



Responsabilidade comercial – primeira questão

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

1. Um problema de responsabilidade comercial

I. Na responsabilidade comercial pode observar-se que tipicamente quem pratica o ato danoso não é responsável e quem é responsável não pratica o ato danoso.

Esta é uma realidade que pode causar perplexidade, mas que constitui apenas uma das várias diferenças entre a responsabilidade comercial e a responsabilidade civil, traduzindo mais uma das muitas manifestações da autonomia dogmática do Direito Comercial.¹

O Direito Comercial e o Direito Civil são ramos com diferenças de uma profundidade extrema, diferenças estas que resultam da

* O presente artigo corresponde, com modificações, ao tema que apresentámos nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, que tiveram lugar na Faculdade de Direito de Coimbra em 8 e 9 de novembro de 2018; o presente artigo foi publicado na Revista de Direito Comercial, em www.revistadedireitocomercial.com.

¹ São várias as diferenças entre estas duas responsabilidades. Contudo, no presente artigo, pretendemos dar uma pequena e muito breve visão, de apenas uma das diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade comercial. O nosso fito é, pois, mais de levantar a questão, do que de proceder a uma análise profunda da mesma, que deixaremos para outro momento.



natureza das coisas que, no caso, consiste na natureza do comércio.² A diferença entre o Direito Comercial e o Direito Civil surgiu logo no séc. II a.C., com o comércio a exigir um Direito especial.³ As especificidades da atividade comercial, da maneira de ser dos comerciantes, de todo o espírito que se vive no comércio eram incompatíveis com o Direito Civil de então. A resposta veio das mãos do Pretor, que concedeu um conjunto de ações que constituem, ainda hoje, o cerne do Direito Comercial por se dirigirem aos problemas mais fundamentais do comércio.⁴

Com o passar dos séculos, em especial, com o último século, o Direito Comercial foi sendo esquecido, ultrapassado pela imponente estrutura dogmática do Direito Civil, muito em razão do movimento pandectístico. Começou-se a olhar o Direito Civil como

² VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito Comercial necessidade e utilidade de uma revista*, in Revista de Direito Comercial, 2017, <https://www.revistadedireitocomercial.com/direito-comercial-necessidade-e-utilidade-de-uma-revista>, págs. 1 a 32.

³ Apesar de existirem sinais de a data poder ser anterior, fixamos – por enquanto – o nascimento do Direito Comercial no séc. II a.C. pouco tempo após a *Lex Aebutia de Formulis*, com a concessão da *actio exercitoria* e da *actio institoria*. CERCAMI, PIETRO e PETRUCCI, ALDO, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, págs. 20 a 35, dividem o Direito Comercial em vários momentos históricos: período pré-empresarial (754 a.C a 242 a.C.), período empresarial (242 a.C. a 235 d. C.) e período pós-empresarial (235 d.C. a 565 d.C.). Tal como resulta da opinião dos Autores (págs. 38 e 39), fixamos o início do Direito Comercial, na concessão de conjunto de *actiones*, a primeira das quais terá sido a *actio exercitoria* - VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 47.

⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, págs. 31 a 49.



o motor do sistema jurídico, como o laboratório de onde resultam as inovações que fazem progredir o Direito. O Direito Privado passou a ser o Direito Civil e o Direito Comercial foi desaparecendo, sendo vítima de uma fusão por absorção, chegando-se ao ponto de integrar Códigos Comerciais dentro de Códigos Cíveis.

Esta cultura de esquecimento e apagamento do Direito Comercial foi-se impondo, de tal modo que nas Escolas se passou a ensinar uma espécie de “Direito Civil Aplicado ao Comércio”, que pouca utilidade tem para a vida em sociedade e que falsifica o Direito Comercial, apresentando-se o Direito Comercial mais como um conjunto de pequenos sub-ramos do Direito Civil, do que como um verdadeiro e autónomo ramo do Direito. A cultura do esquecimento e apagamento do Direito Comercial provoca a perda da visão de conjunto, que faz apagar o sistema, sendo que o sistema é o melhor modo de identificar problemas e desenvolver as respetivas soluções. Sem uma visão de sistema, sem uma visão de conjunto, que permita identificar a estrutura de analogias entre as qualidades dos factos comerciais e jus-comerciais, torna-se cada vez mais difícil identificar especificidades em diversas matérias.

