

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
Faculdade de Direito

**QUAIS AS IMPLICAÇÕES FISCAIS DA LIBERDADE DE  
CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NO ESPAÇO COMUNITÁRIO?**

Relatório da cadeira de Direito Comunitário

Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais

Paulo Alves de Sousa de Vasconcelos  
Maio 1993

## DIREITO COMUNITÁRIO

Universidade de Coimbra

Relatório

### Sumário:

1. Questão: Quais as implicações fiscais da liberdade de circulação de pessoas no espaço comunitário?
2. Em que consiste a liberdade de circulação de pessoas.
3. Que exigências coloca ao Direito Fiscal?
4. Diferenças no tratamento fiscal dos rendimentos do trabalho dependente
  - a) a carga fiscal na comunidade europeia
  - b) diferenças nos impostos sobre o rendimento
5. Soluções possíveis
  - a) Harmonização comunitária
  - b) Convenções bilaterais
6. Conclusões



## **1. A questão: Quais as implicações fiscais da liberdade de circulação de pessoas no espaço comunitário?**

A criação do mercado interno assenta no estabelecimento das quatro liberdades: a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de circulação de pessoas, a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de movimentos de capitais.

Hoje, com a crescente afirmação da Europa dos cidadãos, o estabelecimento da liberdade de circulação das pessoas no espaço comunitário é um dos eixos do grande mercado interior que a Europa dos Doze quer construir.

A liberdade de circulação de pessoas coloca várias exigências de natureza fiscal. Não é possível a sua concretização sem o apoio da fiscalidade europeia. Em termos de objectivos ela exige um sistema fiscal na Comunidade Europeia que permita fundamentalmente duas coisas:

- que qualquer cidadão comunitário possa escolher o lugar onde quer viver e/ou trabalhar, sem ser condicionado por razões de natureza fiscal. De outra forma o sistema fiscal comunitário não é neutro<sup>1</sup>;
- que qualquer cidadão comunitário possa ir desenvolver determinada actividade, económica ou não, noutro Estado-membro, embora mantenha os laços com o seu país de origem, sem que por tal facto tenha de suportar duplas tributações, desincentivadoras do intercâmbio económico.

## **2. Em que consiste a liberdade de circulação de pessoas.**

De acordo com o artigo 8º-A do Tratado de Roma, introduzido pelo Tratado da União Europeia<sup>2</sup>, "qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros".

---

<sup>1</sup> Outra questão que se poderá colocar é de saber se deve ou não ser neutro. Pode ser um instrumento para atrair pessoas para zonas desertificadas e dar-lhes incentivos para se afastarem das grandes concentrações, se tal for coordenado ao nível da Comunidade.

<sup>2</sup> O Tratado da União Europeia foi aprovado no Conselho Europeu de Maastricht em 10 de Dezembro de 1991.

Ficava assim reforçada a intenção de promover aquela que das quatro liberdades tem sido a mais esquecida. O Tratado da União Europeia acrescentou ao Tratado de Roma de 1957 a Parte II relativa à cidadania europeia, sinal da importância crescente da Europa das pessoas no contexto do actual desenvolvimento da comunidade.

Alguns países desejando avançar mais rapidamente celebraram entre si a Convenção de Schengen<sup>3</sup>, com objectivo de suprimir as fronteiras interiores entre os Estados signatários, dando completa liberdade de circulação aos cidadãos desses Estados no interior dos seus territórios.

Na prática em que se traduz esta liberdade de circulação de pessoas consagrada nos tratados da CE?

Desde o século XIX que cada país europeu, num movimento de afirmação da sua identidade nacional, levanta um certo número de obstáculos físicos e jurídicos à circulação das pessoas. A passagem das fronteiras só é possível com autorização das autoridades, dada na altura da passagem ou antecipadamente (visto). Isto que referimos relativamente à Europa é também aplicável à generalidade dos países da comunidade internacional. Era esta a situação da Europa nas vésperas da assinatura do Tratado de Roma.

Com a constituição da CEE desde logo se considerou que um dos elementos do mercado comum seria o estabelecimento da liberdade de circulação dos cidadãos comunitários dentro do espaço então criado. Hoje entende-se que esta liberdade de circulação se pode desdobrar em sete liberdades<sup>4</sup>.

Em primeiro lugar a **liberdade de sair**.

A criação do mercado comum implica esta liberdade básica de poder sair de um território soberano. Este direito encontra-se consagrado em várias directivas, nomeadamente na Directiva de 15.10.1968 e a Directiva 73/148/CEE de 21.05.73.

---

<sup>3</sup>Assinaram esta convenção em Junho de 1990 a França, a Alemanha, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo, tendo-se juntado mais tarde a Itália, a Espanha, Portugal e a Grécia.

<sup>4</sup>"La libre circulation des personnes dans la CEE", Henri de Lary, ed. PUF, Paris, 1992.

Como contrapartida; a **liberdade de entrar**.

Estas duas liberdades eram ainda vistas, pelos redactores do Tratado de Roma, como acessórias das liberdades económicas de estabelecimento e prestação de serviços. Foi criado o passaporte europeu, que não mais era que um passaporte nacional, com uma apresentação exterior uniformizada, permitindo assim facilmente a identificação dos cidadãos comunitários.

A terceira liberdade é a **liberdade de estabelecimento**.

Esta liberdade que ainda não é plena, está consagrada nos artigos 52º a 58 do Tratado de Roma, sendo aplicável às pessoas singulares e colectivas. Consiste na faculdade de qualquer cidadão de um Estado-membro da comunidade se instalar duradouramente no território de outro Estado-membro, a fim de aí desenvolver uma qualquer actividade económica.

Os artigos 59º e 66º do Tratado CE consagram a **liberdade de prestação de serviços**.

Os Estados-membros comprometem-se a suprimir progressivamente as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade. São considerados serviços as actividades de natureza industrial, comercial, artesanal ou de profissionais liberais. Antes do final da 1ª fase da União Económica e Monetária o Conselho aprovará um "programa geral destinado a suprimir as restrições à livre prestação de serviços".

Outro dos objectivos do Tratado CE é a criação de um mercado comum do trabalho, estabelecendo a **liberdade de circulação dos trabalhadores** no espaço comunitário (art. 48º do Tratado de Roma). É assim possível a qualquer cidadão comunitário candidatar-se a empregos em qualquer Estado-membro, não podendo existir qualquer discriminação em função da nacionalidade. Discriminação na obtenção do emprego, na remuneração ou nas demais condições de trabalho, como refere o mesmo artigo.

Esta disposição não é contudo aplicável aos empregos na administração pública.

O **direito de permanecer** num Estado-membro após a prestação de trabalho nesse mesmo território vem consagrado no artigo 48º nº3 alínea d). Consiste na possibilidade de após ter exercido qualquer tipo de actividade no território de um Estado, nele permanecer, assim como a sua família. Está-se a pensar nomeadamente nas situações de reforma do trabalhador.

Também relacionado com as prestações sociais, o artigo 51º do Tratado impõe o dever de o Conselho tomar as medidas necessárias no domínio da segurança social de modo a garantir a contagem de todos os períodos de trabalho e o pagamento das prestações sociais, a fim de não prejudicar os trabalhadores pelo facto de terem exercido a sua actividade em países comunitários diferentes.

Só com o Acto Único Europeu se consagrou o **direito de permanência para inactivos**, por um período superior a três meses, confirmado depois pelo Tratado da União Europeia de Maastricht.

Agora, de acordo com o artigo 8º-A do Tratado CE, "qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros"; não se fala já apenas em liberdade de circulação de trabalhadores, mas de qualquer cidadão da União.

É pois possível, a partir da realização do mercado interno, que um cidadão de um Estado-membro, assim como a sua família, possam circular e permanecer por mais de três meses no território de outro Estado, sem exercer qualquer actividade económica, nomeadamente, os estudantes, reformados, etc.

No domínio da liberdade de circulação das pessoas foi feito um longo caminho ao longo dos últimos anos, no sentido de tornar esta liberdade efectiva, derrubando as fronteiras ainda existentes a tantos níveis. Em 1985 o Conselho Europeu decide criar um sistema geral de equivalência e reconhecimento dos diplomas de cursos superiores; em 1986, o Acto Único Europeu estatui a criação de um espaço sem fronteiras interiores permitindo a livre circulação dos cidadãos independentemente de se tratarem de trabalhadores ou não; o mesmo Tratado decide a supressão dos controlos alfandegários nas fronteiras internas.

### **3. Que exigências coloca ao Direito Fiscal?**

Para que a liberdade de circulação de pessoas, com o alcance que acabamos de ver, possa ser efectiva, carece de medidas fiscais convergentes com tais objectivos. Não se pode substituir as velhas fronteiras por novas barreira de natureza fiscal, por um lado e por outro é necessário criar as condições fiscais, o ambiente fiscal não desincentivador da circulação de pessoas.

Assim ao Direito fiscal são pedidas contribuições decisivas para a concretização da plena liberdade de circulação de pessoas no espaço da Comunidade Europeia. .

O direito fiscal tem natureza intrinsecamente nacional, pois é o corolário da existência de um poder soberano. Tem pois o Direito Fiscal sido sujeito a desafios novos perante a crescente integração comunitária. Ninguém tem dúvidas de que a realização plena do mercado interno e da união económica e monetária não é possível sem uma harmonização fiscal ao nível da comunidade.

Contudo não se desconhece que o domínio fiscal é provavelmente aquele em que os avanços são mais difíceis e lentos. O próprio Acto Único, que relativamente à maioria das matérias estabelece que as decisões poderão ser tomadas por maioria no Conselho, em matéria fiscal abre uma excepção, exigindo a unanimidade.

Um dos três capítulos do livro branco sobre as medidas a tomar para a realização do mercado interno, aprovado em Junho de 1985, em Milão, pelo Conselho Europeu, é relativo à fiscalidade. Mas apenas contém medidas relativas aos impostos indirectos, pois são estes que colocam fronteiras visíveis dentro da CE, não possibilitando a livre circulação de mercadorias sem distorções artificiais.

Apesar de tudo a harmonização da fiscalidade directa faz também parte do programa para realização do mercado interior. As disparidades nas legislações de cada Estado-membro são também susceptíveis de criar "fronteiras invisíveis" dentro do grande mercado, introduzindo factores que impossibilitam uma concorrência salutar na Comunidade.

Mas quando se fala em fiscalidade directa esta-se fundamentalmente a pensar nos impostos sobre as sociedades; quer sobre os lucros, quer sobre as questões colocadas pelas sociedades mães e afiliadas, quer sobre aspectos relacionados com as fusões entre empresas. Dos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares pouco se fala.

Hoje estamos face a uma liberdade de circulação e de estabelecimento com uma amplitude sem precedentes, como vimos. Aposta-se na criação de um mercado europeu do trabalho, como aqui há uns anos se anseava pelo mercado de mercadorias.

Será que as diferentes fiscalidades incidentes sobre os rendimentos do trabalho ou sobre os rendimentos das pessoas singulares em geral não produzem qualquer barreira nesse espaço que se quer livre e aberto? Ou será que não há diferenças significativas entre o regime aplicável nos vários países comunitários? Ou será que já existem os instrumentos capazes de atenuar ou eliminar essas disparidades? Os vários sistemas fiscais nacionais acautelam as eventuais duplas tributações? Que soluções se deverá procurar? Qual o papel que as convenções bilaterais poderão ter? São algumas das questões que cruzam o nosso espírito e nos lançam na procura de pistas para lhes dar resposta.

O que não há dúvida é que a construção europeia veio relançar o debate em torno das questões da fiscalidade, constituindo um permanente, mas fascinante, desafio para o direito fiscal e todos quantos com ele se (pre)ocupam.

Em termos gerais sempre se pode dizer que a realização dos fins consagrados nos Tratados sujeitam os Estados a uma dupla exigência em matéria de fiscalidade:

a) a não tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado da União Europeia - artigo 5º do Tratado de Roma, revisto por Maastricht. Assim os Estados-membros não podem substituir as barreiras alfandegárias e fronteiriças por barreiras fiscais; é uma obrigação de neutralidade das medidas fiscais nacionais em relação aos movimentos intracomunitários de pessoas, mercadorias, capitais e serviços.

b) a estabelecer entre si negociações destinadas a eliminar a dupla tributação na Comunidade, de acordo com o preceituado no artigo 220º do Tratado de Roma. O objectivo final será certamente o de celebrar uma convenção multilateral com a finalidade de eliminar a dupla tributação.

#### **4. Diferenças no tratamento fiscal dos rendimentos do trabalho dependente**

##### **A) A carga fiscal na Comunidade Europeia**

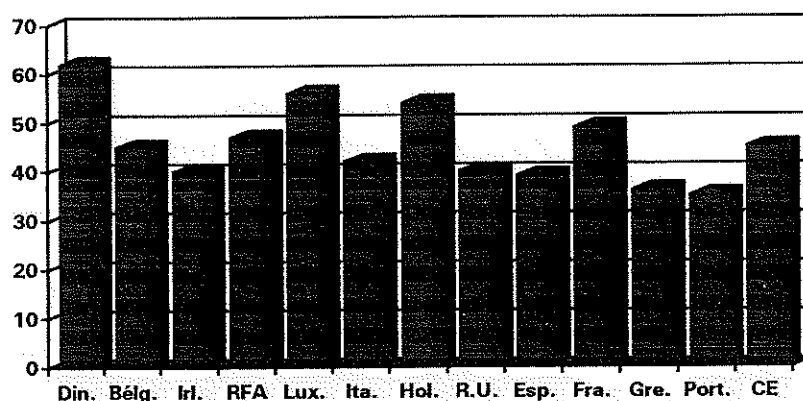
A observação das diferentes cargas fiscais nos doze é suficiente para desde logo nos apercebermos das disparidades fiscais na comunidade.

O peso das receitas fiscais em percentagem do PIB<sup>5</sup> era em média, para os Doze, no ano de 1989, de 43.6%, verificando-se uma tendencia de aumento constante. De facto era de cerca de 35% nos anos 60, o que parece demonstrar uma tendência para o aumento da fiscalidade no longo prazo<sup>6</sup>.

Em termos comparativos, o peso das receitas fiscais no PIB é mais elevada na Dinamarca, Luxemburgo e Países Baixos, seguido de perto pela França, sendo, no conjunto destes quatro países, superior a 50% do PIB.

No polo oposto temos Portugal, Grécia, Espanha, Itália, Irlanda e Reino Unido, que em média se situam nos 35% (Quadro 1).

Quadro 1- Total das receitas fiscais em % do PIB, em 1989



Encontramos também disparidades sensíveis no que se refere ao peso dos impostos directos na Comunidade.

Na média comunitária o peso dos impostos directos é de 13.6% do PIB<sup>7</sup>, chegando no entanto a 28.4% na Dinamarca. Atinge também valores elevados na Alemanha e no Luxemburgo (18.3%), mas já cai para níveis bastante mais baixos na Grécia (6.4%), em Portugal (6.9%), em Espanha (7.6%) e em França (8%).

<sup>5</sup>De acordo com os dados da OCDE.

<sup>6</sup> Cfr. José Carlos Gomes Santos, in "Principais tendências de convergência nos sistemas fiscais dos países Comunitários", Colóquio "A internacionalização da economia e fiscalidade", Lisboa, Abril, 1993, pág. 134.

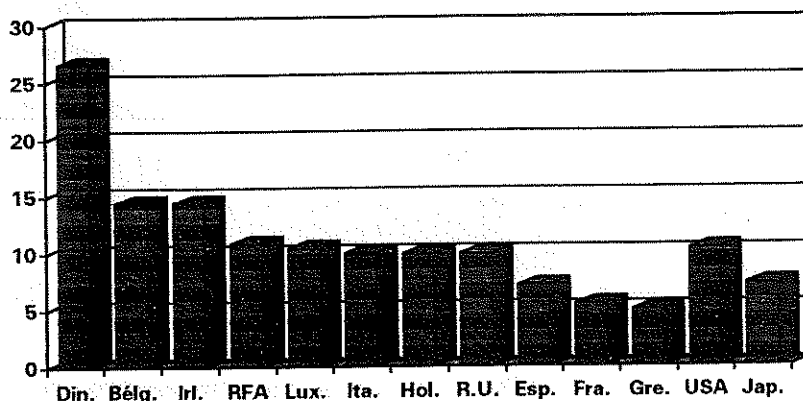
<sup>7</sup>De acordo com os dados da OCDE, relativos ao ano de 1986.

É pois bem diferente o impacto que os impostos directos têm na economia dos Estados-membros da Comunidade Europeia, com uma diferença de 22 pontos entre o mais elevado e o mais reduzido.

Resultados semelhantes são obtidos quando comparamos o peso dos impostos sobre o rendimento nos diferentes países comunitários<sup>8</sup>.

A parte do imposto sobre o rendimento nas receitas fiscais vai de 51% na Dinamarca a 12% em França, passando por 29% na Alemanha e 27% em Itália. Em termos de PIB, os impostos sobre o rendimento representam cerca de 9.5%, em média na Comunidade. Mas se na Dinamarca chega aos 26.6%, em França e na Grécia ronda os 5%.

Quadro 2 - Imposto sobre o rendimento em % do PIB (OCDE 1988)



## B) Diferenças nos impostos sobre o rendimento

Não é só o peso relativo dos impostos sobre o rendimento que é diferente. Os regimes fiscais dos vários Estados comunitários também apresentam diferenças significativas no que diz respeito às bases de incidência, às deduções específicas e incentivos fiscais, aos abatimentos, às taxas (nível de progressividade), ao regime de tributação da família, aos procedimentos de cobrança etc..

<sup>8</sup> "Vers une fiscalité européen", Henri Sterdyniak, ed. Economica, 1991.

Assim:

- em alguns países comunitários é incluído no imposto sobre o rendimento o valor locativo de uma habitação onde reside o seu proprietário, pelo rendimento ficcionado, tal como entre nós sucedia quando estava em vigor a Contribuição Predial. É o que sucede na Bélgica, em Espanha e na Itália. Outros países, como Portugal, a França, a Alemanha e o Reino Unido não tributam tais rendimentos.

- também há significativas diferenças na forma de tributação das mais-valias. Em todos os Estados só se tributam as mais-valias realizadas e quase sempre com taxas liberatórias. Contudo, por exemplo, as mais-valias relativas à casa de morada não são tributadas na generalidade dos Estados, apenas o sendo em Portugal e Espanha, quando o valor da venda não seja reinvestido na compra de outra habitação para morar.

- diferenças quanto às isenções e benefícios fiscais ou quanto à dedução específica incidente sobre os rendimentos do trabalho dependente. Na Dinamarca, Alemanha, Grécia, Países Baixos e Reino Unido não existe sequer qualquer dedução específica para estes rendimentos, enquanto em França atinge 20% do rendimento bruto dessa categoria. Isto tem a ver com as opções fiscais. Enquanto nos países anglo-saxónicos o próprio imposto não tem em conta as fugas ou possibilidades de fuga, mas a fraude é severamente punida, nos países latinos já contam com a fraude, pelo que o sistema fiscal tenta compensar tal situação. Apesar de a dedução em França ser elevada, estima-se que é bem inferior à fraude dos titulares de rendimentos do trabalho não dependente, que se situará nos 40%<sup>9</sup>.

