em razão da necessidade de proteção do tráfego jurídico-comercial*, parece ser a da aplicação analógica das regras relativas às sociedades em nome coletivo, permitindo o funcionamento do regime de vinculação *disjunto* previsto nos arts. 191.º e 192.º do CSC, através do qual todos os herdeiros continuadores podem vincular a *empresa*⁴⁷.

⁴³ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 199 e ss.

⁴⁴ Cfr. MANFRED LIEB (1996), nm. 79, p. 505.

⁴⁵ Para BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 408 e ss.

⁴⁶ V. o levantamento de MANFRED LIEB (1996), nm. 81-102, pp. 506 e ss., e BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 458 e ss.

⁴⁷ Outra solução, com resultado análogo, seria a aplicação do art. 985.º que, na falta de convecção em contrário, dispõe que “*todos os sócios têm igual poder para administrar*”. Pensa-se,

Para CANARIS, tal resultado seria insustentável. O Autor entende que um sistema de vinculação disjunto exige «*uma legitimação específica*», baseada na autonomia privada, seja a outorga de poderes de representação ou a celebração de um contrato cujo tipo preveja tal modalidade de administração⁴⁸. Ora, tal argumentação parece olvidar a existência de um *acordo* dirigido à continuação da empresa que, não sendo de qualificar como um contrato de sociedade, *institui uma comunidade de responsabilidade por uma atuação comercial conjunta, instituindo a herança indivisa como empresária em mão comum*⁴⁹ e que, portanto, se identifica *funcionalmente* com um contrato de sociedade. Este argumento permite, ainda, responder à crítica de CANARIS de que as regras das societárias não seriam suscetíveis de serem aplicadas por analogia, uma vez que não existiria qualquer contrato⁵⁰.

Por outro lado, ainda que não haja um verdadeiro contrato de sociedade, não é desconhecido o fenómeno da sociedade aparente (art. 36.º, n.º 1, do CSC), que, na ausência de qualquer base contratual, por exigências de tutela do tráfego jurídico, se impõe um regime especialmente protetor do tráfego jurídico, em razão da aparência da existência de uma sociedade. Ora, no nosso caso, a solução de impor a aplicação de regras societárias serve o mesmo propósito, tutelar legítimas expectativas do tráfego jurídico.

Bibliografia

- Barbara Dauner-Lieb, *Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck, München, 2006.
- Carvalho, Orlando de, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial – O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, vol. I, Atlântida Editora, Coimbra, 1967.

contudo, que a natureza comercial da empresa deve, apesar de tudo, favorecer o caminho da aplicação das regras das sociedades comerciais.

⁴⁸ CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 15, p. 170.

⁴⁹ Na feliz expressão de HEINRICH LANGE/DIETER KUCHINKE (1995), § 5, IV, p. 110, onde se lê que: “*nach einhelliger Meinung ist die Erbgemeinschaft Trägerin des Unternehmens zum gesamt Hand*”.

⁵⁰ CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 6, p. 166.

- Cunha, Paulo Olavo, *Direito Comercial e do Mercado*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Emmerich, Volker, *Heymann Handelsgesetzbuch*, Band 1, Erstes Buch, Einleitung, §§ 1-104, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1989.
- Fischer, Robert, “Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft?”, *ZHR*, 1980, pp. 1-17.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt, *Lehrbuch des Erbrechts*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 1995.
- Leipold, Dieter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Erbrecht, §§ 1922-2385, 7. Auflage, C. H. Beck, München, 2017.
- Lieb, Manfred, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 1, Erstes Buch, Handelstand, §§ 1-104, C. H. Beck, Verlag Franz Vahlen, München, 1996.
- Marotzke, Wolfgang, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 5, Erbrecht, §§ 1922-1966 (Erbfolge), Sellier – de Gruyter, Berlin, 2008.
- Mendes, Evaristo, *Constituição Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, vol. I, 2.^a ed., UCE, Lisboa, 2017, anotação ao art. 61.º
- Mendes, Evaristo, “Modelo económico constitucional e Direito comercial”, in *Direito Comercial e das Sociedades – Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Sendin*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 165-251.
- Reuter, Dieter, “Die handelsrechtliche Erbenhaftung (§ 25 HGB)”, *ZHR*, 1969, pp. 511-527.
- Schmidt, Karsten, *Handelsrecht – Unternehmensrecht I*, 6. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2014.
- Schmidt, Karsten, “Handelsrechtliche Erbenhaftung als Bestandteil des Unternehmensrecht – Für ein neues Verständnis des § 27 HGB im Systemzusammenhang mit §§ 130, 139 HGB”, *ZHR*, 1993, pp. 600-620.
- Schmidt, Karsten, “Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann”, *NJW*, 1985, pp. 2786-2793.
- Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft – Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnung und Mächte*, Teilband 3: Recht, Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, Band I/22-3, hrsg. Werner Gephard und Siegfried Hermes, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Wolf, Manfred, *Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch Erbengemeinschaft*, *AcP*, 1981, pp. 480-514.