Uma das manifestações desta nova cultura ocorreu na responsabilidade civil,⁵ em especial no que respeita ao obnubilamento da responsabilidade comercial.

II. Em Direito Privado, a maior parte dos casos da chamada responsabilidade civil são de Direito Comercial, são de responsabilidade comercial.

⁵ Como se pode observar em TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, págs. 63 a 65.



Fruto da avassaladora dimensão quantitativa dos atos comerciais, torna-se inevitável que a grande maioria dos casos de responsabilidade civil ocorram no comércio, com especificidades típicas do comércio, que devem ser conhecidas e respeitadas. Assim sucede, quer porque o dano foi causado por um comerciante no exercício do seu comércio, como a um comerciante no exercício do seu comércio, como no âmbito de uma atividade objetivamente comercial, como também no âmbito de um ato objetivamente comercial. A probabilidade de um caso de responsabilidade em matéria de Direito Privado não ser comercial – fora dos campos do Direito da Família e Sucessões e dos Direitos Reais - é extremamente baixa.

Contudo, apesar do esmagador domínio dos casos de responsabilidade comercial, é o Direito Civil que tem vindo a ser aplicado a estes casos. Recorre-se ao regime da responsabilidade civil, ignorando-se a natureza comercial desta responsabilidade, tentando-se fundamentar dentro do Direito Civil os casos de responsabilidade comercial, com as naturais e inerentes dificuldades.

III. Pode afirmar-se que a responsabilidade civil, como a conhecemos hoje, nasceu no Direito Civil, em meados do séc. III. a. C. com a *Lex Aquilia*, num sistema socio-económico de tipo agrícola-patriarcal,⁶ e foi sendo estudada no âmbito do Direito Civil. Esta precedeu em cerca de um século o nascimento do Direito Comercial em Roma, razão que porventura tem ajudado a que seja estudada e aplicada sem mais ao Direito Comercial, como se não existisse

⁶ CERCAMI, PIETRO e PETRUCCI, ALDO, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, pág. 24.



uma responsabilidade comercial. Acima de tudo, a responsabilidade civil nasceu como uma resposta a problemas relativos a danos causados à propriedade, como uma solução para um problema de direitos reais, como um mecanismo de tutela da propriedade privada.

O sistema abrangia duas hipóteses base: uma hipótese principal, de responsabilidade aquiliana, e uma variação construída sobre estes casos, de responsabilidade noxal.

A responsabilidade aquiliana – fundada na *Lex Aquilia* - preocupava-se originariamente com danos físicos (morte e ferimentos causados ilicitamente por um homem livre ao património de outro homem livre, com dolo ou negligência. A *Lex Aquilia* veio alterar e consolidar um conjunto de regras de responsabilidade civil que vinham já, pelo menos, da Lei das XII Tábuas, pelo que a origem histórica deste sistema de responsabilidade se perde no tempo. Podemos, contudo, afirmar que o sistema aquiliano constitui o mais importante núcleo de responsabilidade, tendo como principal manifestação atual o art. 483º do Código Civil.

Este era um sistema de responsabilidade que se baseava em relações diretas entre duas pessoas, no qual uma pessoa livre causava danos ao património de outra pessoa livre. Era essencial que os danos fossem causados pela concreta pessoa livre, caso contrário o regime a aplicar não poderia ser o aquiliano *qua tale*. A natureza da responsabilidade civil de então, como uma modalidade de pena privada, operando uma reparação do dano no âmbito de um sistema punitivo, permite compreender esta qualidade



personalíssima da responsabilidade civil.⁷ Por outro lado, a então (séc. III a.C.) inexistência do instituto da representação, com uma inerente proibição de vinculação alheia,⁸ contribui ainda mais para a compreensão desta qualidade.