- diferenças quanto aos abatimentos dedutíveis ao rendimento líquido. É aqui que frequentemente o imposto sobre o rendimento funciona ao serviço das mais diversas políticas sectoriais, pelo que a diversidade de abatimentos possíveis é a principal nota a destacar.

- diferenças na tributação dos cônjuges. Há dois métodos de evitar a penalização fiscal do casamento: a tributação conjunta com o cociente conjugal e a tributação separada com abatimentos ou créditos de imposto.

§  
1

---

<sup>9</sup> "Vers une fiscalité européen", pág 108.

Em França, em Portugal, na Alemanha, no Luxemburgo e na Irlanda é utilizado o sistema do cociente conjugal, sendo no entanto este regime opcional na Alemanha e na Irlanda.

Nos restantes países comunitários a tributação é separada, contendo factores de correcção de forma a evitar um tratamento desfavorável para aquelas famílias em que os cônjuges têm rendimentos muito desequilibrados ou em que um deles não auferir rendimentos. Nos Países Baixos<sup>10</sup>, Bélgica e Reino Unido existe um abatimento especial para essas situações, nos outros Estados estabelece-se um crédito de imposto para os casais em que um deles não trabalha.

- diferenças no tratamento fiscal dos filhos. Esta questão está relacionada com a política de incentivo ou não da natalidade nos diversos Estados comunitários. Na Dinamarca, na Irlanda, nos Países Baixos e no Reino Unido não é dado qualquer relevo ao número de filhos para efeitos fiscais. Nos outros países tal é tido em conta na determinação do imposto a pagar, variando contudo a forma como tal é feito. Ou é usado o método do crédito de imposto (Bélgica, Itália e Espanha), ou das deduções e abatimentos (Portugal e Alemanha) ou ainda do coeficiente familiar (França e Luxemburgo).

- diferenças nas taxas. Todos os Estados-membros da Comunidade têm taxas progressivas no imposto sobre o rendimento das pessoas singulares. O que os diferencia é a forma mais ou menos acentuada de progressão, o número de escalões previstos e o nível da taxa marginal mais elevada.

Vários países têm mais de 10 escalões (é o caso da Bélgica, da Espanha, da França, do Luxemburgo, da Alemanha e dos Países Baixos), situando-se os restantes bastante abaixo, tendo o Reino Unido e a Dinamarca apenas 3 escalões de rendimentos.

Para uma melhor comparação entre as várias taxas médias, apresentamos os quadros seguintes:

---

<sup>10</sup> Os Países Baixos são o único Estado em que a coabitação estável de duas pessoas do mesmo sexo beneficia do mesmo tratamento fiscal dos casados.

**Quadro 3** - Taxa médias de imposto, na situação de um trabalhador não casado, e taxa média de imposto com quotizações sociais (OCDE, 1989)

En % du revenu

Niveau du salaire par rapport au SMO	0,7	1	2	3	5
Belgique	18/43	25/48	38/57	40/58	48/64
Danemark	40/42	45/46	56/57	60/60	63/63
Espagne	6/33	12/37	20/42	24/41	31/41
France	3/42	8/45	16/50	21/53	40/57
Irlande	27/40	34/46	46/54	50/55	53/57
Italie	14/45	18/48	24/52	27/54	32/57
Pays-Bas	7/44	12/48	26/53	39/55	52/59
RFA	16/42	20/45	31/48	40/50	46/51
Royaume-Uni	18/31	21/35	24/35	29/39	33/41

Notes : Dans chaque case, a/b, où :

(a) représente le ratio impôt sur le revenu/ revenu net, donc le taux moyen d'imposition à l'IR.

(b) représente le ratio impôt sur le revenu + cotisations /revenu + cotisations donc le taux moyen d'imposition y compris les cotisations sociales employeurs et employés.

SMO = Salaire moyen ouvrier.

**Quadro 4** - Taxa médias de imposto, na situação de um casal, em que um dos cônjuges não trabalha, com três filhos e taxa média de imposto com quotizações sociais (OCDE, 1989)

En % du revenu

Niveau du salaire par rapport au SMO	0,7	1	2	3	5
Belgique	4/33	12/39	27/49	38/47	41/63
Danemark	30/33	38/40	53/53	58/58	62/62
Espagne	0/28	6/32	16/40	22/39	30/40
France	0/40	0/40	3/42	6/44	12/47
Irlande	16/31	23/37	34/44	42/48	49/53
Italie	0/37	10/37	15/49	21/53	29/55
Pays-Bas	2/44	6/44	21/48	35/50	49/56
RFA	5/34	10/37	18/38	25/38	35/39
Royaume-Uni	12/27	17/32	22/34	27/37	32/40

**Quadro 5** - Taxa médias de imposto, na situação de um casal, em que um dos cônjuges auferir um vencimento correspondente a 70% do outro, com dois filhos e taxa média de imposto com quotizações sociais (OCDE, 1989)

En % du revenu

Niveau du salaire par rapport au SMO	0,7	1	2	3	5
Belgique	14/40	23/46	37/56	44/55	53/67
Danemark	38/41	43/44	54/55	59/59	62/63
Espagne	2/29	8/34	18/41	22/41	29/41
France	0/40	4/42	10/46	16/49	22/53
Irlande	22/36	27/40	41/51	47/53	51/54
Italie	10/35	13/37	21/43	25/46	30/50
Pays-Bas	6/41	10/46	23/51	35/53	48/57
RFA	12/39	16/41	26/46	34/47	43/50
Royaume-Uni	16/29	20/33	23/36	27/38	32/40

- diferenças nos critérios de determinação da residência. O imposto sobre o rendimento tributa o rendimento global, o rendimento mundial dos residentes. De outro modo não é possível levar a cabo a pessoalização da tributação que se pretende. Contudo o imposto sobre o rendimento só é global para os residentes, sejam nacionais ou não desse Estado.

O critério de determinação dos residentes não é igual em todos os Estados, o que pode gerar situações de sujeição a dois impostos da mesma natureza. Contudo nestes casos intervêm as convenções internacionais celebradas entre os Estados-membros para evitar a dupla tributação internacional. O problema é mais grave quando não há qualquer convenção entre alguns Estados comunitários.

## 5. Soluções possíveis

A superação da dupla tributação jurídica comunitária pode ser alcançada através de vários meios, alguns dos quais são também utilizados para o combate à dupla tributação a nível internacional. Quanto a estes refira-se as convenções bilaterais e as medidas unilaterais.

Relativamente às medidas unilaterais, convém não esquecer que as normas fiscais de cada Estado-membro podem ter um papel importante na atenuação da dupla tributação.

No entanto, tais normas, por regra apenas têm sido aplicadas a situações muito específicas, nomeadamente quando se quer dar um tratamento mais favorável a determinado país, por razões históricas. É o que se passa entre vários países europeus e as suas antigas colónias.

Analisemos, então, uma forma especificamente comunitária de resolução do problema da dupla tributação (a harmonização fiscal Comunitária) e o papel das convenções bilaterais.

#### A) Harmonização Comunitária

Do que vimos podemos tirar a conclusão de que não há uma uniformidade na tributação entre os países membros da Comunidade. Que consequências tal situação poderá ter ao nível dos movimentos de pessoas dentro da comunidade? Será necessária e desejável uma harmonização, ou não?

Apesar das diferenças na tributação dos rendimentos das pessoas singulares, a verdade é que não se conhecem migrações internas motivadas por razões fiscais<sup>11</sup>. O que se compreende. Na maior parte dos casos a deslocação de trabalhadores para irem trabalhar para outro país está relacionado com outros factores, como a oferta de emprego, o nível das remunerações, o custo de vida, o acesso à habitação, as barreiras linguísticas, a equivalência dos diplomas. Há, por isso quem defenda a harmonização dos impostos directos não é essencial.

No entanto é medida que o intercâmbio comunitário de pessoas se for intensificando, as questões fiscais poderão criar distorções sensíveis. Acresce que o conhecimento que os cidadãos têm destas questões é ainda extremamente reduzido.

O que parece não oferecer dúvida é que de facto não uma harmonização plena dos impostos sobre o rendimento na CE. Para tal o imposto sobre o rendimento teria que ser neutro, não condicionando a circulação de pessoas, nomeadamente o seu estabelecimento em determinado país, pelo menos em teoria. Deveria por outro lado evitar as situações de dupla tributação para quem tem rendimentos com origem em diferentes territórios.

---

<sup>11</sup>São porém conhecidos os casos de desportistas de elevados rendimento que escolhem viver em paraísos fiscais. Para além da particularidade de tais situações, elas não são em tal número que possamos falar em migrações.

Não se desconhece que os impostos directos constituem uma alavanca poderosa de intervenção na vida social. Sem eles a execução de inúmeras políticas sectoriais ficariam dificultadas. Pode ser um meio de promover a justiça social, de corrigir desigualdades, de condicionar os comportamentos, ora estimulando ora desestimulando certas actividades.

Sabemos também o que a soberania fiscal representa para cada país, constituindo uma componente importante da soberania de cada Estado e uma prerrogativa dos Parlamentos nacionais, desde a mais antiga tradição europeia.

Acresce ainda que muitas das diferenças constatadas nas diferentes estruturas fiscais dos países comunitários reflete especificidades próprias, resultado de factores relacionados com cada Estado e não facilmente anuláveis<sup>12</sup>.

É que, apesar do peso dos impostos sobre o rendimento no PIB não ser muito significativo, para a maior parte dos países, a sua influência é enorme. São os impostos que o contribuinte suporta directamente, que avaliam o seu poder contributivo, pelo que o seu efeito psicológico é de grande impacto<sup>13</sup>.

A não harmonização do imposto sobre o rendimento permite a cada país optar pela promoção da despesa pública ou da despesa privada, de acordo com a sua filosofia política.

É pois um instrumento político que nenhum governo quererá perder. Ao nível dos instrumentos fiscais talvez seja o único que lhe resta controlar, tanto mais que a concretização da união monetária retira margem de manobra aos Estados na condução da sua política monetária e orçamental.

No entanto na medida em que mais competências em matéria económica e social se vão transferindo para Bruxelas, não tardará o dia em que a Comissão reclamará que lhe seja confiado o último instrumento fiscal que permanecia confiado aos governos nacionais. O que se compreende.

---

<sup>12</sup> José Carlos Gomes Santos, in ob. cit., acrescenta ainda a possibilidade de poderem surgir conflitos de objectivos, entre aproximação da política económica e a harmonização dos sistemas fiscais - pág. 132.

<sup>13</sup> "Vers une fiscalité européen", pág 99.

Se a comunidade quer promover "*o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros*<sup>14</sup>", necessita de dispor dos instrumentos susceptíveis de orientarem as políticas sectoriais de forma convergente.

Tais objectivos não são compatíveis com políticas fiscais nacionais de sinal contrário, antes exige uma política fiscal comum, ao serviço das metas fixadas pelos Doze.

Com isto não se quer dizer que seja conveniente uniformizar e centralizar em toda a fiscalidade da Comunidade. O esforço será certamente de harmonização, evitando que as disparidades fiscais da comunidade inviabilizem os objectivos traçados pelos Doze. Há contudo disparidades que são compatíveis com a união económica e monetária e que não devem ser uniformizados.

No que diz respeito aos impostos directos o esforço de harmonização tem sido, e continuará a ser, predominantemente feito nos impostos que condicionam de forma sensível os movimentos de capitais e nos impostos sobre os lucros das sociedades.

#### B) O papel das convenções bilaterais

Vimos já que o estabelecimento da liberdade de circulação de pessoas no seio da Comunidade Europeia coloca pelo menos duas exigências ao Direito Fiscal Comunitário ou ao Direito Fiscal de cada um dos Estados-membros:

- eliminar ou atenuar as disparidades de tributação dos rendimentos das pessoas singulares, de forma a que a deslocação de um Estado para outro não se faça por razões de natureza fiscal; no fundo exige-se que o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares seja minimamente uniformizado em toda a Comunidade;

---

<sup>14</sup>Artigo 2º do Tratado de Roma, na redação que lhe deu o Tratado da União Europeia, de Maastricht.

- permitir que a obtenção de rendimentos provenientes de vários Estados-membros não tenha como consequência a dupla tributação dos rendimentos desse cidadão comunitário, desincentivando o intercâmbio económico intra-comunitário.

Vimos também que no actual estado da construção da comunitária nem uma nem outra destas exigências estão cumpridas. Mas se a primeira delas só pelo entendimento e vontade dos doze pode ser uma realidade, a segunda pode ser resolvida através de convenções bilaterais, celebradas entre os Estados-membros, tal como sucede no âmbito da comunidade internacional.

De facto o problema da dupla tributação na Comunidade é estruturalmente idêntico àquele que se coloca entre quaisquer Estados soberanos. Aliás o problema não existe por causa da criação do grande mercado interno, mas a sua concretização, com o intensificar dos intercâmbios intracomunitários de pessoas que ele supõe, amplia naturalmente a dimensão da questão.

A nível internacional a resposta ao problema em análise tem-se baseado na celebração de convenções bilaterais, com base no modelo de convenção definido pela OCDE. É também com base na mesma convenção modelo que surgiram as primeiras propostas de resolução da questão na Comunidade. A ideia seria de celebrar entre todos os Estados-membros uma convenção multilateral semelhante à Convenção Modelo da OCDE.

Contudo é possível que este modelo de convenção tenha que sofrer algumas adaptações para corresponder às especificidades da eliminação dupla tributação na Comunidade. O próprio relatório Ruding, a título de documento anexo, incluí um estudo que versa sobre os ajustamentos a fazer ao conteúdo da Convenção Modelo da OCDE<sup>15</sup>.

Enquanto tal projecto não vai para a frente, é com base nas convenções bilaterais celebradas entre os Estados-membros que o problema decorrente da dupla tributação dos rendimentos tem sido resolvida na Comunidade Europeia.

---

<sup>15</sup> Cfr. Maria Celeste Cardona, in "O papel dos acordos de dupla tributação na internacionalização da economia", Colóquio "A internacionalização da economia e fiscalidade", Lisboa, Abril, 1993, pág. 225.

## 6. Conclusões

Do que fica exposto pode concluir-se que o estabelecimento da plena liberdade de circulação de pessoas no espaço comunitário coloca na ordem do dia a resolução de problemas clássicos e levanta novas questões<sup>16</sup>.

De facto, um tipo de questões que se põe, relativo aos problemas emergentes daquelas situações em que um residente num Estado-membro que obtém rendimentos de fonte localizado num outro Estado-membro é duplamente tributado, é uma questão clássica no Direito Internacional Fiscal. Como refere Manuel Pires<sup>17</sup>, o problema da dupla tributação é tão velho como os impostos.

A construção europeia coloca problemas que os Estados sempre teriam entre si, mas que são agravados de forma sensível pelo facto de a Comunidade intensificar os intercâmbios de pessoas, de mercadorias, de capitais e de serviços.

Mas, a par desses problemas, surgem outros, novos, especificamente comunitários, colocados pela nova forma de ligação que os Doze criam entre si. É que um dos pilares da construção europeia terá que ser certamente a fiscalidade. Não é possível alcançar os objectivos preconizados pelos Tratados da Comunidade Europeia sem políticas fiscais dos Estados-membros convergentes com tais objectivos. Na medida em que se estreita a União económica e monetária a autonomia de cada país em política fiscal terá certamente tendência a reduzir-se e a transferência de competências para a Comunidade tenderá a acentuar-se.

---

<sup>16</sup> Vide Cartou, Louis, "Droit fiscal international et européen", Dalloz, 1981, pág. 167 e seg.

<sup>17</sup> Cfr. Manuel Pires, in "A dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento", pág.247 e seg.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
Faculdade de Direito

**"NEGOCIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO E IMÓVEL PROPRIEDADE  
DO EMPRESÁRIO"**

Relatório da cadeira de Direito das Empresas

Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais

PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS  
Junho 1993

# NEGOCIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E IMÓVEL PROPRIEDADE DO EMPRESÁRIO

Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais

## Introdução

### 1. Negociação do estabelecimento comercial

a) noção de estabelecimento

b) negociações definitivas

c) negociações temporárias

### 2. Negociação do estabelecimento comercial e imóvel

### 3. Negociação e âmbito do estabelecimento comercial

### 4. Negociação do estabelecimento comercial e tipos de imóveis

### 5. Transferência do gozo do imóvel e imóvel propriedade do empresário

a) venda do imóvel

b) arrendamento

c) direito de disponibilidade simples

### 6. Síntese

## Introdução

O estabelecimento comercial interessa ao jurista enquanto valor negociável. A sua reflexão deve partir desse facto que se evidencia por si; na verdade, o estabelecimento é uma realidade da vida social que emerge perante o jurista, como um "*quid negociável*"<sup>1</sup>.

Quem se detém a observar este fenómeno da vida começa por encontrar uma realidade que é objecto de negociação, é transaccionável, e pode aproveitar a outrém, pois é transferível e disponível. É pois, como refere Orlando de Carvalho, um "*quid transferível e retrotransferível*"<sup>2</sup>. É em suma, um valor.

A empresa para poder funcionar, emergindo na vida comercial como centro emissor e receptor de mensagens produtivas, carece, as mais das vezes, de um local onde se possa instalar, onde assente o seu lastro ostensivo. O imóvel, onde o estabelecimento funciona, ganha assim, nestes casos, natural relevo, entre os bens de que o comerciante terá que dispor, para, combinando-os, obter uma exploração rentável e lucrativa, que permita a auto-reprodução do ciclo produtivo.

Como valor do estabelecimento, valor mais ou menos significativo, o imóvel é chamado à colação nas negociações do estabelecimento, já que como à frente se demonstrará, a sua posse é, com frequência, indispensável ao adquirente (temporário ou definitivo) da empresa, o que não raro tem levado a uma confusão entre o imóvel e o estabelecimento, de que numerosos arestos dos nossos tribunais são expressão.

A importância do imóvel para as empresas é indiscutível. Sem querer cair no endeusamento da propriedade imobiliária<sup>3</sup>, e sem esquecer as diferentes tipologias de estabelecimentos comerciais<sup>4</sup>, sempre nos parece pacífico que, de entre os vários factores de produção de que o empresário se tem de munir para levar a cabo a sua exploração, o imóvel, onde se instala a empresa, assume decisiva importância, sabendo-se que a ele se tendem a ligar os valores de exploração.

<sup>1</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, pág. 679.

<sup>2</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 680-683.

<sup>3</sup> A esta sobrevalorização do imóvel não é alheia, no dizer de Orlando de Carvalho, o prestígio de que a propriedade imobiliária goza ao nível da jurisdição em Portugal, como contraponto do favor que desde os anos 10 a legislação deu ao inquilino comerciante - "*Alguns aspectos da negociação do estabelecimento*", Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3693, ano 115º.

<sup>4</sup> Mais à frente veremos que esta questão está naturalmente dependente da tipologia dos estabelecimentos comerciais.

Este relevo que o imóvel assume para a empresa condiciona as negociações relativas à mesma empresa, na medida em que pode ser necessário propiciar ao adquirente do estabelecimento o gozo do imóvel.