Se a atuação danosa fosse praticada por um servo, ou por um animal (e, nos primeiros tempos, por um filho de família), a ação era qualificada como noxal.⁹

A responsabilidade civil noxal, era o mecanismo adequado para os casos nos quais os danos eram causados por entes sujeitos a *potestas do pater familias* (de certo modo por elementos do seu património) e não pelo próprio, o que permitia uma modalidade de responsabilidade civil delitual por facto de terceiro (no caso dos servos e filhos família).¹⁰

⁷ TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, pág. 39 e LOURENÇO, PAULA MEIRA, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 42 a 57.

⁸ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 14.

⁹ Existindo um caso especial para os animais – *actio de paupérie* - mas com a mesma natureza noxal pelo que, para o presente estudo, as unificamos na sua natureza noxal.

¹⁰ Sobre o tema da responsabilidade civil delitual por facto de terceiro, TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009. Esta era uma figura de Direito Civil e não de Direito Comercial, fundando-se exclusivamente no modo de funcionamento da família romana, e que veio a evoluir até ser recebida no art. 1384.o do Código Napoleão, tendo passado para o art. 2380º do Código de Seabra e posteriormente para o art. 500º apesar de neste caso ter recebido influência do § 278 BGB - CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 399 a 401.



O sistema das ações noxais precedia Roma, observando-se já na Grécia antiga.¹¹ Este sistema de responsabilidade noxal, tal como a responsabilidade aquiliana, traduzia-se num caso de responsabilidade pela propriedade. Mas, acima de tudo, era um sistema de responsabilidade por ato de terceiros, mesmo que esses terceiros não fossem pessoas, ou pessoas livres.

No sistema da responsabilidade noxal, quem era responsável não praticava o ato não se podendo defender que tinha uma verdadeira culpa no que respeita ao dano, não sendo justo responsabilizá-lo ilimitadamente por atos que não praticou.

Colocava-se assim a questão de qual o nível de precaução, de cautela, que era exigível ao responsável. Como o responsável não praticava o ato danoso, a questão era de difícil solução, sendo que a resposta do sistema cedo passou pela limitação da responsabilidade.¹²

A opção de limitação de responsabilidade consistia na possibilidade de o responsável poder optar por, em lugar de proceder à reparação dos danos, através do pagamento de uma indemnização, efetuar uma dação noxal. Esta consistia na entrega do causador do dano (o servo ou animal que haviam causado o dano) como modo de extinguir a responsabilidade. Deste modo,

¹¹ SECALL, INÉS CALERO, Las leyes cretenses y la responsabilidad noxal por los daños causados por animales y esclavos, in *Florentia Iliberritana*, nº 25 (2014), págs. 31-47.

¹² MATTIACCI, GIUSEPPE. *Noxae Deditio and Negligence: Roman and Modern Solutions to Inefficient Monitoring Under Vicarious Liability*, 2018, <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/723/c8.pdf;jsessionid=A6B742B2C409297503194620E0A294E8?sequence=16> [último acesso 31/12/2018], pág. 3.



permitia-se ao *pater familias* limitar a responsabilidade noxal ao valor do (servo ou animal) causador do dano, como se fosse um caso de limitação da responsabilidade a parte do património do *pater familias*.¹³

A responsabilidade noxal veio a dar lugar ao art. 500º do nosso Código Civil,¹⁴ mas já sem a dação noxal do causador do dano. Contudo, este é ainda um sistema de responsabilidade civil, intimamente ligado à economia da família romana, e às especificidades do estatuto do *pater familias*. É um sistema de responsabilidade pela propriedade de coisas, de responsabilidade do dono pelos danos causados por aquilo que lhe está sujeito.

III. O problema com a responsabilidade comercial que pretendemos abordar resulta de uma das características do comércio.

No mundo civil, o paradigma do sujeito é a pessoa.¹⁵ A pessoa individual, uma a uma. A pessoa que conhecemos e que conseguimos identificar e delimitar. A pessoa é simples, é una, está em apenas um local, pouco evolui, pouco muda, sendo que a mudança ocorre dentro de parâmetros relativamente estritos. Claro

¹³ JOHNSTON, DAVID, *Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition*, in Chicago-Kent Law Review, Vol. 70, 1995, págs. 1515 a 1538, <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2998&context=cklawreview> [último acesso 02-01-2019], pág. 1525.

¹⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 228 e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, págs. 384 a 386.

¹⁵ Como se pode observar em BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Liberdade vs. Responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Editora Almedina, Coimbra, 2006, págs. 179 a 196.



que podem ocorrer casos fora do normal, mas este é o caso típico, e é este que é o paradigma, tal como em Roma o paradigma da responsabilidade civil era o *pater familias*.

No comércio, as coisas são muito mais complexas. No comércio o sujeito é a empresa, que é composta por várias pessoas, coisas, atividades, e tudo o mais que a compõe.¹⁶ A empresa está em vários locais ao mesmo tempo, está sempre em constante mudança, tem diferentes configurações e naturezas para diferentes assuntos, podendo estar sujeita a diferentes regimes.

A empresa pertence a um comerciante (ou mais), que é uma pessoa jurídica, mas no comércio quem age é a empresa. A pessoa jurídica é o sujeito no Direito, mas no comércio o sujeito é a empresa.¹⁷

Sucede, no entanto, que só raramente a empresa age através do comerciante. A regra no comércio, aquilo que é verdadeiramente típico, é que a empresa atue através de representantes. Esta afirmação é verdadeira na quase totalidade dos casos de empresas pertencentes a comerciantes individuais, pois nestes casos são raros os atos praticados pessoalmente pelo comerciante. Mas a amplitude da veracidade desta afirmação explode quando nos

¹⁶ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 233, CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Comercial e do Mercado*, 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2018, págs. 112 a 120.

¹⁷ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 233. VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito Comercial*, Vol. I, Editora Almedina, Coimbra, 2011, págs. 96 a 100. Propondo a personalização jurídica da empresa, CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Comercial e do Mercado*, 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 138.



referimos às empresas pertença de sociedades. Neste caso, todos os atos, sem exceção, são praticados em representação.

Assim, enquanto na responsabilidade civil, o sistema básico se funda numa pessoa, que atua, causando danos e sendo por eles responsável, na responsabilidade comercial temos uma pessoa (o comerciante) que não atua, nem causa danos, mas é responsável; a par de uma pessoa que atua e causa danos, mas que pode não ser responsável. Este comerciante, contudo, é dono de uma empresa, que tem um representante, que – este sim – atua, e causa danos.

A responsabilidade comercial opera num ambiente de representação comercial.

2. Aproximação externa vs aproximação interna

Uma das diferenças de fundo entre o Direito Comercial e o Direito Civil é o tipo de aproximação que estes diferentes ramos de Direito fazem aos problemas. O Direito Civil efetua tipicamente uma aproximação interna, enquanto o Direito Comercial recorre tipicamente a uma aproximação externa.

Na aproximação interna, o ponto de vista a partir do qual se aborda o problema incide na causa, partindo do interior do problema para o seu exterior. Já na aproximação externa, o ponto de vista parte das consequências do problema, dos reflexos que se verificam no exterior, para então se dirigir ao seu interior. De certo modo, o Direito Civil recorre tipicamente a uma técnica centrífuga, enquanto o Direito Comercial recorre a uma técnica centrípeta.

No problema que agora nos ocupa, as diferenças são



substanciais.

Enquanto a aproximação interna faz incidir o ponto de partida no comerciante, na pessoa jurídica que será responsabilizada, tornando-se o eixo a partir do qual se aferem todos os requisitos da responsabilidade civil, a aproximação externa faz incidir o ponto de vista na atuação em si mesma, não partindo do sujeito, mas antes dos problemas causados pela atuação no mercado.¹⁸

No Direito Civil, operando uma aproximação interna ao problema da responsabilidade civil, o ponto de partida é a pessoa: a pessoa que atua, a pessoa que causa danos, a pessoa que tem culpa, a pessoa que assume o risco, a pessoa que age ilicitamente; em suma, a pessoa que é responsável. Esta centralização na pessoa afeta o raciocínio sobre o problema, focando-se de tal modo nessa concreta pessoa, que tudo o mais fica obscurecido. Assim, na responsabilidade civil aquiliana, o problema surge colocado como o da responsabilidade civil de uma concreta pessoa pelos danos por si causados a terceiros. Assim o era com a *Lex Aquilia* e ainda hoje o é.