Ora, é desta realidade, que já percebemos rica e complexa, que este trabalho se ocupa, buscando surpreender este fenómeno numa dada perspectiva. Vamos seguidamente analisar as relações que se estabelecem entre imóvel e estabelecimento, quando este e aquele são titularidade da mesma pessoa. Isto é, quando o empresário detém o gozo do imóvel como proprietário do mesmo. Na mesma pessoa reúnem-se as titularidades do estabelecimento comercial e do imóvel onde este emerge como valor de posição.

Para tal teremos que começar por saber de que é que falamos quando dizemos "estabelecimento comercial", pois a sua noção irá ser a luz que iluminará a reflexão que a partir daí empreenderemos. Urge também precorrer os tipos mais importantes de negociações do estabelecimento, não esquecendo que é nessas mesmas negociações que as questões que havemos de tratar se situam. De seguida iremos tentar ver quais os principais problemas que a situação em causa nos coloca, relacionando-os com os diferentes tipos de estabelecimentos comerciais. Por último veremos quais as formas pelas quais se pode tornar possível o gozo do imóvel ao adquirente do estabelecimento comercial. Como pano de fundo, para toda a nossa reflexão, teremos de equacionar as relações que entre o imóvel e a empresa se estabelecem.

## **1. A negociação do estabelecimento comercial**

### **A) Noção de estabelecimento comercial**

A base da nossa reflexão tem de partir da noção jurídica de estabelecimento comercial. Para estudarmos a sua negociação, urge identificar o objecto dessa negociação, dizendo, com Orlando de Carvalho, que o estabelecimento comercial ou industrial é "*uma organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado*"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, pág. 196, nota 2.

A empresa é constituída por um conjunto de factores produtivos, materiais e imateriais, que a sensibilizam e transportam. Factores que organizados e conjugados de acordo com o princípio da optimização, lhe conferem um valor *sui generis* e a tornam apta a, assim aviada, lançar-se na intercomunicação produtiva, dirigindo-se à troca sistemática. Estão, pois, fora do conceito de empresa, os processos produtivos de auto-consumo, desprovidos de uma vocação de extroversão.

Organização dotada de autonomia, a empresa distingue-se daquelas actividades económicas dependentes de um factor produtivo específico, como sejam as actividades artesanais ou as profissões liberais, nas quais não existe autonomia funcional. O processo produtivo, na empresa, não pode estar dependente de uma pessoa ou de qualquer outro factor, sendo assim fundamental a intermutabilidade dos factores concretos.

A integração da empresa no processo de troca sistemática visa uma troca vantajosa que permita alimentar o processo produtivo, ou, como refere Orlando de Carvalho, "*a auto-reprodução do processo produtivo*", e que, por outro lado, constitua estímulo à renovação desse mesmo processo.

A empresa é assim um valor incorpóreo radicado num lastro ostensivo, que organizada e aviada se lança na intercomunicação produtiva, com vista a ganhar valores de exploração ou uma posição de vantagem na luta pela conquista do mercado<sup>6</sup>. Desta forma, possuindo, um valor de acreditamento diferencial, procurará angariar clientela e granjear bom nome e reputação.

Esta empresa como valor em património diz-se "estabelecimento", assentando no seu perfil objectivo, ou seja, é o valor objectivo que a empresa corporiza. Neste trabalho, porém, empregaremos estes dois conceitos indistintamente<sup>7</sup>.

## **B) Negociações definitivas**

Que a empresa pode ser objecto de negociação é um dado que se impõe ao estudioso da vida mercantil, como já vimos. Importa contudo analisar em que consiste essa negociação e quais as suas modalidades.

<sup>6</sup> Orlando de Carvalho - *Critério e estrutura...*, pág. 306.

<sup>7</sup> No mesmo sentido ver Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 7, nota 3.

Trata-se da negociação do estabelecimento como "todo"<sup>8</sup>, como organização concreta de factores produtivos com valor de posição no mercado. É essa possibilidade de negociação que permite a dinâmica comercial, que consubstancia a empresa como valor patrimonial próprio, susceptível de ser vendida, trocada, doada, ou capaz de gerar um rendimento periódico através da sua locação, etc<sup>9</sup>. A empresa é assim um bem transaccionável, transportável, transferível e retrotransferível.

Quando falamos na negociação do estabelecimento estamos a falar na circulação da empresa como "todo", como conjunto organizado composto por elementos heterogéneos. Mas isto não impõe que sejam transferidos todos os elementos que a compõe. Fundamental é que circule o todo, a empresa como valor de posição no mercado, pelo que o que é imprescindível é que se transfiram todos aqueles elementos suficientes para exprimir a realidade da organização no seu conjunto<sup>10</sup>. A empresa permanece a mesma apesar das variações que nos seus elementos possam ocorrer<sup>11</sup>.

Não é, pois, necessário que se transfiram exactamente todos os elementos singulares que compõem a empresa. Fundamental, repetimos, é que circule o todo, a empresa como unidade<sup>12</sup>.

De acordo com a liberdade contratual consagrada entre nós<sup>13</sup>, fica na disponibilidade das partes escolherem a forma contratual que melhor satisfaça os seus interesses na negociação do estabelecimento. Podem as partes optar por uma transferência definitiva da empresa ou pretender apenas uma transferência temporária.

Comecemos pela primeira hipótese.

A venda da empresa é o negócio jurídico que consiste na transferência *inter vivos*, a título definitivo e mediante um preço, desse todo que é o estabelecimento comercial. A compra e venda da empresa manifesta exemplarmente o valor negociável que esta é, possibilitando ao seu titular a realização do valor desse bem que possui.

<sup>8</sup> Orlando de Carvalho - *Critério e estrutura...*, pag. 183.

<sup>9</sup> Sobre os motivos ou interesses que podem estar subjacentes às negociações do estabelecimento, ver Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 190 e seg.

<sup>10</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "*Alguns aspectos...*", RLJ, ano 115, nº 3693, pág. 363.

<sup>11</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "*Alguns aspectos...*", RLJ, ano 115, nº 3694, pág. 10.

<sup>12</sup> Não analisaremos aqui a questão da negociação de uma parte da empresa, autónoma ou autonomizável.

<sup>13</sup> Artigo 405º do Código Civil.

O mesmo carácter da empresa como um bem revela-se na venda executiva e na adjudicação a um dos sócios de uma sociedade em dissolução, da totalidade do estabelecimento.

Outras formas de negociação do estabelecimento a título definitivo são a troca, a doação, a dação em pagamento e a transmissão *mortis causa* que se efectua por intermédio de um negócio jurídico.

Na linguagem jurídica surge, porém, a referência constante ao "trespasse", conceito cujos contornos não estão unanimemente assentes na nossa doutrina e jurisprudência. É que não se trata de um tipo de negócio sobre o estabelecimento, mas é uma designação genérica, que abrange uma série de fenómenos. E não é certo que este conceito seja empregue pelo legislador sempre com o mesmo alcance<sup>14</sup>, pelo que se torna necessário interpretar cada norma e descobrir o seu sentido.

Assim, para falarmos com segurança de trespasse, temos de nos escorar num preceito jurídico, escolhido em função da questão mais relevante em análise, e que, nesta sede, nos parece ser o artigo 115º do DL nº321-B/90<sup>15</sup>.

De acordo com este preceito legal, no caso de trespasse de estabelecimento, é dispensada a autorização do senhorio para operar a transferência da posição de arrendatário do local onde aquele funciona, possibilitando a negociação da empresa. Nesta norma o conceito de trespasse não inclui certamente as transferências temporárias, reguladas no artigo 111º do mesmo diploma, nem as transferências *mortis causa*, previstas no artigo 112º também do RAU.

De facto, para as primeiras não faz sentido operar uma transferência da posição de arrendatário, pois, se assim se entendesse, separar-se-ia o destino do imóvel do destino da empresa, quando é exactamente o inverso que a lei pretende<sup>16</sup> e que corresponderá ao interesse das partes. Quanto às transferências *mortis causa* vêm reguladas no artigo 112º, que para estas estabelece um regime especial, de transferência automática da posição de arrendatário, salva a hipótese de renúncia do sucessor, comunicada no prazo de 30 dias.

<sup>14</sup> Ver Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 602.

<sup>15</sup> Sobre a inconveniência metodológica de tentar lograr encontrar uma definição acabada de trespasse, cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 602 e 603.

<sup>16</sup> Como o demonstra claramente o artigo 111º do R.A.U..

Entendemos, por isso, o trespasse como uma figura onde cabem todas as negociações relativas à empresa, que tenham por finalidade a sua transmissão definitiva, por acto entre vivos, com ou sem carácter oneroso. Incluiremos, pois, no trespasse a troca, a doação, a entrada em sociedade e a venda executiva. Se bem que, como refere Orlando de Carvalho<sup>17</sup>, "*se há trespasse de estabelecimento por excelência, se há trespasse de estabelecimento por antonomásia, esse trespasse é a venda da empresa*".

## **B) Negociações temporárias**

Ao lado destas negociações que envolvem a disposição do estabelecimento a título definitivo, encontramos outras que implicam apenas uma disposição temporária do gozo e exploração da mesma empresa.

De entre estas assume relevo a locação do estabelecimento comercial. Consiste esta numa disposição temporária e remunerada<sup>18</sup> do mero gozo da empresa<sup>19</sup>. O adquirente *pro tempore* da empresa passa a explorá-la por sua conta e risco, pagando uma determinada remuneração ao dono do estabelecimento<sup>20</sup>. Findo o contrato de locação a empresa regressa à exploração pelo seu *dominus*.

Menos frequente, mas também incluído nas negociações temporárias, está o comodato da empresa, ou seja a cedência gratuita do gozo do estabelecimento, por determinado período de tempo, assim como a constituição de usufruto.

## **2. Negociação do estabelecimento comercial e imóvel**

Não ignoramos que ao abordar este ponto estamos no âmago das questões levantadas pelas relações que se estabelecem entre o imóvel e a empresa. Urge, pois, começar por lançar alguma luz sobre esta matéria, tão propícia a confusões viciadoras de todos os raciocínios que a partir desse dado se façam.

<sup>17</sup> in "*Alguns aspectos...*", RLJ, ano 115, nº 3694, pág. 12.

<sup>18</sup> A remuneração pode assumir variadas formas.

<sup>19</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 212.

<sup>20</sup> Cfr. Vaz Serra, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3350, pág. 262.

Como refere Orlando de Carvalho<sup>21</sup>, o estabelecimento é ainda hoje visto, por parte da nossa jurisprudência, como um *"epifenómeno do prédio (ou do direito à utilização do prédio) em que se exerce a actividade comercial"*.

O peso da propriedade imobiliária e a importância que hoje assume a legislação vinculística em parte explicam essa confusão. De facto, o problema do estabelecimento como objecto de negócios é fundamentalmente tratado a propósito da sua relação com o imóvel<sup>22</sup>. Confusão que é frequente na nossa jurisprudência, não se distinguindo correctamente o imóvel da empresa. A título de mero exemplo cite-se um recente acórdão da Relação de Coimbra, de 27 de Outubro de 1992<sup>23</sup>, em que se afirma que *"trespasse é o contrato pelo qual alguém transfere definitivamente para outrem, em princípio onerosamente, juntamente com o gozo do prédio, um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado"* e, que a *"cessão de exploração é a cessão temporária e onerosa, juntamente com o gozo do prédio, da exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado"*<sup>24</sup>.

De acordo com esta jurisprudência, só há trespasse e locação de estabelecimento quando tais negócios sejam acompanhados da transferência do gozo do imóvel onde aquele esteja instalado, pelo que não admitem, por exemplo, que haja trespasse da empresa sem transferência da posição de arrendatário, o que sucede quando o imóvel é propriedade do empresário. É que o artigo 115º do R.A.U. está pensado para a situação, muito frequente mas não única, de o estabelecimento funcionar num imóvel arrendado.

É, pois, crucial ficar claro, desde já, que uma coisa é o negócio sobre o estabelecimento e outra, o negócio relativo ao imóvel onde aquele possa estar a funcionar. A empresa é mais que o imóvel, por maior que seja a importância que este tenha para aquela. A empresa é uma unidade composta por múltiplos elementos heterogéneos, *"corpóreos e incorpóreos, a sua fama, a sua clientela, as relações com os fornecedores e com o público, etc"*<sup>25</sup>. Pelo que, uma coisa é a empresa e outra são os elementos que a compõem.

<sup>21</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *"Alguns aspectos..."*, RLJ, ano 115, nº 3693, pág. 360

<sup>22</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 447 e seg..

<sup>23</sup> Colectânea de Jurisprudência, ano XVII, 1992, tomo IV, pág. 93.

<sup>24</sup> O sublinhado é nosso.

<sup>25</sup> Orlando de Carvalho, *"Alguns aspectos..."*, RLJ, ano 115, nº 3693, pág. 363.

Assim, a negociação do estabelecimento não implica, necessariamente, qualquer negociação sobre o imóvel. Desde logo conhecem-se estabelecimentos que não carecem de um imóvel para exercerem a sua actividade empresarial. Lembremo-nos das empresas de circo, das empresas ambulantes e outras, no fundo, de todos os estabelecimentos não sedentários<sup>26</sup>. A sua negociação em nada depende de qualquer imóvel. O trespasse e a locação têm aqui o seu lugar, sem qualquer conexão com a legislação vincuística.

Mas o mesmo pode ocorrer naquelas empresas que, não obstante sedentárias, instaladas num determinado imóvel, dele não careçam em termos absolutos, isto é, não dependam de todo daquele imóvel concreto onde estão instaladas. É o que se passa com os estabelecimentos imateriais, com as empresas de comissões, de representações, de colocações, de transacções, de seguros<sup>27</sup> e tantas outras. O imóvel, a sua disponibilidade para a empresa é um de entre os muitos factores de produção que aquela tem de assegurar para obter um funcionamento eficaz.

O que é também verdade para aquelas empresas que vendem produtos de preço elevado ou produtos especialíssimos, que não vivem de uma freguesia de bairro, mas cujos clientes se deslocam para onde ela estiver. O mesmo se passará com as empresas muito afamadas, acreditadas junto do público em geral, que têm capacidade de, por si só, atraírem a clientela ao local onde se instalarem.

É evidente que a dependência do imóvel onde exercem o comércio é muito diferente para uma tabacaria de esquina ou confeitaria situada próximo de uma escola, ou, para um "stand" onde se vendem veículos de marca Ferrari. O que tem também a ver com o próprio mercado em que o estabelecimento se projecta, mercado de bairro, de quarteirão, regional, nacional ou internacional. Contudo, por maior que seja a dependência do imóvel onde funciona, imóvel e estabelecimento serão sempre realidades distintas e negociáveis autonomamente.

Uma coisa é a empresa, aquela concreta organização de factores produtivos como valor de posição no mercado e outra é o imóvel onde esta funciona, sem que, com isto, se negue que existem muitas empresas vinculadas e absolutamente vinculadas ao imóvel (ou a outro factor produtivo). Ainda nestes casos uma coisa são os bens que constituem o estabelecimento, nos quais se pode integrar o imóvel, e outra é o próprio

<sup>26</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 297.

<sup>27</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 299.

estabelecimento em si, eventualmente não transferível sem o imóvel ou qualquer outro elemento.

### 3. Negociação e âmbito do estabelecimento comercial

As questões que então se podem levantar são as de saber se há estabelecimentos de cuja negociação não possa estar ausente o imóvel, e em que casos é que o direito ao imóvel, ou melhor, o direito a usar o imóvel, é um elemento implicitamente consagrado na negociação do estabelecimento. Dito de outra forma, quando é que o direito ao imóvel faz parte do âmbito mínimo e quando faz parte do âmbito natural de negociação da empresa.

É pacífico na doutrina, na jurisprudência e até na própria lei, que uma negociação do estabelecimento não envolve, necessariamente, a entrega de todos e cada um dos múltiplos elementos heterogêneos que o compõe. Os artigos 115º e 111º do R.A.U., quando referem que não há trespasse ou locação quando a *"transmissão não seja acompanhada da transferência em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integram o estabelecimento"*, não quer certamente dizer que este só é transferível com todos os elementos que o integrem no momento da alienação. O que é decisivo é alienar ou locar o estabelecimento como todo funcionante como valor de posição no mercado, o que não é, em princípio, obstáculo a que certos elementos que o compõe não se transfiram.

O problema do âmbito da entrega radica em saber o que deve ser transferido para se dizer que foi a empresa que se transferiu, e que o foi nos termos que haviam sido acordados entre alienante e adquirente.

Quando se põe a questão de saber aquilo que tem estritamente de fazer parte da negociação, sob pena de se comprometer o objecto dessa mesma negociação - o estabelecimento comercial - procura-se indagar pelo âmbito mínimo da empresa como objecto de negócios. Isto é *"aquilo sem o qual não existe negociação do estabelecimento e constitui, por conseguinte, o seu âmbito necessário nas disposições que eventualmente lhe respeitem"*<sup>28</sup>. Constitui desta forma um *"limite à liberdade de exclusão das partes"*, que só em concreto se pode aferir, pois só perante uma empresa concreta é possível ver quais os elementos que *"exprimem a organização no seu*

<sup>28</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Crítério e estrutura...*, pág. 478.

*conjunto*<sup>29</sup> e sem os quais não é transportável nem identificável o valor de posição no mercado que o estabelecimento é.

A amplitude deste âmbito necessário será assim certamente diferente para cada empresa, pois só em concreto, só perante dada organização concreta de factores produtivos, se pode determinar, através de uma cuidada análise da realidade dessa empresa. Tanto assim é, que um elemento que em abstracto faça parte do âmbito natural ou máximo, pode, concretamente, integrar este âmbito mínimo em determinado momento.

O que sabemos, de acordo com a lei tendencial que colhemos da lição de Orlando de Carvalho, é que quanto mais tempo um estabelecimento funciona, de menor número de valores ostensivos está dependente para se afirmar e negociar como valor de posição no mercado, o que provoca variações no mesmo sentido no âmbito mínimo da empresa. Pelo que o âmbito necessário não é composto por um número de elementos fixos, antes variará e tenderá a diminuir, sem que chegue a extinguir-se, à medida que a empresa ganha valores de exploração. Poderá contudo haver elementos que nunca deixam de estar contidos neste âmbito, o que sucede nos estabelecimentos absolutamente vinculados.

O âmbito natural da negociação é uma espécie de âmbito supletivo, ou seja, que vale no silêncio das partes. Já vimos que, de acordo com a determinação do âmbito mínimo ou necessário, se pode concluir quais os elementos que integrarão necessariamente a negociação, se as partes quiserem de facto transmitir o estabelecimento. Mas nada nos leva a pensar que, na falta de outra indicação das partes, estas queiram ficar por esse mínimo indispensável de entrega. O âmbito natural será pois o conjunto de elementos que o estabelecimento "*transporta naturalmente consigo, sem dependência de concreta enunciação*" pelas partes<sup>30</sup>.

Em princípio, o âmbito natural varia com o tipo de negociação, pois são diferentes as situações de locação ou de alienação definitiva da empresa, como veremos à frente, sendo que este âmbito será potencialmente mais alargado nas negociações temporárias que nas restantes.

<sup>29</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "*Alguns aspectos...*", RLJ, ano 115, nº 3699, pág. 167.

<sup>30</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "*Critério e estrutura...*", pág. 479.