No Direito Comercial, a opção pela aproximação externa transporta o eixo do raciocínio para a atuação e para as suas consequências. Não importa tanto quem atuou no mundo físico, mas antes que atuação ocorreu e o que dela resultou. Esta objetivação que resulta da aproximação externa, com a inerente subalternização do sujeito, permite a fungibilidade de sujeitos, o que constitui um dos traços do comércio e do Direito Comercial.

¹⁸ Sobre a importância do mercado no Direito Comercial, CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Comercial e do Mercado*, 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2018, págs. 23 e segs..



Abordando o problema a partir da atuação, o que verdadeiramente releva num primeiro momento é se essa atuação causou danos a alguém e não se uma pessoa causou danos. Não interessa punir o culpado da injúria pelos danos causados, obrigando-o a repará-los, como se fazia em Roma e ainda hoje está subjacente à mecânica subconsciente da responsabilidade civil.

Em lugar de se procurar saber se uma pessoa causou danos a um terceiro, uma causalidade no sujeito, busca-se a causalidade na atuação. Assim, enquanto no Direito Civil o problema é o da responsabilidade da pessoa (do *cives*), no Direito Comercial o problema é o da responsabilidade da atuação, da atividade. É a atividade em si própria que é responsabilizada pelos danos. Como é da natureza das coisas do comércio, a atividade resulta da atuação de representantes, e estes representam uma empresa, que integra um património quer irá responder pelos danos, sendo que a empresa e o respetivo património pertencem a alguém. É, pois, um problema de atuação comercial, de atuação da empresa.

O problema da responsabilidade comercial que agora nos ocupa é, pois, o da imputação da atividade da empresa, da atuação comercial.

3. Responsabilidade noxal vs responsabilidade institória

I. De modo a tentar resolver cabalmente este problema que o comércio causa à responsabilidade civil, o Direito Civil tem vindo a recorrer a disposições especiais, sendo as principais os arts. 500º e 800º do Código Civil.



O art. 500º do Código Civil, como já referimos, é o herdeiro da responsabilidade noxal, estatuindo-se a responsabilidade do comitente (anteriormente era o *pater familias*) pelos atos do comissário (anteriormente os servos e animais). Já não se permite a dação noxal de quem (ou daquilo que) praticou o ato, assumindo-se que o comissário pode ser pessoalmente responsável (quando anteriormente não o seria). Mas, apesar destas diferenças, a base do sistema é a mesma – responsabilidade de uma pessoa por danos causados por quem está sujeito à sua direção – e esta base não pode ser esquecida. O art. 500º do Código Civil é um caso de responsabilidade civil noxal.

Já o art. 800º apresenta uma natureza diferente. O art. 800º do Código Civil é uma disposição cuja natureza original é de Direito Comercial, mas que com o passar dos séculos evoluiu também como figura geral de Direito Privado, ficando a constar do Código Civil. Contudo, esta disposição é – hoje – de Direito Civil, sendo aqui que reside o problema.

Os arts. 500º e 800º do Código Civil procuram resolver problemas causados pela evolução do Direito Civil ao longo da história. A falta de estudo desta questão, ou o seu errado estudo e compreensão, que são facilmente identificáveis nas opções que viram na responsabilidade pela culpa a única modalidade verdadeiramente aceitável de responsabilidade, conduziram a profundas – e inúteis – dificuldades nesta matéria. A defesa da culpa como (principal, e quase exclusivo) fundamento da responsabilidade pode ser aceitável no Direito Civil, porquanto o Direito Civil não está estruturado para operar representativamente. Pode haver representação no Direito Civil, mas esta – em especial a chamada representação voluntária – é sempre vista com



desconfiança, como algo de perigoso e a evitar, defendendo-se tanto quanto possível o representado face a atuações indevidas por parte do representante. Neste universo jus-civil, que ainda é extremamente pessoal, a pessoalidade facilita o juízo de culpa pessoal.