Diremos, pois, com Orlando de Carvalho, que este âmbito natural é constituído pelos "valores que naturalmente acompanham a empresa", "todos os valores que naturalmente ela atrai e que não se tenham excluído da transmissão do estabelecimento"<sup>31</sup>. Nele se devem incluir as mercadorias, os créditos, a marca, os débitos impuros e o direito obrigacional sobre o imóvel.

Por âmbito máximo entendemos a transferência da totalidade dos elementos disponíveis da empresa, o que sucede quando as partes pretendem dispor da empresa "com todos os seus valores" ou "sem qualquer excepção ou reserva"<sup>32</sup>. Os elementos constitutivos do âmbito máximo só se transmitem se houver uma convenção específica, *ad hoc*, que inequívoca, não carece de ser expressa<sup>32</sup>. Incluem-se neste âmbito a firma, os direitos reais sobre bens imóveis e os débitos puros.

Pode ainda conceber-se um âmbito imperativo, aquele que decorre da própria lei e que as partes não podem afastar da negociação da empresa, como é o caso dos contratos de trabalho relativos ao estabelecimento, que de acordo com o artigo 37º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho<sup>33</sup>, se transferem para o novo titular da empresa.

Para o nosso problema interessa-nos sobretudo saber em que situações o imóvel faz parte do âmbito mínimo ou do âmbito natural. É importante saber se na negociação do estabelecimento o imóvel faz parte do âmbito natural, pois se assim for, na ausência de declaração das partes deve-se transmitir um qualquer direito sobre o imóvel que possibilite a sua utilização pelo adquirente da empresa. Se estiver incluído no âmbito mínimo de entrega do estabelecimento, não é possível a sua negociação, a sua disposição, sem que ao adquirente seja propiciado o uso do imóvel onde a empresa funciona, sob pena de esta não se ter transmitido.

Coloca-se assim a questão de saber se o imóvel, ou qualquer direito de usar o imóvel para a exploração comercial, faz ou não parte deste âmbito natural de negociação. Como já dissemos, um direito real sobre o imóvel fará sempre parte do âmbito máximo, como bem se entende. Porém, se é verdade que a resposta poderá ser condicionada pela tipologia dos estabelecimentos comerciais, em princípio o imóvel fará parte do âmbito natural de negociação<sup>34</sup>, de tal sorte que, no silêncio das partes, se deve entender que a negociação envolveu a transmissão do gozo do imóvel, que

<sup>31</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "Alguns aspectos...", RLJ, ano 115, nº 3701, pág. 233.

<sup>32</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 480.

<sup>33</sup> Aprovado pelo DL nº 49 408, de 24 de Novembro de 1969.

<sup>34</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, "Alguns aspectos...", R.L.J., ano 115º, nº 3703, pág. 299.

poderá ser detido por vários títulos, como à frente veremos. É essa a orientação da doutrina em geral e das leis espanhola e italiana, constituindo a lei francesa uma excepção, ao excluir o imóvel do "*fonds de commerce*"<sup>35</sup>.

Isto leva-nos a reflectir sobre outra classificação possível dos estabelecimentos, que nos ajuda a enquadrar a questão sobre outro ângulo. De acordo com Orlando de Carvalho<sup>36</sup>, podemos também distinguir entre os estabelecimentos vinculados e não vinculados, e de entre aqueles, os relativamente vinculados e os absolutamente vinculados.

São estabelecimentos vinculados os que se ligam a um certo bem, dele dependendo para a sua projecção como valor de posição. Esta vinculação tanto pode ser a um fundo como a uma licença ou mesmo a outra empresa, mas agora o que nos interessa é a vinculação a uma localização. A dependência face ao local pode ser absoluta ou relativa, sendo absoluta se a empresa não prescinde daquele local concreto, ou seja, daquele imóvel concreto, para exercer a sua actividade. Já será apenas relativamente vinculado ao local se não puder sair daquele local, mas sem depender daquele imóvel concreto. É o caso dos hotéis panorâmicos e dos cafés de bairro que, apesar de dependentes da sua localização, podem contudo deslocar-se para outro imóvel situado nas proximidades. O que não é possível a um restaurante panorâmico situado numa torre única nem a uma estância termal.

Nos estabelecimentos relativamente vinculados ao local, o imóvel fará certamente parte do âmbito natural da negociação, ao passo que para as empresas absolutamente vinculadas ao local, o imóvel fará parte do seu âmbito mínimo ou necessário. Neste caso não pode haver negociação do estabelecimento comercial sem que se possibilite ao seu adquirente o uso, seja a que título for, do imóvel, pois, de contrário, não se coloca nas mãos do adquirente a empresa prometida, uma vez que esta sem aquele não é transportável.

Não queremos com isto dizer que apenas nos estabelecimentos absolutamente vinculados o imóvel faça parte do âmbito necessário. O que queremos afirmar é que nestes certamente fará parte do mínimo negociável, mas fora destes casos poderá haver

<sup>35</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 481, nota 136 e em "Alguns aspectos...", R.L.J., ano 115º, nº 3701, pág. 234.

<sup>36</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 300, onde se refere também a distinção entre estabelecimentos subjectivados e objectivados, conforme dependam ou não da direcção ou prestígio do sujeito.

situações em que apesar da empresa não estar vinculada ao imóvel, concretamente, o imóvel não possa deixar de integrar este âmbito mínimo de negociação da empresa.

#### 4. Negociação do estabelecimento comercial e tipos de imóveis

Já abordámos acima a relação que se pode estabelecer entre o imóvel e a empresa e as confusões que essa particular ligação pode causar. Importa agora analisar, embora de forma sucinta, algumas espécies de imóveis que, pela sua peculiaridade, nos convocam de novo à mesma questão.

Nas negociações relativas à empresa não é elemento imperativo, a atribuição do direito ao uso do imóvel, ao adquirente do estabelecimento. De facto há estabelecimentos que prescindem de todo de um imóvel, como é o caso típico das empresa ambulantes, e há também aqueles que *"não têm qualquer nexó essencial, ou sequer importante, com o prédio que ocupam, embora careçam de local apropriado para funcionar"*<sup>37</sup>. Ou seja, trata-se de estabelecimentos comerciais, que sedentários, carecem de um local de funcionamento, porém não deste ou daquele imóvel em particular mas de um qualquer minimamente apto para a sua actividade. Visto do lado do imóvel, este será certamente fungível, trocável, pelo que a negociação do estabelecimento não incluirá necessariamente o direito ao uso do imóvel. Fará apenas parte do seu âmbito natural, nada impedindo que as partes o afastem no contrato de transmissão do estabelecimento.

Mas há também imóveis especialmente aptos para certas actividades, de tal forma que vinculam o estabelecimento ao local. São situações em que o imóvel é o elemento determinante da empresa, o seu principal factor produtivo, fazendo parte do seu âmbito mínimo ou necessário, pelo que a empresa se encontra vinculada ao imóvel. O imóvel será deste modo um elemento "preponderante", que caracteriza o estabelecimento<sup>38</sup>.

São imóveis de destinação objectiva, ou seja, a conformação concreta que lhes foi dada torna-os aptos, adequados, a certa actividade comercial ou industrial, o que vincula o imóvel a certa empresa ou certo tipo de empresas e estas ao imóvel.

<sup>37</sup> Ferrer Correia, *"Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa"*, in *Temas de Direito Comercial*, pág. 59.

<sup>38</sup> Sentença de 6 de Maio de 1983 do Tribunal Colectivo do Círculo de Faro, publicada na *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 48, pág. 484.

É o "caso dos prédios especialmente construídos para certa utilização - casas de espetáculos, parques desportivos, parques de automóveis, oficinas"<sup>39</sup>, situações em que o prédio já "traz em si a marca do seu destino"<sup>40</sup>, estando especialmente habilitado para certas actividades.

Situações há também de prédios licenciados para certas actividades, ou com alvará para exploração de certas indústrias, como aquelas consideradas "insalubres, incómodas, perigosas ou tóxicas"<sup>41</sup>, tratando-se, pois, de imóveis especialmente habilitados, física e/ou juridicamente para determinadas actividades, de tal forma que, este alvará caduca logo que o estabelecimento mude de local.

É contudo importante, embora difícil em certos casos concretos, separar todas estas hipóteses daquelas em que temos um imóvel com um estabelecimento comercial lá instalado. Nestes casos não é o imóvel que é objecto de negociação, mas a própria empresa lá instalada, eventualmente com o direito de usar aquele prédio<sup>42</sup>.

Mas se nenhuma empresa existir é configurável o arrendamento do próprio imóvel, posto que terá de ser feito, em princípio, a alguém interessado em instalar lá um estabelecimento compatível com a destinação do prédio. É, pois, necessário distinguir, entre a hipótese do prédio dotado de especial aptidão para certa actividade e a daquele que, para lá dessa aptidão acolhe uma empresa em funcionamento <sup>43-44</sup>.

Dentro das hipóteses de imóveis com certas características especiais cumpre ainda analisar a situação daqueles imóveis de destinação partilhada. É que, por vezes, sucede que o mesmo imóvel onde se exerce a actividade da empresa é também local de habitação, normalmente do próprio empresário e sua família. Situação que é sobretudo frequente nas empresas de pequena dimensão, como é o caso de muitas barbearias, cabeleireiros, tabacarias, pequenas oficinas, etc.

<sup>39</sup> Orlando de Carvalho, "Alguns aspectos...", RLJ, ano 115, nº 3703, pág. 298, nota 39.

<sup>40</sup> Ferrer Correia, "Sobre a projectada reforma...", pág. 58.

<sup>41</sup> Revista dos Tribunais, ano 70º, pág. 356.

<sup>42</sup> Orlando de Carvalho, "Alguns aspectos...", RLJ, ano 115, nº 3703, pág. 298, nota 39.

<sup>43</sup> Ferrer Correia, "Sobre a projectada reforma...", pág. 58.

<sup>44</sup> Também Vasco da Gama Lobo Xavier, "Locação de estabelecimento comercial e arrendamento", em parecer publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 47º, nº III, pág. 768. Para este autor, a distinção terá que se fazer, aliás de acordo com certa jurisprudência italiana, com base em elementos objectivos e subjectivos, que permitam ver se estamos perante um estabelecimento em formação ou apenas perante um imóvel. Os primeiros teriam a ver com essa aptidão específica do local ao negócio projectado, cujo destino foi marcado pelo seu dono; os segundos, com a forma como o dono do prédio encara a devolução, no termo do contrato, não pura e simplesmente do prédio, mas de um valor diverso.

Os estabelecimentos instalados em imóveis de destinação partilhada colocam alguns problemas na sua negociação; nomeadamente, quando se pretende separar o destino da empresa do destino da habitação. De facto, é necessário efectuar uma desconexão objectiva e jurídica de ambos os espaços para sobre eles poderem existir direitos reais autónomos, por virtude do princípio da especialidade ou individualização, vertido no artigo 408º nº2 do Código Civil<sup>45</sup>.

Assim, só quando for desconexado ou separado um espaço do outro, pelo menos juridicamente, é que poderá sobre cada um recair um direito real próprio, pelo que se torna necessário, antes de mais proceder a tal separação. Separação que em termos concretos pode ser difícil, colocando entraves a uma livre negociação do estabelecimento, isolada da restante parte do imóvel.

#### **5. Transferência do gozo do imóvel e imóvel propriedade do empresário**

Importa agora analisar as possibilidades de negociação dos estabelecimentos comerciais, naquelas situações em que o empresário é proprietário do imóvel onde a empresa funciona. De entre estas situações interessam-nos fundamentalmente aquelas em que o imóvel faz parte do âmbito mínimo ou pelo menos do âmbito natural de negociação do estabelecimento. Ou seja, quando o titular do estabelecimento o quer negociar e para tal necessita de propiciar ao adquirente, de alguma forma, o uso do imóvel que é seu, ou aquelas outras situações em que na negociação nada se diz quanto ao destino do prédio.

Já vimos que, se o imóvel fizer parte do âmbito mínimo, não poderá deixar de estar presente na sua negociação, transferindo-se para o adquirente por algum título. É isso que sucederá certamente com os estabelecimentos absolutamente vinculados ao imóvel e com todos aqueles em que, de uma análise em concreto, resulte a imprescindibilidade de transferir o gozo do imóvel para se poder efectuar a transferência da empresa. Em todos os outros casos, nos quais em princípio o imóvel fará parte do âmbito natural, o direito ao imóvel apenas não integrará o conjunto dos elementos transferidos se tal for excluído da negociação por vontade das partes. Se nada manifestarem quanto a este aspecto entende-se, pois, que foi sua vontade permitir o gozo do imóvel ao adquirente.

<sup>45</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, pág. 220 e seg. e "*Alguns aspectos...*", nº 3701, pág. 298.

A questão poderá ser a de saber como irá ser permitido esse gozo, a que título e com que consistência.

Analisaremos, basicamente, três formas de permitir ao adquirente o gozo do imóvel: a venda, o arrendamento e o direito de disponibilidade simples.

## A) Venda do imóvel

### 1. Trespasse

Já sabemos que o trespasse não envolve necessariamente a transmissão do direito ao uso do imóvel. O destino do estabelecimento comercial e do prédio são cindíveis e é um erro grave, já o vimos, confundir trespasse com a transferência do imóvel, ou considerar que só há trespasse no caso de transferência conjunta da posição de arrendatário<sup>46</sup>. No entanto tal transmissão tem forçosamente que ocorrer sempre que o local onde a empresa funciona faça parte do âmbito mínimo ou necessário da negociação, como também já vimos.

Ora, havendo trespasse do estabelecimento comercial, pode simultaneamente ser vendido, ao adquirente da empresa, o imóvel onde este está instalado. Há nesta hipótese duas alienações simultâneas: a de um estabelecimento comercial e a de um imóvel. Realidades distintas, mas com a particularidade de estarem unidas pelo facto da empresa funcionar nesse imóvel. É uma venda, doação ou troca do conjunto formado pelo estabelecimento e imóvel.

O adquirente do estabelecimento fica *dominus* também do prédio onde aquele funciona. Não há qualquer problema nestas hipóteses, podendo no mesmo acto formal, escritura pública, efectuar-se a alienação dos dois bens<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cfr., a título de exemplo, o citado acórdão da Relação de Coimbra de 27 de Outubro de 1992, in Colectânea de Jurisprudência, ano XVII, 1992, tomo IV, pág. 93.

<sup>47</sup> No mesmo sentido, mas relativamente à locação, Rui de Alarcão, "Sobre a transferência da posição de arrendatário", Boletim da Faculdade de Direito, vol. XLVII, 1971, pág. 47 e 48. Refere ainda "que da *unidade documental* não se tira forçosamente a *unidade negocial*". Contudo, como visam a consecução de "um efeito final comum ou superefeito", estaremos perante uma espécie negocial complexiva, domínio dos chamados negócios coligados.

A questão já não é tão simples se o imóvel em causa for de destinação partilhada, funcionando como estabelecimento comercial e habitação ao mesmo tempo. Nestas situações, ou se vende o prédio na sua totalidade, ou então poderá ser necessário proceder à desafecção ou separação jurídica e objectiva dos espaços, se tal for possível, pois de outra forma não podem sobre eles incidir direitos reais distintos, de acordo com o princípio, já referido, da especialidade ou individualização.

É claro que a venda do imóvel não se pode inferir do trespasse do estabelecimento, no caso de silêncio das partes. Mesmo que a interpretação do acordo das partes nos leve a concluir que, de facto, quiseram alienar o estabelecimento e, portanto, tem que ser transferido o gozo do imóvel, não podemos concluir que o quiseram fazer pela forma mais forte e definitiva, pela própria venda do imóvel. A transferência de direitos reais sobre o imóvel tem que ser sempre efectuada por convenção *ad hoc*.

## 2. Locação do estabelecimento

Na locação do estabelecimento comercial estamos perante uma transferência temporária e onerosa da empresa. Aqui, com mais razão, é importante que o imóvel acompanhe o todo que é a empresa, uma vez que se trata de uma transferência *pro tempore* do domínio do estabelecimento. O âmbito da entrega nas transferências temporárias tende a ser mais alargado, dado que é necessário transmitir a empresa em condições de óptima funcionalidade, o que é tanto do interesse do adquirente como do transmitente, uma vez que este a vai reaver mais tarde.

Nada obsta a que, com a locação da empresa, seja acordada entre locador e locatário a venda pelo primeiro ao segundo, do imóvel em que está instalada a empresa e que pertence ao locador<sup>48</sup>. O adquirente *pro tempore* da empresa fica com o gozo do prédio por título mais do que suficiente para garantir uma transferência efectiva daquela. No entanto, a locação da empresa é sempre temporária por definição, ou seja, o locador tem legítima e fundada expectativa de a reaver no *terminus* do contrato. E tem direito a recebê-la *salva rerum substantia*.

Contudo, se paralelamente à locação da empresa é alienado o prédio onde aquele funciona, opera-se uma separação no destino destas duas realidades, imóvel e empresa.

<sup>48</sup> A venda será sempre efectuada através de convenção específica para o efeito, que pode ser ou não, formalmente conexa com a convenção locatícia.

Ora, assim sendo, o proprietário do estabelecimento corre o risco de vir a perder a empresa, quando no *terminus* da locação a reassumir, agora sem poder dispôr do imóvel onde aquela funcionava, e que poderia ser elemento preponderante da mesma.

Risco que decorre apenas da sua própria vontade, manifestada na separação de destinos do imóvel e da empresa, ao locar esta e vender aquele.

É claro que nada obsta a que seja convencionado, com a venda do imóvel, o futuro arrendamento do prédio, ou a fruição do mesmo a qualquer título, pelo proprietário da empresa após o fim do contrato de locação. Mas tal será sempre dependente de acordo das partes.

## B) Arrendamento

### 1. Trespasse

Havendo trespasse de estabelecimento comercial instalado em local propriedade do dono do estabelecimento, pode ser do interesse das partes que, com o trespasse, seja dado de arrendamento o prédio onde o mesmo se encontra.

É uma situação paralela à venda do imóvel em caso de trespasse. Há dois negócios jurídicos simultâneos, em que por um lado se transmite, a título definitivo, o estabelecimento como organização comercial, e por outro se convencionam a locação do imóvel onde aquele está instalado<sup>49</sup>. É um contrato de arrendamento para fins comerciais, nos termos do R.A.U..

Já o acórdão do S.T.J., de 23 de Outubro de 1956, consagrava a hipótese de "*arrendamento dos locais, aluguer dos móveis e maquinismos e 'trespasse' do estabelecimento com as respectivas licenças e alvarás*"<sup>50</sup>. Não é, pois, necessário que se transmita um direito real de gozo sobre o imóvel para haver trespasse.

O facto de o trespasse ser uma transmissão definitiva da titularidade da empresa não impõe a transferência definitiva da titularidade de cada um dos seus elementos. O que importa é que seja propiciado ao adquirente da empresa o gozo do imóvel, por exemplo, através do arrendamento do mesmo.

<sup>49</sup> Ver Rui de Alarcão, "*Sobre a transferência...*", pág. 47 e 48.

<sup>50</sup> Acórdão referido por Orlando de Carvalho, in *Crítério e estrutura...*, pág. 463.