A pessoalidade da atuação é uma das qualidades típicas do ato jus-civil, razão pela qual as atuações não pessoais são naturalmente problemáticas. Problema este que se procura resolver através dos arts. 500º e 800º do Código Civil, mas, especialmente no que respeita ao art. 500º, com inerentes dificuldades.

O art. 500º do Código Civil tem um problema estrutural interno. Um regime criado para regular a responsabilidade por danos causados por bens, de danos causados pela propriedade – responsabilidade noxal – não é facilmente compatível com as atuais interpretações do art. 500º do Código Civil, que dirigem o fundamento para o exercício de funções.¹⁹ O recurso à responsabilidade noxal, que assume que quem (ou aquilo) que causou o dano não tem liberdade, nem personalidade, nem património, para tentar regular a responsabilidade de “comissários” é uma má opção. Os “comissários” de agora nada têm que ver com os de então. Agora, os “comissários” são livres, têm personalidade jurídica e património próprio. Acima de tudo, os atuais “comissários” têm liberdade o, que causa enormes dificuldades de interpretação e integração do art. 500º do Código Civil. Defende-se hoje que o art. 500º do Código Civil *“implica liberdade de escolha pelo comitente e se caracteriza pela subordinação do comissário ao*

¹⁹ Veja-se, a propósito destas interpretações, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais, 2017, págs. 429 a 440.



comitente, que tem o poder de direcção, ou seja, de dar ordens ou instruções".²⁰ Contudo, a responsabilidade noxal não foi criada para níveis tão baixos de "*subordinação do comissário ao comitente*", nem um tão ligeiro "*poder de direcção, ou seja, de dar ordens ou instruções*". O art. 500º não está estruturalmente preparado para tanta liberdade, pois não foi desenhado para a responsabilidade de comitentes relativamente a atos de comissários. Foi criado como uma modalidade de responsabilidade do dono, do proprietário, por danos causados pelo seu património. Como é natural, o sistema funciona com enormes dificuldades, sendo que as diferenças do art. 500º face ao regime do art. 800º podem ser vistas como causando um verdadeiro *enigma*.²¹

Já no que respeita ao art. 800º do Código Civil, este constitui uma absorção pelo Direito Civil de uma figura de Direito Comercial. Neste caso, a figura jus-comercial foi criada precisamente para este fim, pelo que as dificuldades de aplicação são muito menores. Não só pela adequação estrutural da própria figura, que é aplicável fundamentalmente ao mesmo tipo de casos, como pelo facto de se poder aproveitar todo um acervo histórico de conhecimento sobre a figura, ao que acresce que, mesmo na sua versão original (comercial), a figura admitia a aplicação a alguns casos civis (que eram análogos aos comerciais).

Contudo, importa ter em consideração que o regime que está na

²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-03-2006 [Relator: Conselheiro Oliveira Barros], *in* www.dgsi.pt.

²¹ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, *in* Direito e Justiça, 2.º dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do seu Curso de Direito, pp. 297-311, pág. 304.



origem do art. 800º do Código Civil é profundamente comercial e não civil, estando preparado para um ambiente típico do comércio, mas que não tem já essa tipicidade no que respeita ao ambiente civil. Sem prejuízo, quando ocorram casos de Direito Civil que sejam análogos aos casos que ocorrem em ambiente jus-comercial, a aplicação do art. 800º do Código Civil não causa especiais dificuldades.