O adquirente do estabelecimento poderá, por sua vez, trespassar o estabelecimento sem necessidade de autorização do senhorio, de acordo com o artigo 115º do R.A.U.<sup>51</sup>

## 2. Locação

Vejamos agora a hipótese, mais frequente certamente, de locação de estabelecimento comercial quando o locador é proprietário do imóvel no qual aquele funciona. Não é demais acentuar que, em princípio, a locação da empresa não terá de ser feita conjuntamente com a transmissão do gozo do imóvel. Tal como vimos no trespassar, é possível a negociação *pro tempore* da empresa sem o prédio onde aquela funcionava. Contudo, não desconhecendo que na generalidade das empresas o imóvel é um factor importante de acreditamento e clientela, fácil é concluir que a sua transferência para o locatário se revela decisiva para a consolidação, nas suas mãos, dos valores de exploração que caracterizam aquela empresa concreta.

O direito ao uso do imóvel fará, em princípio, como já vimos, parte do âmbito natural da negociação do estabelecimento. Há também situações em que o direito à disponibilidade do prédio para a exploração comercial pertence ao âmbito mínimo da empresa como objecto de negócios.

É pacífico o entendimento<sup>52</sup> de que nas negociações temporárias o âmbito natural é mais alargado; assim o conjunto de elementos que se há-de transferir, no silêncio das partes, é maior do que nas negociações definitivas. É que a locação é feita a pensar no regresso da empresa às mãos do seu proprietário, que assim deve conservar um "*droit de regard*"<sup>53</sup> e espera receber a sua empresa *salva rerum substantia*. Os poderes do explorador de modelar o estabelecimento ao seu jeito, são mais restritos nas negociações temporárias, como facilmente se entende, já que o explorador detém o gozo de algo que não lhe pertence.

À locação de estabelecimento com arrendamento do prédio aplica-se o regime do artigo 111º do DL 321-B/90. O legislador reconhece que o imóvel é um elemento

<sup>51</sup> Sobre a aplicação deste artigo e a interpretação a dar ao seu nº 2, correspondente ao revogado artigo 1118º do Código Civil, ver Orlando de Carvalho, R.L.J., ano 110º, nº 3592, pág. 101 e seg.

<sup>52</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 514, nota 163.

<sup>53</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 214, nota 28.

preponderante do estabelecimento, e sem o qual este ficaria gravemente desfalcado<sup>54</sup>. Daí que a lei prescreva que no caso de locação de estabelecimento comercial ou industrial, a cedência conjunta do gozo do prédio não é havida como arrendamento. O objectivo é afastar da locação do estabelecimento as regras da legislação vincuística, nomeadamente o artigo 68º nº1 do R.A.U., que limita o direito de denúncia do contrato pelo senhorio às situações previstas no artigo 69º<sup>55</sup> do mesmo diploma, pelo que consagra a renovação automática dos contratos. Se não se afastasse esse regime, no termo do contrato de locação do estabelecimento o seu proprietário readquiriria o pleno gozo da empresa, mas já não o do imóvel onde aquela estava instalada. O locatário poderia lá continuar, provavelmente instalando lá outro estabelecimento e o dono do estabelecimento teria de procurar outro local, com riscos de desmembrar o estabelecimento.

Atente-se que este artigo 111º do R.A.U. se aplica a todo e qualquer estabelecimento, vinculado ou não ao local, pelo que não é restrito àqueles estabelecimentos para os quais o imóvel se insere no seu âmbito mínimo ou necessário. Se, por um lado, isso se exige por força da natureza temporária da locação, por outro, corresponderá, por via de regra, à vontade das partes. A lei quer evitar que o proprietário e locador seja surpreendido no termo da locação da empresa pela aplicação do regime vincuístico, que nunca terá estado no seu espírito ao locar a empresa no seu todo, com o imóvel, portanto.

A cedência do gozo do imóvel ocorre na medida em que tal é necessário para garantir uma exploração eficiente ao adquirente *pro tempore* do estabelecimento<sup>56</sup>. Ora estes fundamentos deverão ter aplicação não só no caso da locação da empresa mas também em todas as outras situações de cedência temporária daquela.

<sup>54</sup> É antiga a jurisprudência do S.T.J. que afasta da locação de estabelecimento - ou cessão de exploração como a lei e os tribunais chamam - o regime vincuístico. É jurisprudência constante desde o caso do cinema "Águia d'Ouro", no Porto, de 8 de Fevereiro de 1935. Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 272.

<sup>55</sup> De acordo com este preceito o senhorio só pode denunciar o contrato quando necessite do prédio para sua habitação (ou dos seus descendentes em 1º grau) ou para aí construir residência, ou, quando se proponha ampliar o prédio ou construir novos edifícios, em termos de aumentar o número de locais arrendáveis.

<sup>56</sup> É apenas para possibilitar a negociação do estabelecimento que este artigo se concebe. De resto é claro que o nº2 do artigo 111º ao remeter para o nº2 do artigo 115º do mesmo diploma, visa circunscrever este regime de excepção apenas às situações em que de facto há negociação da empresa, sob pena de se permitir um fuga ao regime vincuístico. Ver Orlando de Carvalho, RLJ, ano 110º, nº 3592, pág. 101 e seg.

A lei só se refere expressamente, no nº 1 do artigo 111º do R.A.U., ao "*contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrém, juntamente com o gozo do prédio, a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado*"<sup>57</sup>. Não se vê contudo qual a razão para não aplicar este regime às transferências temporárias não onerosas, como são os casos de comodato ou usufruto gratuito.

O legislador associa a locação do estabelecimento comercial - cedência onerosa da exploração - com a cedência também onerosa do gozo do imóvel. É mais uma confusão do estabelecimento com a propriedade imobiliária, a que já aludimos e para a qual Orlando de Carvalho nos chama a atenção, quando refere que a locação é frequentemente vista como "*epifenómeno do arrendamento*"<sup>58</sup>. Assim entendemos que o artigo 111º do DL 321-B/90 se deve aplicar a todas as transferências não definitivas do estabelecimento comercial.

Contudo se este artigo 111º é claro na afirmação do que não é a transferência onerosa da empresa juntamente com a cedência do gozo do prédio, a verdade é que não nos indica a que título esse gozo é cedido. Só sabemos que não é um arrendamento.

Do ponto de vista dos interesses em presença o que é necessário é tão só facultar ao locatário da empresa o uso e fruição do prédio pelo período correspondente àquela transferência do estabelecimento. Será desta forma um direito de disponibilidade simples, ou seja, como refere Orlando de Carvalho, um direito obrigacional atípico, destinado a permitir o uso do prédio para a exploração da empresa, como veremos a seguir. Este direito deve entender-se ter lugar no silêncio das partes e mesmo perante convenção em contrário, quando o local integre o âmbito mínimo de negociação e se reconheça que houve de facto negociação da empresa.

Com isto não queremos excluir a hipótese de com a locação da empresa se convencionar o arrendamento do prédio onde aquela funciona. Se admitimos a venda do imóvel conjuntamente com a locação do estabelecimento, por maioria de razão teremos que admitir o arrendamento. E as questões que se colocam com o termo do referido contrato vêm a ser as mesmas.

<sup>57</sup> O sublinhado é nosso.

<sup>58</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura...*, pág. 238.

Nesta situação entendemos que o locador só poderá reaver o gozo do prédio quando tal haja sido acordado entre as partes. De resto o que aqui ocorre é outra situação em que se operou a separação do destino do imóvel do destino da empresa.

### C) Direito de disponibilidade simples

O direito de usar o imóvel no qual funciona o estabelecimento comercial é um elemento do âmbito natural da negociação da empresa. Esta disponibilidade do imóvel para a exploração da empresa pode ser gozada pelo proprietário desta a vários títulos. Pode ser proprietário do local, pode ser arrendatário, como vimos acima, ou ainda comodatário ou usufrutuário, etc.

Que sucede porém quando se negocia o estabelecimento e não é cedido o gozo do imóvel a nenhum desses títulos? Suponhamos que a empresa é vendida, sem que as partes façam qualquer referência ao imóvel, nem se consiga descobrir uma vontade de transmitir o gozo por venda, locação, comodato ou usufruto. *Quid iuris* nestas circunstâncias?

#### 1. Trespasse

Na hipótese de trespasse de um estabelecimento comercial instalado em determinado imóvel, quando na sua negociação nada se disse quanto ao imóvel, deve este ficar excluído da disponibilidade do adquirente?

É evidente que se foi vontade das partes excluir do âmbito do trespasse o direito ao imóvel, nenhuma questão se coloca. Decisivo é que não se trate de um estabelecimento do qual o imóvel faça parte do âmbito mínimo ou necessário. Pois se assim for, é também claro que o adquirente terá direito de dispor do imóvel, sob pena de não haver transferência nenhuma da empresa.

Já assim não será quando o imóvel não faça parte daquele núcleo mínimo de elementos necessários para transportar e identificar a empresa.

De facto, o direito ao imóvel transfere-se para o adquirente do estabelecimento, no silêncio das partes, quando existe um direito obrigacional sobre o imóvel. Não se pode, contudo, transmitir qualquer direito de gozo sobre o imóvel, direito de arrendamento,

direito de comodato, etc, quando tal não existia na titularidade do anterior proprietário da empresa, o que secederá quando o empresário é o proprietário do imóvel.

O que faz parte do âmbito natural da entrega é um direito obrigacional sobre o imóvel, como em geral todos os contratos e obrigações, e não o imóvel em si.

É claro que a solução será distinta nos casos em que o gozo do imóvel é indispensável à identificação e transporte da empresa. Nestas situações o adquirente do estabelecimento deverá ter direito de fruir o prédio, pois de contrário, repete-se, não se opera qualquer transferência da empresa.

Mas que direito é esse e a que título o tem o adquirente?

Com Orlando de Carvalho entendemos que se trata de um direito de disponibilidade simples. De facto, o empresário não carece do gozo do prédio com a amplitude que um direito real sobre o mesmo ou um direito de arrendatário, ou comodatário, lhe confere. Carece apenas do imóvel na medida em que o exige a conservação da própria empresa. Tem que ser, pois, um direito ao imóvel suficiente para garantir a solidificação nas mãos do adquirente dos seus elementos *sui generis*, nomeadamente o seu valor de posição, mas apenas nessa medida, pelo que deve cessar logo que cesse a sua razão de ser.

Percebemos, então, a diferença em relação aos outros direitos de gozo do imóvel. O comodato, o usufruto e o arrendamento, ainda que precários no tempo, conferem um "*poder de fruição irrestrito*"<sup>59</sup>, muito para além da utilização necessária à exploração da empresa. Permitem, por exemplo, que o seu titular possa usar o imóvel para outro fim comercial, e que o possa ceder sem o estabelecimento. Não é pois um direito de gozo vinculado à empresa, ao contrário do direito de disponibilidade simples. Este constitui um direito do trespassário a usar o imóvel, apenas para a exploração da actividade daquela empresa.

Nem se alegue que neste caso este direito não é admissível por se tratar de uma negociação definitiva da empresa. De facto, já sabemos que uma coisa é a transmissão a título definitivo da empresa e outra a transmissão de cada um dos bens que a integram. Também no arrendamento, no comodato e no usufruto, o adquirente da empresa detém o gozo do imóvel a título precário, e nem por isso é posta em causa a possibilidade desses mesmos negócios.

<sup>59</sup> Crf. Orlando de Carvalho, "*Alguns aspectos...*", RLJ, ano 115º, nº 3701, pág. 232.

Por sua vez, o adquirente do estabelecimento, agora seu proprietário, pode trespassá-lo. Como *dominus* que é da empresa pode dispor dela como entender, pelo que a pode vender, trocar, doar, etc. Mas nestes casos será que o direito de disponibilidade simples sobre o prédio acompanhará a empresa, ou será necessária a autorização do proprietário do mesmo para que tal direito se possa transferir?

Apesar de nesta matéria ser difícil afirmar certezas, somos levados a concluir que, em princípio este direito de disponibilidade simples é intransmissível. É que ele visa tão só propiciar ao adquirente da empresa a consolidação nas suas mãos do estabelecimento, pelo que, alcançada tal finalidade, deverá extinguir-se, não havendo lugar à sua transmissão.

Contudo, pode ser necessário considerar a possibilidade da sua transmissão, nos casos em que o estabelecimento é absolutamente vinculado ao imóvel, situação em que, ou se permite o gozo do imóvel, ou a empresa cessa. Neste caso poderá admitir-se a transmissão do direito de disponibilidade simples, a não ser que, dado o seu carácter tendencialmente duradouro, haja lugar a um arrendamento compulsivo.

Por outro lado, se o direito ao imóvel pertencer ao âmbito mínimo de negociação e for excluído pelas partes, é necessário, antes de mais, averiguar se houve de facto negociação da empresa. Se após a análise das estipulações da partes, do preço convencionado, dos elementos transmitidos, etc, se concluir que de facto quiseram transmitir o estabelecimento, o adquirente deverá ter um direito de disponibilidade simples. O que quer dizer que poderá usar o prédio durante o tempo necessário à consolidação do estabelecimento nas suas mãos.

De acordo com a lei tendencial de desenvolvimento do estabelecimento, à medida que este funcionar irá progressivamente prescindindo dos elementos do seu lastro ostensivo para se sensibilizar e transportar, passando a depender cada vez mais dos valores de exploração. É, pois, provável que, pouco tempo depois o imóvel deixe de fazer parte do âmbito mínimo, cessando então o referido direito de usar o imóvel.

Diferente será a situação em que o estabelecimento é absolutamente vinculado ao prédio. Neste caso o direito de disponibilidade simples será tendencialmente

duradouro, o que nos leva a questionar se não será, neste caso preferível a celebração compulsiva de um contrato de arrendamento<sup>60</sup>.

## 2. Locação do estabelecimento

Situação semelhante pode ocorrer na locação do estabelecimento comercial, aqui ainda com mais razão.

De facto, nas negociações temporárias o âmbito natural da negociação tende a ser mais lato, atenta a natureza precária desta transferência da empresa, como de resto já vimos. É pois natural que com a locação da empresa seja implicitamente convencionada a cedência do gozo do prédio, nomeadamente através de um direito de disponibilidade simples<sup>61</sup>.

Já vimos, porém, que nada impõe que a transferência temporária da exploração da empresa tenha que ser acompanhada da transferência do gozo do imóvel onde o estabelecimento se encontra. Excepto quando o imóvel faça parte do âmbito mínimo ou necessário da negociação.

Se a cedência do imóvel for excluída da negociação e o mesmo for elemento essencial para identificar e transportar a empresa, ainda assim o adquirente temporário deverá ter o direito de fruir o prédio pelo período de tempo estritamente necessário à consolidação dos valores de exploração. De outra forma terá de se concluir que, de facto, não houve qualquer vontade de transferir a exploração da empresa para o adquirente temporário.

---

<sup>60</sup> São também situações de arrendamento compulsivo as que se verificam no Direito da Família, na atribuição da casa de morada da família a um dos cônjuges, em caso de divórcio, de acordo com o artigo 1793º do Código Civil.

<sup>61</sup> Já vimos, Cfr. pág 23, que se deve entender que, de acordo com o artigo 111º do R.A.U., a cedência do gozo do prédio conjuntamente com a transferência temporária da exploração da empresa, é feita a título de um direito de disponibilidade simples.

## 6. Síntese

Concluindo este trabalho poderíamos, em síntese, afirmar o seguinte:

1. Enquanto objecto de negócios, o estabelecimento comercial é uma organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado, que se exprime e sensibiliza em certos bens, dotados de autonomia no tráfico jurídico;
2. Qualquer desses bens pode ser excluído do âmbito de negociação, para tanto bastando que os restantes tenham força para exprimir a organização como "todo";
3. Só em concreto é possível determinar o âmbito mínimo ou necessário de negociação;
4. O direito obrigacional sobre o imóvel fará, em princípio, parte do âmbito natural, podendo contudo, concretamente, ser um elemento do âmbito mínimo;
5. Sendo elemento do âmbito natural de negociação, na ausência de estipulação em contrário, o adquirente terá direito ao imóvel, ou por transferência do arrendamento ou por um direito de disponibilidade simples;
6. Sendo elemento do âmbito mínimo, mesmo que seja excluído da negociação, se houve transferência da empresa, o adquirente deve ter um direito de disponibilidade simples sobre o imóvel;
7. O direito de disponibilidade simples é um direito obrigacional atípico, com a finalidade de permitir ao adquirente do estabelecimento o gozo do imóvel para a exploração pessoal e produtiva da empresa e limitado, em princípio, ao tempo necessário para a consolidação dos valores de exploração do estabelecimento, nas mãos do mesmo adquirente.

## Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de - "*Sobre a transferência da posição de arrendatário*", Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, volume XLVII, 1971.
- CARVALHO, Orlando de - "*Critério e estrutura do estabelecimento comercial*", Coimbra, 1967.
- CARVALHO, Orlando de - "*Alguns aspectos da negociação do estabelecimento*", Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 115º, nºs 3693, 3694, 3699, 3701, 3703, 3725, 3728 e 3737.
- CARVALHO, Orlando de - Anotação ao acórdão do S.T.J. de 24 de Junho de 1975, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110º, nº 3592.
- CARVALHO, Orlando de - "*Direito das Coisas*", Coimbra, 1977.
- CORREIA, Ferrer - "*Lições de Direito Comercial*", Coimbra, 1977.
- CORREIA, Ferrer - "*Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*", Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3086.
- CORREIA, Ferrer - "*Contrato de locação de estabelecimento, contrato de arrendamento de prédio rústico para fins comerciais, contrato inominado*" - parecer, Revista da Ordem dos Advogados, ano 47º, III, pág. 786 e seg..
- PONT, M. Broseta - "*La transmisión de la empresa: Compraventa y arrendamiento*", Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1968.
- SERRA, A. Vaz - Anotação ao acórdão do S.T.J. de 16 de Fevereiro de 1967, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3350, .
- VARELA, Antunes - "*Cessão de exploração do estabelecimento comercial em formação*" - parecer, Revista da Ordem dos Advogados, ano 47º, III, pág. 823 e seg..
- VARELA, Antunes - Anotação ao acórdão do S.T.J. de 1 de Março de 1968, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 102º, nº 3386, .
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo - "*Locação de estabelecimento comercial e arrendamento*" - parecer, Revista da Ordem dos Advogados, ano 47º, III, pág. 40 e seg..

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Faculdade de Direito

**OS CONTRATOS DE CONSÓRCIO E DE JOINT VENTURE**

Relatório da cadeira de Direito Comercial

Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais

Paulo Alves de Sousa de Vasconcelos

1993

## OS CONTRATOS DE CONSÓRCIO E DE JOINT VENTURE

### Sumário:

#### Introdução

#### A. O contrato de Joint venture

1. Origem do contrato
2. O Joint Venture no Direito Americano
3. O Joint Venture Internacional
4. Elementos geralmente recorrentes no Contrato Internacional de Joint Venture

#### B. O contrato de Consórcio

1. Noção de consórcio
2. Confronto com figuras afins
3. Modalidades de consórcio
4. Interesses que visa satisfazer

#### C. Consórcio - questões específicas do seu regime jurídico

1. Organização
2. Lucros e perdas
3. Responsabilidade face a terceiros

#### D. Consórcio / Joint Venture

## Introdução

A partir da segunda metade do século XX os contratos de cooperação desenvolvem-se de forma notória por todo o mundo, quer como forma privilegiada de associação entre empresas quer como forma de ligação entre Estados soberanos, quer ainda, como instrumento eleito para o investimento nos países em vias de desenvolvimento, possibilitando, neste último caso, o estabelecimento dos termos desse investimento.