O regime na base do art. 800º do Código Civil difere substancialmente daquele do art. 500º do Código Civil, desde a sua origem.²² O regime na base do atual art. 800º do Código Civil, não era um regime de responsabilidade do dono da propriedade, mas sim do dono do negócio. Por outro lado, ainda por comparação com a origem do art. 500º do Código Civil, importa considerar que apesar de o regime na origem do art. 800º do Código Civil ser também aplicável a servos (e a filhos família), assumia-os já com um determinado nível de liberdade, e frequentemente com património (não sendo aplicável a animais) o que é muito mais compatível com o nível de liberdade das pessoas a quem hoje é aplicado.

Assim, o grau de semelhança entre as qualidades dos sujeitos na origem da figura e no seu momento atual permite uma aplicação da figura no presente campo jus-civil sem problemas de maior.

II. No entanto, não se pode olvidar que o art. 500º e o art. 800º do Código Civil não são de aplicação direta em matéria de responsabilidade comercial.

Segundo resulta do art. 3º do Código Comercial, o Direito Civil

²² E ainda hoje diferem, como é identificado por BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais, 2017, págs. 438 e 439.



apenas pode ser aplicado depois de se recorrer às leis comerciais, ao espírito do comércio e à analogia com outros casos comerciais. Só na falta destes modos de integrar o regime comercial da responsabilidade, é que será admissível recorrer à responsabilidade civil, nomeadamente aos art. 500º e 800º do Código Civil.

O recurso *ab initio* aos arts. 500º e 800º do Código Civil, aplicando-as a casos jus-comerciais sem procurar seguir o regime do art. 3º do Código Comercial – como entre nós tem vindo a ocorrer -, deve ser qualificada como um erro de interpretação e integração jurídica.

Quando se seja confrontado com um caso de responsabilidade no âmbito do Direito Comercial, deve começar por se recorrer à legislação comercial e ao espírito do Direito Comercial, aplicando-se outros casos de responsabilidade comercial por analogia. Caso tal não seja suficiente, poder-se-á então recorrer aos arts. 500º e 800º do Código Civil, mas por analogia.²³

II. Como referimos já, verifica-se atualmente uma profunda falta de conhecimento de Direito Comercial, decorrente de uma forte aposta da investigação científica no Direito Civil. Contudo, como é referido por Maria da Graça Trigo *“obstante a menor atenção dada à matéria, o Código Comercial de 1888 contém um significativo regime de responsabilidade por facto de outrem...”*.²⁴ A

²³ Sobre esta abordagem analógica ao real, numa perspetiva que, no essencial, seguimos, e que entendemos ser inevitável no Direito, RODRIGUEZ-PEREYRA, GONZALO, *Resemblance nominalism. A solution to the Problem of Universals*, Claredon Press, Oxford, 2002, *passim*.

²⁴ TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, págs. 85 e 86.



Autora refere-se ao regime do art. 492º do Código Comercial, sobre a responsabilidade do armador e também (a final) ao regime do art. 377º do Código Comercial aplicável ao contrato de transporte.

A questão é mais profunda.

O art. 492º e o art. 377º referidos por Maria da Graça Trigo constituem casos de responsabilidade institória, que tem o seu núcleo principal nos arts. 248º e seguintes do Código Comercial. Basta aliás atentar que são sempre referidos casos de responsabilidade de um *institor*, *exercitor*, *magister*, ou uma miríade de outras figuras próximas, para de imediato se concluir que estes são todos casos que envolvem prepostos. Acima de tudo, são todos casos que envolvem representantes comerciais, quer sejam prepostos, procuradores, ou outros auxiliares representativos.

O comércio faz-se em representação, pelo que a responsabilidade comercial é representativa – uma responsabilidade institória.

É ainda necessário atentar que o instituto da representação teve origem na *actio exercitoria* e na *actio institoria*,²⁵ sendo que o modo como estas duas *actiones* foram construídas se fundou numa modalidade de responsabilidade solidária do comerciante pelos atos do seu representante. Num universo no qual a ação ocupava o eixo do Direito, a responsabilização solidária do comerciante pelos atos dos seus prepostos fez nascer a representação. A primeira figura de representação nasceu no Direito Comercial (e fez nascer o

²⁵ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 47.