Tendo surgido no âmbito do Direito Público, com a necessidade de regular as relações entre Estados, os acordos de cooperação rapidamente se introduzem no Direito Privado, constituindo forma eficaz de ligação entre as empresas e entre estas e os Estados, caracterizada pela liberdade e igualdade na intervenção das partes.

De facto, de acordo com Dubisson<sup>1</sup>, nos os acordos de cooperação as partes visam alcançar o mesmo objectivo imediato, que será atingido através da actividade desenvolvida por cada uma, no âmbito desse acordo.

Estes acordos de cooperação caracterizam-se, antes de mais, pela igualdade entre as partes. Assim, para lá do equilíbrio entre as prestações das partes, exige-se nestes contratos que as decisões mais importantes sejam tomadas por unanimidade.

Em segundo lugar, é necessário que exista uma certa intimidade entre as partes do acordo de cooperação, uma confiança mútua, que o mesmo autor designa por *jus fraternitatis* ou *animus cooperandi*. Não é possível estabelecer a regra das decisões por unanimidade se não existir esta intimidade e confiança entre todos os subscritores do acordo.

Por último, são contratos de execução continuada e que exigem para o seu funcionamento a criação de estruturas de organização interna, por mais simplificadas que estas possam ser.

É, no nosso entender, dentro deste conjunto muito vasto de acordos de cooperação que se podem encontrar os contratos que vão ser objecto do nosso estudo: o contrato de Joint Venture e o contrato de Consórcio.

---

<sup>1</sup> Michel Dubisson, "Les accords de coopération dans le commerce international", ed. Lamy, 1989, págs. 12 e seg.

Veremos mais à frente, ao caracterizarmos estes dois contratos, que as características acima sucintamente enunciadas relativas aos acordos de cooperação, estão presentes e são elementos fundamentais quer do contrato de Joint Venture quer do contrato de Consórcio.

## A. O CONTRATO DE JOINT VENTURE

### 1. ORIGEM DO CONTRATO

Não existe uma definição de "contrato de Joint Venture" que se possa desde logo enunciar e que permita entender claramente do que falamos quando a ele nos referimos. E é tanto mais curiosa esta falta de definição quando se constata uma extraordinária proliferação deste contrato na vida económica e empresarial em todo o mundo.

A falta de um conceito inequívoco radica, em boa medida, no facto de a origem deste contrato se situar no Direito Anglo-Saxónico, e se ter desenvolvido fundamentalmente no Direito Norte-Americano, sistemas jurídicos avessos a definições cartesianas e mais preocupados com a resolução, pelos tribunais, das questões que esses contratos podem levantar. É pois, com base nas decisões dos tribunais americanos que se pode ensaiar uma definição do Joint Venture americano.

De acordo com Baptista e Barthez<sup>2</sup> o termo "joint venture" ou "joint adventure" seria já conhecido no Direito Escocês no século XVIII. Era uma instituição já muito antiga e que seria um contrato de *partnership* limitado a um negócio ou operação comercial e em que não existia firma comum e a responsabilidade dos associados não ultrapassava o negócio em causa.

O *partnership*, do Direito Anglo-Saxónico é, conjuntamente com a *corporation*, um dos pilares em que assentava o seu direito societário. Ora, o Joint Venture não se integrava em nenhum desses dois, constituindo uma derivação do *partnership*. Qualquer tentativa de definição do Joint Venture é feita por comparação com esta figura.

A *corporation* desenvolve-se a partir das grandes companhias coloniais e, com o "Bubble Act" de 1720, adquire personalidade jurídica. Mais tarde, com o "Joint stock companies Act" de 1844, obterá a limitação de responsabilidade.

---

<sup>2</sup> Luiz O. Baptista e Pascal Durand-Barthez, "Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international", 2ª ed, FEDUCI, pág. 3.

Por seu lado o que caracterizava o *partnership* era a sua falta de personalidade jurídica, a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os *partners* pelas dívidas do *partnership*, o mandato conferido pelos associados uns aos outros no que respeita aos assuntos comuns, e, uma lealdade reforçada que entre eles teria que existir.

O Joint Venture, tal como hoje o conhecemos, surge no continente norte-americano, nas colónias que no final do século XVIII adoptam a *common law*. Segundo Livermore<sup>3</sup>, o Joint Venture nasce, com contornos ainda pouco claros, em Filadélfia, durante o *boom* imobiliário do final do século XVIII. É uma forma de associação, que, ao contrário do *partnership*, se pode constituir entre pessoas, singulares ou colectivas, tendo um objecto limitado e em que a intenção de participar nas perdas não se presume.

## 2. JOINT VENTURE NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O termo Joint Venture é hoje frequentemente usado para titular contratos de associação entre pessoas singulares ou colectivas, sem que lhe corresponda um regime jurídico claro. A isto não é estranho o facto de se tratar de uma figura nascida no Direito Anglo-Saxónico, pouco propício a estabelecer definições por via legislativa, como já afirmámos atrás.

Tem sido, pois, a jurisprudência americana a dar os contributos mais decisivos para se poderem estabelecer os contornos desta figura. Assim os tribunais foram, a pouco e pouco, criando uma série de índices para permitir determinar se, em determinado caso concreto, estão ou não face a um contrato de Joint Venture.

Por outro lado a construção destes indicadores tem sido feita a pensar no *partnership* e nas diferenças entre este e o Joint Venture, dado que se trata da figura mais próxima, e essa sim, com contornos já mais bem definidos.

Há de facto, alguns elementos comuns a ambos os contratos. Desde logo, ambos constituem formas de associação entre mais do que uma pessoa, entre as quais existe um forte laço de confiança, e não dotadas de personalidade jurídica.

---

<sup>3</sup> Livermore, "Early American Land Companies: their influence on corporate development", NY, 1939, citado por Baptista e Barthez, ob. cit., pág. 8.

Têm por objectivo alcançar o lucro, carecendo de contribuições dos seus membros para o seu funcionamento, podendo em ambas haver lugar ao estabelecimento de contactos com terceiros.

Subsistem, contudo, um série de diferenças que nos permitem distinguir as duas figuras.

O *partnership* só pode ser formado por pessoas singulares, não podendo pois ser um contrato de cooperação entre empresas dotadas de personalidade jurídica. A jurisprudência americana tem, de facto, entendido que as *corporations* não podem ser membros de *partnerships*, por tal participação poder ser *ultra vires* e por poder retirar à empresa o controlo de tais actividades<sup>4</sup>.

Este facto tem levado a que a doutrina se questione sobre a verdadeira razão de ser do Joint Venture, perguntando-se se existe por si ou apenas como "useful legal device" para contornar a referida proibição<sup>5</sup>. De facto, se a única diferença fosse esta, uma vez superada a proibição de uma sociedade constituir uma *partnership* cairia por terra a demarcação entre o Joint Venture e o *partnership*. Contudo não é isso que sucede, como veremos.

De facto, há outras dissemilhanças. Como por exemplo, o facto de no contrato de *partnership* qualquer associado se poder opôr à entrada de novos membros, dado o forte *intuitus persona* desta figura. Por seu lado, no Joint Venture tal não é requisito essencial.

Acresce que, no *partnership* cada associado é, em princípio, representante dos outros nos assuntos que ao *partnership* digam respeito, com poderes para vincular o *partnership* face a terceiros. Ora, no Joint Venture esta delegação de poderes deve ser explícita. O poder de representação de cada associado é mais restrito.

Por outro lado, enquanto no *partnership* os associados participam nos lucros e perdas da actividade exercida em conjunto, no Joint Venture não se presume a vontade de comungar nas perdas, pelo que a existir terá de constituir cláusula explícita nesse sentido.

---

<sup>4</sup> Ver Raul Ventura, "Primeiras notas sobre o contrato de consórcio", in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 41, pág. 618.

<sup>5</sup> *ibidem*, pág. 623.

Por último, é comum referir que o Joint Venture tem um carácter necessariamente limitado quanto ao seu objecto e duração, o que, em princípio não sucede no *partnership*.

Em conclusão, de acordo com M. Dubisson<sup>6</sup> e Baptista e Barthez<sup>7</sup>, podemos indicar aquelas que são, no âmbito da jurisprudência norte-americana, as características essenciais do Joint Venture:

- a) é uma relação contratual, ainda que não sujeita a forma especial;
- b) há uma partilha do risco entre todos, com contribuições dos associados, com bens ou serviços, e, partilha dos lucros resultantes da actividade do joint venture;
- c) há uma obrigação de lealdade reforçada entre os vários elementos que formam o Joint Venture.

Alguns autores, como Henn e Bonvicini<sup>8</sup>, definem o contrato de Joint Venture como uma de entre várias *forms of business*, caracterizado-se pelo seu carácter temporário: destinado a um determinado empreendimento, e sem personalidade jurídica.

Acrescenta, ainda, como característica do contrato de Joint Venture a presença de um direito de mútuo controlo entre todos os membros do acordo, o que está de acordo como a obrigação de lealdade reforçada que atrás referimos.

---

<sup>6</sup> Michel Dubisson, ob. cit., pág. 62 e 63.

<sup>7</sup> Luiz O. Baptista e Pascal Durand-Barthez, ob. cit., pág. 15 e seg.

<sup>8</sup> Raul Ventura, in "Primeiras notas sobre o contrato de consórcio", Revista da Ordem dos Advogados, ano 41, pág. 618 e 622.

### 3. O JOINT VENTURE INTERNACIONAL

Já vimos que o Joint Venture teve a sua origem no direito anglo-saxónico e que o seu desenvolvimento foi impulsionado pela prática negocial norte-americana.

Hoje constata-se que esta figura contratual é usada como forma de cooperação económica e empresarial por todo o mundo. De facto, o Joint Venture foi introduzido nas relações internacionais, principalmente pelas grandes empresas americanas, nomeadamente companhias petrolíferas e mineiras. É que estas empresas estavam já habituadas a operar com este tipo contratual, pelo que, quando necessitaram de celebrar acordos do mesmo género com empresas ou Estados estrangeiros, a forma naturalmente eleita foi a do Joint Venture, que bem conheciam.

O Joint Venture no âmbito das relações internacionais supera o clássico relacionamento com os mercados estrangeiros por importação/exportação, para passar à colaboração, partilha de riscos e concentração de meios e capitais entre entidades de diferentes países.

A questão que então se coloca é a de saber se estes contratos de Joint Venture (internacionais) estão sujeitos, quanto à sua definição e regime jurídico, às regras do Direito Norte-Americano, ou se, ao invés, existe um conceito próprio de Joint Venture Internacional, com características e regime específicos.

Para M. Dubisson<sup>9</sup> o Joint Venture Internacional não existe. O que existe é o contrato de Joint Venture, tal como o Direito Norte-americano o define. Daí que só faça sentido qualificar um contrato de "Joint Venture" quando o ordenamento jurídico americano lhe for aplicável.

Este autor defende que o termo a utilizar deverá ser antes "acordo de cooperação", dado que não induz em erro quanto ao regime jurídico aplicável. Aplicar-se-á o regime previsto pelo ordenamento jurídico que for chamado a intervir, de acordo com as características do contrato e as figuras existentes nesse ordenamento. O mesmo contrato pode, em determinado sistema jurídico, ser qualificado de uma forma, e noutra, de outra.

---

<sup>9</sup> Michel Dubisson, ob. cit., pág. 64.

Outros autores, como Baptista e Barthez<sup>10</sup> e A. Astolfi<sup>11</sup>, entendem que se deve partir da realidade dos factos. E essa é indesmentível, no sentido de que o Joint Venture é cada vez mais um instrumento de cooperação na economia internacional, pelo que se justifica o esforço de procurar uma definição do Joint Venture Internacional. Contudo, as dificuldades que se colocam são grandes.

É que se por um lado, não há razão para aplicar fora dos Estados Unidos os critérios da jurisprudência americana quanto à definição de Joint Venture e do seu regime jurídico, por outro, não é fácil encontrar regras comuns a todos os ordenamentos jurídicos, regras universalmente aplicáveis, em busca de uma definição de Joint Venture Internacional.

Há contudo diversas pistas para se encontrar, se não uma definição, pelo menos os elementos que podem caracterizar uma tal figura.

Uma tentativa de definição é ensaiada na Comunicação da Comissão da Comunidade Europeia, de 14 de Agosto de 1990, sobre as operações de concentração e cooperação, relativa ao Regulamento de 21 de Dezembro de 1989<sup>12</sup>. Nela se definem "empresa comum" ou "Joint Venture" como "empresas que são conjuntamente controladas por várias outras empresas". Esta noção assenta essencialmente na questão do controlo, que é apenas um dos aspectos da relações entre o Joint Venture e os seus membros.

Também a legislação dos antigos países de Leste Europeu se referem ao Joint Venture, mas na perspectiva do controlo do investimento estrangeiro. De facto para esses países o Joint Venture era o instrumento privilegiado de investimento dos países capitalistas.

É assim que a lei Jugoslava de 1971 define Joint Venture como "um contrato de investimento permanente de capitais por sociedades comerciais ou indivíduos estrangeiros em organização nacional, com vista à realização de objectivos comuns, e com riscos em comum."

---

<sup>10</sup> in ob. cit., pág. 50.

<sup>11</sup> in ob. cit., pág. 865 e seg..

<sup>12</sup> J.O.C.E., n° C 203/10, de 14 de Agosto de 1990.

#### 4. ELEMENTOS GERALMENTE RECORRENTES NO CONTRATO DE JOINT VENTURE INTERNACIONAL

Também no que diz respeito ao Joint Venture Internacional é difícil encontrar uma definição desta figura. Podemos, contudo, com Andrea Astolfi<sup>13</sup>, enumerar aqueles elementos que são geralmente recorrentes nos Joint Ventures Internacionais.

Importa, assim, analisar quais são, de acordo com este autor, aqueles elementos que a prática comercial internacional permite indicar como geralmente recorrentes, ou seja que por regra se constata nos contratos de Joint Venture. Em boa medida não nos afastaremos muito dos elementos já presentes no Joint Venture Norte-Americano.

O primeiro elemento a destacar é que se trata de um contrato e de um contrato de fim comum, como de resto sucede com os contratos de cooperação, no qual já vimos que se deve incluir o Joint Venture. E é um contrato que, para a sua realização, carece de contribuições dos seus membros. Desde as contribuições em dinheiro até tecnologia e *know how*, etc.

Por outro lado, regra geral, existe um membro do Joint Venture que actua como *leader*, como chefe de fila. Cabe-lhe coordenar a actividade do grupo, recebendo mandato dos restantes para contratar com terceiros e representá-los externamente. Nas situações de investimento em países estrangeiros é frequente a atribuição desta função a uma empresa do país onde se localiza o investimento.

É também característico nos contratos de Joint Venture a exclusão de uma responsabilidade solidária entre os seus membros. De facto, a tendência é para a estipulação de uma responsabilidade limitada e funcional, isto é, correspondente à medida e modalidade da participação de cada um na execução das obrigações assumidas. Poderá, no entanto, estabelecer-se uma responsabilidade solidária face a terceiros, com o respectivo direito de regresso a funcionar internamente.

Pode também clausular-se que cada membro responde pela sua quota parte na obrigação comum, mas até determinado limite. Uma vez que a responsabilidade de um dos membros ultrapasse tal limite, todos assumem conjuntamente tal obrigação, na proporção da sua participação no Joint Venture.

---

<sup>13</sup> Andrea Astolfi, in "Il contratto internazionale di 'joint venture' ", Rivista della Società, anno 22º/1977, pág. 865 e seg.

A constituição de um fundo de gestão é também um elemento que com frequência surge nos contratos internacionais de Joint Ventures. Não se trata de uma espécie de capital social, mas tão só de um fundo de maneiio, para fazer face às despesas comuns do contrato. Será maior ou menor em função da especificidade própria de cada caso.

O funcionamento do grupo impõe, a maior parte das vezes, a criação de estruturas de organização interna, para lá da existência de um elemento *leader*. É necessário que cada membro possa exercer um efectivo controlo sobre a actividade conjunta e possa decidir em pé de igualdade com os restantes. Daí a criação de órgãos paritários de decisão e controlo, que tanto pode ser um simples comité de gestão como uma sociedade sem fim lucrativo.

O órgão de gestão a criar será sempre um instrumento de organização das relações internas entre os elementos que constituem o Joint Venture. A criação de uma sociedade comum apenas com a finalidade de organização interna só se justifica em grandes investimentos, normalmente em países estrangeiros e em que, não raro, o próprio Estado é um dos *co-ventures*.

Por último, outro elemento geralmente recorrente nos contratos internacionais de Joint Venture é a aquisição originária e pró-quota, do resultado económico do investimento realizado pelo Joint Venture. De facto, por regra, o fruto do investimento ou a prestação paga por terceiro com ao qual se prestou serviço, é adquirido de forma originária por cada elemento, e não pelo Joint Venture em si, que distribuiria posteriormente o resultado líquido. Quando muito poderá o *leader* ser mandatado para cobrar as quantias a receber, em nome dos outros parceiros.

## B. O CONTRATO DE CONSÓRCIO

### 1. NOÇÃO DE CONSÓRCIO

O contrato de Consórcio já existia na nossa prática empresarial, antes de o DL 231/81 de 28 de Julho lhe ter vindo conferir tipicidade jurídica. De facto, o próprio preâmbulo do DL, que introduziu no nosso ordenamento jurídico o regime deste contrato, declara vir estabelecer um esquema onde se possam integrar "tipos de empreendimentos que a prática criou ou pelo menos tem vindo a esboçar".

É mais uma forma de associação de pessoas, colectivas ou não, que se juntam para alcançar determinadas finalidades de cariz económico e empresarial. É um instrumento de cooperação empresarial, que não põe em causa nem a individualidade jurídica nem a independência económica de cada interveniente.

De resto, são vários os instrumentos que o Direito coloca à disposição dos agentes económicos para consagrar o tipo de associação pretendido em cada caso.

Esses instrumentos vão desde os contratos que associam membros empreendedores a elementos com capital, lembremo-nos dos contratos de mútuo, de associação em participação e das sociedades em comandita, até áqueles contratos que reúnem sujeitos determinados a exercer uma actividade económica conjunta (em sentido estrito) - os outros tipos de sociedades comerciais, os acordos complementares de empresas (ACE's), as cooperativas, o contrato de Consórcio.

O regime do contrato de Consórcio do nosso DL, pretende afastar-se claramente do contrato de sociedade, vocacionado para formas de cooperação mais íntimas, sólidas e tendencialmente mais duradouras. Neste aspecto vale a pena ler o preâmbulo do DL 231/81: "*...quando várias empresas se reúnem para a execução de uma importante obra pública ou privada, é tão absurdo forçá-las a constituir entre si uma sociedade, numa das espécies de sociedades comerciais, como, tendo elas afastado voluntariamente esse tipo de enquadramento, pretender que afinal foi uma sociedade - e ainda por cima irregular - que elas efectivamente constituíram*".

De acordo com o artigo 1º do mesmo diploma, podemos enunciar como elementos característicos do contrato de Consórcio, os seguintes:

- presença de duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica;
- obrigação, entre elas, de realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição, de forma concertada;
- finalidade de prosseguir qualquer dos objectos referidos no artigo 2º do mesmo DL, quais sejam:
  - realização de actos, materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento, quer de uma actividade contínua;
  - execução de determinado empreendimento;
  - fornecimento a terceiros de bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do Consórcio;
  - pesquisa ou exploração de recursos naturais;
  - produção de bens que possam ser repartidos, em espécie, entre os membros do consórcio.

Vejamos, então, mais em pormenor, os elementos típicos do contrato de consórcio:

### 1. Sujeitos

O contrato de Consórcio exige a presença de duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica.

É um contrato plurilateral, em que a unipessoalidade é causa de extinção do próprio contrato, de acordo com o artigo 11º nº 1 alínea d) do DL 231/81, à semelhança das sociedades comerciais<sup>14</sup>, mas aqui sem quaisquer excepções.

As partes do Consórcio devem exercer uma actividade económica, devem ser empresas já existentes, embora não seja exigida nenhuma especial conexão entre elas.

<sup>14</sup> De acordo com o artigo 7º do Código das Sociedades Comerciais, o número mínimo de sócios é dois, embora seja de cinco nas sociedades anónimas (artigo 273º nº1) e de seis nas sociedades em comandita (artigo 479º), havendo contudo hipóteses em que se admite a unipessoalidade (artigo 498º).

Poderá uma sociedade civil ser parte num contrato de Consórcio? Isso depende de as considerarmos personalizadas ou não. Há quem entenda que podem ser parte num contrato de Consórcio (Raul Ventura<sup>15</sup> e Manuel António Pita<sup>16</sup>, por exemplo). O que o legislador quererá é exigir que os consorciados sejam entidades económicas, com capacidade para celebrar contratos.

## 2. Obrigações assumidas

Para atingirem as finalidades a que se propõem, os consorciados têm que assumir determinadas obrigações entre si. De acordo com o artigo 1º do DL 231/81, as partes obrigam-se "entre si, a de forma concertada<sup>17</sup>, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição".

Trata-se aqui das obrigações assumidas entre os contraentes, as partes no contrato de Consórcio, como em qualquer contrato se verifica. Esta obrigação é totalmente distinta das obrigações que os consorciados podem assumir perante terceiros. É uma obrigação de realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição, *de forma concertada*.

No fundo, podem-se encontrar aqui duas obrigações:

- a de realizar certa actividade;
- a de o fazer de modo concertado com os outros consorciados.

Desta forma, pelo contrato, cada consorte fica adstrito para com os outros a certa obrigação ao mesmo tempo que é credor das prestações dos outros. Isto prende-se também com as modalidades de Consórcio desenhadas no artigo 5º deste diploma legal.

O contrato para o seu cumprimento pode exigir o estabelecimento de relações com terceiros ou não, tudo depende do objecto prosseguido concretamente.

---

<sup>15</sup> in "Primeiras notas sobre o contrato de consórcio", Revista da Ordem dos Advogados, ano 41, pág. 633.

<sup>16</sup> in "Contrato de consórcio - Notas e comentários", Revista de Direito e Estudos Sociais, Jan-Mar 1988, pág. 196.

<sup>17</sup> O sublinhado é nosso.

O contrato de Consórcio é pois um contrato de colaboração ou de cooperação. A actividade prevista no contrato será desenvolvida por cada membro e não pelo Consórcio em globo.

Há a possibilidade de cada membro sub-contratar, pelo menos em certos termos. É também possível que o contrato de Consórcio preveja a constituição de sub-Consórcios, ou de ACE's, de acordo com a natureza dos trabalhos a executar. Deste modo se transformará o contrato inicial num contrato base, num contrato-quadro ou num contrato de organização.

### 3. Fim e Objecto

O objecto é o fim do contrato de Consórcio. Independentemente de cada membro ter os seus fins próprios, "o único fim comum a todos os contraentes e ao qual o contrato se destina é algum dos chamados objectos" - Raul Ventura<sup>18</sup>.

O artigo 2º do DL 231/81 determina os objectos que o contrato de Consórcio pode prosseguir. As partes podem pois constituir um Consórcio para:

a) Realizar actos preparatórios de um empreendimento ou actividade contínua.

É um Consórcio que tem por objecto a preparação de algo que se lhe poderá seguir, é instrumental relativamente a uma actividade a desenvolver no futuro. Não é necessário que a actividade preparada venha a ser executada em Consórcio. Pode ser ou não. Mas se o for, é necessária a celebração de outro contrato de Consórcio, a não ser que do objecto do primeiro conste a preparação de certa empreitada e a sua execução, por exemplo.

O que não parece enquadrar-se nesta alínea é que a preparação seja executada para terceiros. Nesse caso estaríamos perante a execução de determinado empreendimento, enquadrável na alínea b) do mesmo artigo.

---

<sup>18</sup> in ob. cit. pág. 640.

**b) Realizar determinado empreendimento**

Neste caso o objectivo imediato do Consórcio será um empreendimento concreto e determinado, singular. Sem carácter de continuidade, mas de duração variável, em função da complexidade ou dimensão do empreendimento.

**c) Fornecer a terceiros bens iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do Consórcio**

É conveniente referir que o Consórcio tem como objecto fornecer bens e não produzi-los, devendo a sua produção ser executada pelos próprios membros do consórcio. Por outro lado os bens devem ser iguais ou ter alguma afinidade entre si (natural, funcional ou económica).

**d) Pesquisar ou explorar recursos naturais**

Quando o Consórcio tem por objecto a realização de pesquisas ou exploração de determinados recursos naturais para terceiros, não é enquadrável nesta alínea, mas na b). A hipótese aqui inscrita é a de vários sujeitos se juntarem para consertar a sua actividade de pesquisa ou exploração de recursos naturais para si próprios.

**e) Produção de bens que possam ser repartidos em espécie pelos membros do consórcio**

Nestas hipóteses os consorciados estão interessados em obter determinado produto, pelo que cabe ao Consórcio exercer a consertação de actividades e contribuições dos seus membros necessárias para a produção desses bens. Os bens não serão comercializados pelo Consórcio, mas repartidos em espécie pelos consortes<sup>19</sup>.

Esta enumeração, de acordo com o artigo 1º (in fine) e o artigo 2º do DI 231/81, é taxativa, como a redação destes preceitos deixa perceber claramente.

<sup>19</sup> O nº3 do artigo 17º do DI 231/81 considera a hipótese de um dos consortes conferir mandato a outro para este vender os produtos adquiridos por aquele.

Nas alíneas do referido artigo 2º procede o legislador a uma enumeração taxativa das actividades que o Consórcio pode versar. De outra forma teria fornecido um critério geral, seguido de exemplificação, e não é isso que se passa.

De acordo com Raul Ventura<sup>20</sup>, a enumeração taxativa baseia-se na presunção do legislador de que o esquema do Consórcio apenas é adequado, para as circunstâncias subjacentes à enumeração legal. Quais sejam:

- o carácter preparatório,
- o carácter determinado ou momentâneo,
- a possibilidade de reunião de bens produzidos pelos contraentes,
- a possibilidade de repartição em espécie dos bens produzidos.

## 2. CONFRONTO COM FIGURAS AFINS

### **Consórcio e Sociedade**

O Consórcio distingue-se do contrato de sociedade pelo objecto e pelo fim.

O contrato de sociedade tem por objecto a realização em comum de determinada actividade económica que não seja de mera fruição. Para tal os sócios obrigam-se a contribuir com bens ou serviços, de forma a permitir o exercício comum dessa actividade económica.

Já no contrato de Consórcio o objecto é distinto. O Consórcio visa a combinação da actividade desenvolvida por cada elemento do contrato. A actividade económica é desenvolvida por cada um individualmente, e consertada colectivamente. Daí que, a existir alguma organização comum no Consórcio, ela destinar-se-á apenas a realizar a consertação das actividades individuais.

A finalidade da sociedade é a obtenção do lucro a ser repartido entre os sócios.

---

<sup>20</sup> in ob. cit. pág. 644.

No Consórcio as vantagens patrimoniais alcançadas revelar-se-ão directamente no património dos consortes. Não há qualquer lucro a ser repartido. O fim do consórcio é a realização das actividades definidas no artigo 2º do DL 231/81. A finalidade última que leva cada uma das partes a entrar para o Consórcio está fora do próprio contrato e apenas diz respeito a cada um dos seus membros.

### **Consórcio e ACE's**

Os acordos Complementares de Empresas estão previstos no nosso ordenamento jurídico pela Lei 4/73 de 4/6 e pelo DL 430/73 de 25/8.

Ao contrário do que sucede com o Consórcio, o regime dos ACE's não define qualquer tipo de actividade concreta a desenvolver por estas organizações.

Apenas foi definido o seu objectivo: a melhoria das condições de exercício ou de resultados das entidades que se associam. Ou seja, tem uma natureza instrumental da actividade desenvolvida individualmente por cada um dos seus membros, o que também sucede no Consórcio.

Contudo, podem ser objecto do ACE, quaisquer actividades susceptíveis de melhorar as condições de exercício ou de resultados dos associados, enquanto no Consórcio a lei fixa taxativamente as actividades a que este se pode dedicar.

Outro aspecto diferenciador surge quanto às obrigações assumidas pelos contraentes: no Consórcio as partes obrigam-se a realizar certa actividade ou a efectuar certa contribuição (individuais) de forma concertada com os restantes; no ACE os associados obrigam-se a exercer em comum certa actividade.

O ACE não visa em si mesmo o lucro (o lucro não pode ser a sua finalidade principal), mas que as entidades associadas obtenham maiores lucros, através de uma redução dos custos de produção. De facto, possibilita a realização economias de escala, potenciando o lucro de cada associado.

Os ACE's adquirem personalidade jurídica, pela inscrição no registo comercial, o que não sucede com o consórcio.

## **Consórcio e Contrato de Associação em Participação**

O Contrato de Associação em Participação, antiga "conta em participação", vem regulada no mesmo DL 231/81 de 28 de Julho, nos artigos 21º e seguintes.

Por este contrato estabelece-se uma associação de uma pessoa à actividade económica desenvolvida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda, a qual receberá uma contribuição da associada.

O associante obtém desta forma os capitais de que carece, sem recurso ao crédito, e continua a deter a exclusiva direcção do seu negócio. O associado tentará obter, através da associação, uma remuneração para o capital investido superior a outras aplicações alternativas.

Não há neste contrato nenhum exercício em comum de alguma actividade, nem a consertação de contribuições ou actividades. O que há é uma associação de uma parte com recursos financeiros e capacidade para assumir riscos à actividade económica desenvolvida por outrem.

### **3. MODALIDADES DO CONSÓRCIO**

De acordo com o artigo 5º do DL 231/81 há duas modalidades de contratos de Consórcio: os Consórcios Internos e os Consórcios Externos.

#### **Consórcio Interno**

O Consórcio será Interno quando nas relações estabelecidas pelos membros do Consórcio com terceiros não há referência expressa ao Consórcio. Não é patente externamente. É um consorte que surge face a terceiros, sem invocar a sua associação com os outros consortes.

O Consórcio Interno pode assumir duas modalidades diferentes, conforme as relações com terceiros sejam estabelecidas apenas por um dos consortes ou por todos, mas sempre sem invocar a existência do Consórcio.

O critério fundamental não é o conhecimento pelos terceiros do Consórcio ou o seu desconhecimento, mas sim o saber se os consortes se relacionam com terceiros na qualidade de consortes, invocando essa sua qualidade, valendo-se dela, ou não.

### **Consórcio Externo**

O Consórcio Externo é aquele em que os seus membros, nas relações que com terceiros estabelecem, manifestam a existência do Consórcio, e actuam invocando essa mesma qualidade. O Consórcio é externamente apresentado.

De qualquer forma a distinção entre estas modalidades assenta nas relações estabelecidas pelos consortes com terceiros e na invocação ou não perante estes do Consórcio. Há quem entenda<sup>21</sup> que dessa forma "as modalidades legais não abarcam todo o objecto do Consórcio", uma vez que o artigo 1º do DL 231/81 ao definir o consórcio permite que este apenas opere para os consortes, sem estabelecer relações com terceiros. Nomeadamente no que diz respeito aos objectos constantes das alíneas a), d) e e) do artigo 2º, parece perfeitamente possível que o objecto do Consórcio seja realizado através de relações apenas entre os membros do mesmo.

A ser assim seremos levados a concluir que estas duas modalidades não abarcam todas as modelações concretas do Consórcio? Teoricamente assim parece ser, contudo é difícil conceber situações concretas de consórcios que nenhuma relação estabeleçam com terceiros. O que poderá suceder é não haver qualquer invocação do Consórcio perante terceiros, o que permitirá classificar tal Consórcio como interno.

De qualquer forma não se pode excluir a possibilidade de existência de Consórcios Externos nesses domínios, tanto mais que é a própria lei a referir situações dessas - artigo 17º nº1 "Nos consórcios externos cujo objecto seja o previsto nas alíneas d) e e) do artigo 2º...".

E que dizer se apesar do Consórcio ser Interno por expressa vontade das partes, várias delas, no decurso da relação contratual estabelecem relações com terceiros? Se tal relação se situar no âmbito do objecto daquele contrato de Consórcio, tal poderá conduzir à resolução do contrato, com justa causa, nos termos do artigo 10º nº2 alínea b), se tal comportamento representar uma falta grave.

---

<sup>21</sup> Por exemplo Manuel António Pita, Op cit. pág. 199.

Poderá no entanto, no decurso da execução do contrato, alterar-se a situação, permitindo-se que vários membros do Consórcio possam estabelecer relações com terceiros, através de uma alteração do contrato, efectuada nos termos do artigo 6º do mesmo DL.

Classificação diferente é a que Dubisson<sup>22</sup> faz entre Consórcios Verticais e Horizontais. Verticais seriam aqueles em que o terceiro apenas estabelece relações com um dos consorciados, e o Horizontal aquele em que os clientes com todos os consortes estabeleceriam relações jurídicas e económicas. Esta classificação corresponde basicamente às duas formas de Consórcio Interno previstas pelo nosso legislador.

#### 4. INTERESSES QUE VISA SATISFAZER

O contrato de Consórcio visa fundamentalmente servir de instrumento de cooperação, temporária e limitada, entre empresas.

Não pondo em causa nem a individualidade de cada um dos seus membros, nem a sua independência económica, fornece um instrumento jurídico para a vinculação entre empresas destinada à execução de determinado empreendimento, sem coarctar a liberdade de associação com outros parceiros económicos.

É um esquema contratual simples e dotado de grande flexibilidade, sendo a sua regulamentação legal maioritariamente constituída por normas supletivas.

Assim, podemos destacar as seguintes características:

1. Não há a criação de uma pessoa jurídica nova. Cada membro permanece com a sua identidade.
2. Os seus membros mantêm a sua independência económica. A actividade ou contribuição será executada por si, sem intromissão de terceiros ou dever de adoptar processos de trabalho novos. Apenas conserta a sua actividade com outros, para uma finalidade comum.

<sup>22</sup> in "Groupements d'entreprises pour les marchés internationaux", pág. 107 e seg e "Accords de Coopération Inter-entreprises", pág 346, citado por Raúl Ventura - Op. cit. pág. 652.

Não há "intromissão em sua casa". Ou como refere um autor brasileiro<sup>23</sup> "cada barão no seu feudo é senhor de barão e castelo, e os dois se reúnem para conquistar o feudo de terceiro, guardando cada qual a sua autonomia".

3. A participação num Consórcio não inibe o consorte de encontrar parceiros diferentes para outros empreendimentos ou projectos, mesmo que sejam concorrentes do primeiro.

O artigo 8º alínea b) do DI 231/81 impõe o dever de se abster de "estabelecer concorrência com o Consórcio", ou seja fica impedido de entrar em concorrência com o próprio Consórcio, no sentido de que se o seu objecto é a preparação de determinado concurso, não se deve associar a outros para o mesmo concurso. Mas nada o impede de se associar a outros parceiros, eventualmente concorrentes dos anteriores, noutra concurso, ainda que com finalidades semelhantes. Seria diferente se fosse sócio de uma sociedade de pessoas<sup>24</sup>.

4. O contrato de consórcio não está sujeito ao regime das sociedades comerciais ou das sociedades irregulares, que lhe poderia ser aplicável na falta de regulamentação expressa.

5. O consórcio é o instrumento ideal para prosseguir um objectivo limitado e determinado, nomeadamente em grandes empreendimentos e obras públicas. Pode constituir uma primeira fase para uma concentração económica ou fusão.

---

<sup>23</sup> Luis Olavo Baptista, "Grupos e consórcios", in Revista de Direito Público, ano XVI, Jan./Mar. 1983, pág. 255.

<sup>24</sup> Artigos 180º e 474º do Código das Sociedades Comerciais, quanto às sociedades em nome colectivo e às sociedades em comandita simples.

## C. CONSÓRCIO - QUESTÕES ESPECÍFICAS DO SEU REGIME JURÍDICO

### 1. ORGANIZAÇÃO

Para poder prosseguir o objecto por si eleito, o Consórcio carece de uma determinada organização. A prática revela que por regra o contrato estabelece uma determinada organização, mais ou menos complexa de acordo com a finalidade de cada um.

De acordo com o objectivo deste contrato (a concertação da actividade entre os seus membros) a organização do Consórcio destinar-se-á fundamentalmente a estabelecer a coordenação entre as actividades individuais de cada consorte, de forma a obter a concertação pretendida.

Todo o regime do DL 231/81 é marcado por regras supletivas, deixando às partes uma margem de liberdade a ser explorada de acordo com os interesses concretos dos consortes - artigo 4º nº1 do mesmo diploma.

No que diz respeito à organização do Consórcio a lei apenas obriga à existência de um "chefe do Consórcio" nos Consórcios Externos (artigo 12º).

Para a mesma modalidade de consórcio sugere, no artigo 7º, a criação de um Conselho de Orientação e Fiscalização (COF). Assim o COF é um órgão facultativo, do qual farão parte todos os membros do Consórcio, deliberando por unanimidade, se outra não for a regra estabelecida no contrato. Esta organização colectiva tem as suas competências delimitadas pela negativa, estipulando a alínea c) do nº2 que não pode ter poderes para "deliberar a modificação ou resolução de contratos celebrados no âmbito do contrato de consórcio, nem a transacção destinada quer a prevenir, quer a terminar litígios."

Esta norma indicia com clareza que, mesmo que seja exigida a unanimidade nas deliberações, cabe a cada um dos membros do Consórcio, e não a um ente colectivo a manifestação da sua vontade. O COF apenas tem competência para exercer a coordenação e fiscalização. Não é um ente colectivo representativo do Consórcio.

As deliberações do COF vinculam o "chefe do Consórcio"<sup>25</sup>, pelo que conferem àquele uma supremacia relativamente a este último. O facto de as decisões do COF serem tomadas por unanimidade, no silêncio do contrato, facilita esta coordenação.

Obrigatório para os Consórcios Externos é o "chefe do Consórcio", ou "chefe de fila", escolhido entre os consortes<sup>26</sup>, de acordo com o artigo 12º. A sua obrigatoriedade terá mais a ver com razões de ordem prática do que com algo essencial ao conceito de Consórcio. Aliás, apesar de só ser imperativo para os consórcios externos, é de toda a conveniência a sua existência em qualquer Consórcio, na justa medida em que é necessária a coordenação entre as actividades e contribuições de cada consorciado<sup>27</sup>.

A relação que se estabelece entre os consortes e "chefe do consórcio" pode-se configurar-se numa prestação de serviços. Apesar de a redacção do artigo 7º nº2 alínea b) nos levar a pensar no contrato de mandato -"As deliberações (...) vinculam o chefe do consórcio como instruções de todos os mandantes..."- reconhece-se que o âmbito essencial das suas funções não é constituído pela prática de actos jurídicos, mas antes, de todos os actos materiais de coordenação entre os contraentes.

Pelo exercício das suas funções será normal o contrato estabelecer uma forma de remuneração.

A lei, sem prejuízo do que for contratualmente estipulado, fixa dois campos de intervenção ao chefe do consórcio: um a **nível interno** e outro a **nível externo**.

Cabe-lhe inter-partes "organizar a cooperação" dos consorciados, de forma a permitir a realização do objecto do Consórcio, assim como "promover as medidas necessárias à execução do contrato", devendo para tal empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado (artigo 13º).

Não é um gestor mas deve actuar como se o fosse, num duplo esforço: organizar a cooperação e velar pela execução do contrato.

---

<sup>25</sup> Artigo 7º nº2 alínea b) do DI 231/81.

<sup>26</sup> Ao contrário do que se passa com os gerentes das sociedades comerciais, não pode ser um terceiro alheio aos contratantes. É alguém que agirá sempre, em certa medida, no seu próprio interesse. Ver Raul Ventura, ob. cit., pág. 668.

<sup>27</sup> Há quem defenda que no consórcio interno na modalidade da alínea a) do artigo 5º, existe um chefe de fila natural, aquele que estabelece relações com terceiros. Raul Ventura, ob. cit., pág. 667.

Quanto às competências que lhe cabem ao nível externo a lei limita-se a dar exemplos de poderes que lhe podem ser conferidos pelos membros do Consórcio, mas não lhe fixa um rol de atribuições (artigo 149).

A lei limita-se a uma exemplificação de poderes de representação que os consortes lhe podem confiar através de procuração. A procuração será sempre um acto jurídico separado do contrato de Consórcio, apesar de poder estar materialmente a este ligado.

Sendo sempre exigida a procuração outorgada por cada membro do Consórcio, terá alguma vantagem a consagração de poderes de representação externa do chefe do Consórcio no próprio contrato? É que independentemente do contrato podem sempre os consortes conferir procuração ao chefe de fila.

No entanto a consagração expressa desses poderes no contrato cria a obrigação de outorgar essas procurações, de forma a possibilitar o exercício dos poderes que lhe foram atribuídos. No caso de as procurações não serem outorgadas estaremos face a um incumprimento do contrato de Consórcio, que poderá constituir justa causa de resolução, nos termos do artigo 10º nº2 do DL 231/81.

A estes dois órgãos que a lei prevê (o COF e o chefe do consórcio) podem acrescentar-se outros que os interesses práticos aconselhem, e que são frequentes no caso de Consórcios para a realização de tarefas complexas. A título de exemplo refira-se a possibilidade de criação de uma Comissão Técnica e de uma Direcção do Consórcio.

As Comissões Técnicas são usuais nos Consórcios que requerem uma grande cooperação técnica entre os consortes, com consultas regulares e intensa troca de informação<sup>28</sup>.

A Direcção do Consórcio pode-se observar em contratos complexos que implicam a existência de sub-Consórcios, funcionando como meio de coordenação dos trabalhos entre eles, estando nele representados os chefes de cada sub-Consórcio.

---

<sup>28</sup> Ver Raul Ventura, in ob. cit. , pág. 658. Estas comissões são também designadas como "équipe commune" ou "project management team".

## 2. LUCROS E PERDAS

Como já se referiu não cabe nos objectivos do Consórcio a obtenção de lucro, no sentido de lucro apurado no próprio Consórcio e destinado a ser repartido pelos consortes.

É apenas um corolário de o Consórcio não consistir numa actividade exercida em comum, que nesse caso gerasse lucros; trata-se tão só de efectuar certa actividade ou contribuição de forma concertada com os restantes consortes. Como tal não há razão para a constituição de fundos comuns, que a lei proíbe mesmo no artigo 20º.

No Consórcio apenas pode haver lugar à distribuição de valores recebidos pela actividade do Consórcio, que a lei regulamenta relativamente aos Consórcios Externos nos artigos 16º e 17º.

Estes preceitos procuram acentuar que, em princípio cada consorte recebe individualmente os valores que lhe forem devidos por terceiros, uma vez que esse valor é a contrapartida da actividade ou contribuição por si feita ao terceiro. É nesse valor que recebe que poderá vir o seu lucro.

O nº1 do artigo 16º prevê duas excepções:

1. podem as partes estabelecer um regime de solidariedade, podendo qualquer um exigir do terceiro as quantias totais por este devidas;
2. podem as partes, ou algumas delas conferir a um dos membros poderes para efectuarem a cobrança pelos outros.

A lei quer salvaguardar uma hipótese diferente: a de o contrato de Consórcio ter estabelecido uma forma diferente de distribuição dos resultados, não coincidente com o trabalho ou contribuição por cada um feito. É o que sucederá quando, por exemplo, a actividade do chefe de fila for remunerada, ou se entenda que uma das partes trouxe uma mais valia considerável ao Consórcio; ou, equiparável a esta situação, a referida no nº 4, em que a actividade de um dos membros do Consórcio não ter autonomia material, sendo englobada na prestação realizada por outro consorte.

Em todos estes casos há lugar a uma redistribuição das quantias recebidas de terceiros. A lei tem porém o cuidado de declarar que aquele que as recebe, recebe-as por conta daquele consorte a quem é devida tal quantia. É sempre a preocupação de que não se veja nestas redistribuições qualquer distribuição de lucros.

O artigo 17º, relativo aos Consórcios celebrados no âmbito das actividades referidas no artigo 2º alíneas d) e e), configura a solução para a distribuição interna dos produtos da actividade do Consórcio.

O princípio é o de que cada um adquire directamente parte dos produtos. A propriedade dos mesmos não passa primeiro pelo Consórcio, antes é adquirida directamente por cada consorte, como resultado da actividade por si desenvolvida. A distribuição dos resultados da exploração de recursos naturais ou da produção de bens haverá de se fazer de acordo com as quotas de cada parte no Consórcio.

Pode ser conveniente, no entanto, que a venda ou comercialização dos resultados da actividade do Consórcio seja feita conjuntamente. Nestes casos é possível que algumas das partes confirmem mandato a uma delas para esta vender ou comercializar o produto por conta dos outros, como vem referido no nº3 do artigo 17º.

Quanto à distribuição de resultados nos Consórcios Internos, o artigo 18º manda aplicar o disposto no artigo 25º do mesmo DL, ou seja, as regras do contrato de associação em participação. Contudo não faz sentido aplicar este regime aos Consórcios Internos na modalidade prevista no artigo 5º nº1 b), em que cada consorte estabelece relações com terceiros, mas sem invocar a existência do Consórcio. Nestes casos, tudo se passa como se de um Consórcio Externo se tratasse, pois cada um presta o bem ou serviço ao terceiro e deste recebe a contraprestação. Não há em princípio lugar a distribuição de resultados, a não ser nos casos em que também há lugar a tal distribuição nos Consórcios Externos.

O artigo 25º do DL 231/81 contém um série de regras supletivas de determinação da participação de cada uma das partes nos lucros e perdas. Em rigor, atente-se, não se trata de regras da distribuição de lucros ou perdas, mas de distribuição de resultados da actividade ou contribuição de cada membro do Consórcio. Será lucro ou perda para cada um em função dos custos que teve de suportar, podendo uns obter lucro e outros perdas. Não é o lucro ou perda do Consórcio em si, que não os tem, mas de cada um dos consortes.

### 3. RESPONSABILIDADE FACE A TERCEIROS

#### **Responsabilidade contratual**

O artigo 19º do DL 231/81 vem regular o regime de responsabilidade dos consortes face a terceiros.

O nº 1 está pensado para as situações em que todos ou vários consorciados estabeleceram relações jurídicas com terceiros. Nestes casos tendo todos subscrito o contrato com o terceiro, ou um deles em representação de todos, de acordo com a lei, não se presume que todos respondam solidariamente pela obrigação assumida. Igualmente não se presume a solidariedade activa.

Assim este preceito tem fundamentalmente o efeito de neutralizar a presunção de solidariedade nas obrigações comerciais do artigo 100º do Código Comercial. Com efeito este artigo 19º nº1 não diz qual será o regime de responsabilidade, apenas declara que não se presume a solidariedade. Cada contrato celebrado com terceiros é que deverá estipular o regime a que as partes entendem submeter o contrato.

Na mesma linha o nº2 do mesmo artigo vem determinar que nem a estipulação de "multas ou outras cláusulas penais a cargo de todos os membros do consórcio" faz presumir a solidariedade destes quanto a outras obrigações.

Há em todo este regime um propósito claro do legislador de não salientar a importância do Consórcio como agrupamento, como um todo. É persistente o esforço de atomizar as relações entre os consortes e destes com terceiros. O Consórcio não responde face a terceiros, nem os consortes assumem solidariamente qualquer responsabilidade. Contudo, curiosamente, a realidade acaba por ser bem diferente.

Por um lado estas disposições são meramente subsidiárias, pelo que na prática são frequentemente estabelecidas normas de responsabilidade solidária entre todos os consortes. Quanto mais não seja pela solidariedade técnica que se estabelece entre as diversas prestações individuais devidas ao terceiro e pela dificuldade em determinar a imputação de certas responsabilidades.

Por outro lado o facto de em alguns casos a prestação a que se obrigam face a terceiro ser indivisível conduz à aplicação das regras dos artigos 535º e seguintes do Código Civil. Nos termos do artigo 535º se "a prestação for indivisível e vários os devedores, só de todos os obrigados pode o credor exigir o cumprimento da prestação" excepto se houver solidariedade entre devedores. A responsabilidade será então de todos os membros do consórcio.

### **Responsabilidade extracontratual**

No nº 3 do artigo 19º estipula-se o regime da responsabilidade civil extracontratual dos consortes. O Consórcio em si não pode assumir tal responsabilidade dado não ser um ente personalizado. Configura-se o contrato de Consórcio como um contrato com eficácia meramente interna.

Assim caberá aos seus membros assumir essa responsabilidade face a terceiros. E o que este artigo vem consagrar é que cada um responde pelos danos que lhe forem, nos termos gerais, imputáveis. Pelo que também em sede de responsabilidade civil extracontratual não se presume qualquer regime de responsabilidade solidária.

O que pode suceder é existirem normas internas do contrato de Consórcio que determinem a distribuição entre os consortes do encargo dessa mesma responsabilidade. Mas face a terceiros cada um dos seus membros responde sozinho.

Há quem defenda a aplicação das regras do artigo 500º do Código Civil<sup>29</sup>, caso o facto ilícito haja sido praticado, por exemplo pelo chefe do consórcio, no exercício das funções de coordenação.

---

<sup>29</sup> Manuel António Pita, in ob. cit., pág. 224.

## D. CONSÓRCIO / JOINT VENTURE

Após o estudo do Joint Venture e do contrato de Consórcio, que poderemos concluir acerca da relação entre um contrato e outro? Será que o Consórcio do direito português corresponde ao Joint Venture norte-americano? Ou será que cada um tem um carácter próprio e diferenciado entre si?

É comum, entre nós, a opinião de que o Consórcio é a figura jurídica portuguesa correspondente ao Joint Venture americano, pelo menos ao *unincorporated joint-venture*.

O preâmbulo do DL 231/81 reflecte essa mesma corrente de pensamento, ao declarar que "*o contrato agora expressamente regulamentado no nosso direito aparece chamado de 'consórcio', por ser essa a denominação que a nossa prática tem consagrado e cobre grande parte das chamadas unincorporated joint ventures.*"<sup>30</sup>

No mesmo sentido de referir a posição de Amorim Pereira<sup>31</sup> que afirma claramente que "*a partir do DL 231/81 de 28 de Julho, aparecem reguladas em Portugal as unincorporated joint ventures, chamadas de consórcio*".

E de facto, do estudo das *unincorporated joint-ventures* e do Consórcio pode concluir-se que na realidade há traços comuns aos dois contratos: o facto de se constituírem para a execução de determinado empreendimento; o seu carácter temporário, a simplicidade formal da sua constituição.

De qualquer forma, a própria classificação do Joint Venture em *corporated* e *unincorporated joint venture* é passível de críticas. É que, não correspondendo o termo Joint Venture a uma realidade jurídica precisa, a tentação imediata é de o classificar de acordo com a forma jurídica adoptada. Ou seja, classificá-los consoante adoptam ou não a forma societária.

<sup>30</sup> O sublinhado é nosso.

<sup>31</sup> Amorim Pereira, "O contrato de joint-venture", in Colecção do Instituto do Comércio Externo de Portugal, nº4.

Só que tal opção pode ser de importância secundária, uma vez que pode ter por fundamento aspectos de natureza prática. A constituição de uma sociedade para desenvolver o Joint Venture não é, na maior parte das situações, uma finalidade em si, mas a forma julgada mais conveniente para a execução do objectivo final<sup>32</sup>.

Mas não é só em Portugal que existe disciplina própria para dar resposta às mesmas questões a que o Joint Venture responde. Hoje, a maior parte dos países europeus possui no seu ordenamento jurídico respostas próprias para as mesmas finalidades<sup>33</sup>, possuindo figuras, legalmente tipificadas, e que corresponderão, melhor ou pior, ao Joint Venture Americano.

É assim que em Espanha temos, desde 1963 a "Agrupacion Temporal de Empresas"; em França está há muito em discussão um projecto de lei sobre agrupamentos momentâneos de empresas e, além disso existe a "sociedade em participação". É uma sociedade em que os sócios respondem solidariamente face a terceiros, mas não têm firma, nem sede, nem património social.

Na Bélgica existe a "Société Momentanée", vocacionada para a execução de tarefas concretas, ou seja, com limitação no seu objecto e na sua duração. Também não possui personalidade jurídica e os sócios são solidariamente responsáveis perante terceiros. O direito belga prevê ainda a existência do contrato de associação em participação, semelhante às sociedades em participação francesas.

O Consórcio na lei Italiana é visto como instrumento de disciplina da concorrência entre empresas e regulado no artigo 2616º do Código Civil. É celebrado entre empresas dedicadas à mesma actividade ou actividade conexas, distinguindo-se os consórcios com e sem actividade externa; na primeira modalidade o consórcio apresenta-se perante terceiros por meio de uma organização comum, e têm um fundo comum, qualificado como património autónomo.

---

<sup>32</sup> Neste sentido, Luiz O. Baptista e Pascal Durand-Barthez, ob. cit., pág. 21 e seg. Estes autores preferem antes classificar o Joint Venture de acordo com as actividades económicas em que é utilizado e de acordo com a natureza dos seus membros. De acordo com o primeiro critério podemos ter Joint Ventures para a execução de projectos pontuais, Joint Ventures tipo cooperativo, Joint Ventures de investimento e Joint ventures de concentração. De acordo com o segundo critério teremos Joint Ventures entre Estados, entre Estados e particulares e Joint Ventures entre particulares.

<sup>33</sup> Ver Manuel António Pita, in ob. cit., pág. 194.

A Lei nº 377 de 10 de Maio de 1976 torna o Consórcio um instrumento disponível para qualquer forma de colaboração entre empresários, a realizar sem a celebração de um contrato de sociedade, e isto para qualquer forma de colaboração consistente em colocar em comum a execução dum serviço, sem afectar a autonomia económica de cada empresa. Foram alargados os fins da sociedade, passando a incluir os fins do Consórcio, abrindo caminho às "società consortili".

No direito Suiço existem as "sociedades simples", figuras contratuais sem personalidade jurídica e com responsabilidade face a terceiros, por parte dos seus sócios.

Algo semelhante a estas sociedades é o "B.G.B. Gesellschaft" do direito alemão. Neles não existe capital social, não tem personalidade jurídica e os sócios são solidariamente responsáveis perante terceiros.

Por último refira-se o partnership do direito inglês, que já vimos. Também não tem personalidade jurídica, tem por finalidade a partilha dos resultados obtidos e permite a existência de sócios com responsabilidade limitada e sócios de responsabilidade ilimitada. Perante terceiros são todos solidariamente responsáveis.

Já fora da Europa, veja-se, a título de exemplo a lei Brasileira, em que se prevê o contrato de Consórcio, mas em que este é só para as sociedades, pelo que é regulado na lei das sociedades. Não tem personalidade jurídica e constitui-se para executar determinado empreendimento. Além disso não há presunção de solidariedade, pelo que cada sociedade responde pelas suas obrigações.

Perante todos estes contratos, o Joint Venture apresenta, comparativamente, uma maior versatilidade, podendo corresponder a realidades muito diversas. O que não sucede com as figuras que acabamos de ver, que só pelo facto de se encontrarem tipificadas na lei ficam limitadas aos termos das respectivas definições legais.

A grande dificuldade que o estudo do Joint Venture apresenta, ou seja a sua falta de contornos precisos, é também a sua grande vantagem como instrumento adequado para os mais diversificados tipos de cooperação entre empresas e entre estas e os Estados. É um instrumento susceptível de ser moldado pelas partes de acordo com os objectivos que presidem a essa associação entre diversos agentes.

Se podemos afirmar que o contrato de Consórcio da lei portuguesa pode ser facilmente considerado um Joint Venture, já o contrário não é verdade. Nem todos os Joint Ventures cabem na definição de Consórcio. Basta ver que, para lá dos corporeted Joint Ventures, todos aqueles que se proponham desenvolver actividades não previstas no artigo 2º do DL 231/81, não podem ser considerados, à luz do nosso direito, como contratos de Consórcio.

Não obstante, se de acordo com o próprio contrato ou de acordo com as regras de direito internacional privado, o direito português for chamado a regular um conflito emergente de um contrato de Joint Venture, parece-nos que se deverá aplicar o regime do DL 231/81, directamente ou por analogia. A não ser que se trate antes de um contrato mais próximo dos ACE's ou de uma sociedade irregular.

Ora estas situações criam incertezas e podem induzir em erro os signatários de tais contratos. Por essa razão é que M. Dubisson<sup>34</sup> entende que só faz sentido qualificar um contrato de "Joint Venture" se lhe for aplicável o Direito Norte-Americano. Caso contrário esta-se a dar uma falsa qualificação ao contrato, ocultando a sua verdadeira natureza e o regime jurídico que lhe será aplicado. Para este autor é, desta forma, preferível a utilização do termo "acordo de cooperação", uma vez que se trata de um conceito não jurídico.

---

<sup>34</sup> Michel Dubisson, in ob. cit., pág. 64.