Direito Comercial), tendo sido construída como uma responsabilidade solidária, pelo que a responsabilidade solidária e a representação estão intimamente ligadas.

A abordagem efetuada pelo Pretor no séc. II. a.C. não passou por tutelar os terceiros que contratavam com os auxiliares (servos e filhos família e, mais tarde, pessoas livres) de comerciantes através do recurso nem a uma responsabilidade contratual, nem a uma responsabilidade delitual de Direito Civil. Antes, passou por fundar a responsabilidade do comerciante pelos atos dos seus auxiliares na confiança depositada pelos terceiros na representação do comerciante, que ocorria naturalmente nas atuações em mercado comercial.

O que o Pretor fez foi recorrer à tutela da confiança para *colmatar* uma lacuna²⁶ no *ius civile* no que respeitava ao regime da atuação de terceiros, tanto ao nível dos negócios jurídicos como dos atos não negociais, quebrando a barreira da limitação da responsabilidade que anteriormente vigorava e, assim, dando origem ao Direito Comercial. A concessão da *actio exercitoria* e da *actio insitoria* terá sido, porventura, um dos primeiros (senão, o primeiro) caso de responsabilidade pela confiança. A aceitar-se esta posição, poder-se-á afirmar que no Direito Comercial a responsabilidade pela confiança não terá surgido como uma “terceira via” da responsabilidade, mas antes como uma “primeira via”. O reconhecimento da responsabilidade civil pela confiança surge então como uma “terceira via”, mas no Direito Civil,

²⁶ Sobre esta função *colmatadora* da confiança, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 74.



porquanto constitui (mais) uma importação pelo Direito Civil de uma figura que é – na sua essência - tipicamente comercial.²⁷

Note-se que é a proteção da confiança e não a proteção das expectativas que está subjacente aos mecanismos institórios, tanto na representação institória como na responsabilidade institória.²⁸ O comércio exige um grau de celeridade que é dificilmente compatível

²⁷ Note-se a tipicidade socio-jus-comercial (e correspondente atipicidade socio-jus-civil) dos exemplos em FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, nos casos da responsabilidade de consultores e peritos (págs. 125 a 159) e da responsabilidade por informações(págs.159 a 180) que em regra apenas ocorre no comércio; da responsabilidade pelo prospeto (págs. 180 a 192) que é exclusivamente comercial); da responsabilidade por mensagens publicitárias (págs. 192 a 2016) que é quase exclusivamente comercial; da responsabilidade em cartas de conforto(págs. 527 a 544), que são quase exclusivamente comerciais; da responsabilidade em negócios de confiança (págs. 554 a 559) que são maioritariamente comerciais, para não dizer que o são quase exclusivamente.

²⁸ Concordamos integralmente com FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, *passim*, em especial págs. 345 a 351, não só quando afirma que é a confiança e não a tutela das expectativas que deve operar como critério fundamentador da responsabilidade nesta terceira via, como quando firma que a defesa da tutela das expectativas que causa dificuldades ao recurso à confiança como critério de responsabilidade civil. Afirmamos nós, em complemento, que estas duas abordagens - tutela das expetativas e tutela da confiança – correspondem na essência nuclear das sua estruturas, a duas diferentes culturas jurídicas, uma de Direito Civil (tutela das expectativas) e uma de Direito Comercial (tutela da confiança), o que se manifesta na diferença de equilíbrios entre subjetivismo (tipicamente mais jus-civil) e objetivismo (tipicamente mais jus-comercial). Esta diferenciação é tão mais manifesta, quando mais afastados estiverem os polos civil e comercial, pelo que será mais clara num ambiente comercial de B2B do que num ambiente comercial de B2C.



com mecanismos de tutela das expectativas de cariz subjetivista. O juízo sobre as expectativas é complexo e demorado demais para ser verdadeiramente eficiente em mercado, causando uma desaceleração antieconómica. Já a proteção da confiança, em particular da confiança através de uma aproximação externa ao problema, com a sua inerente objetivação e generalização da questão, é não só muito mais compatível com o comércio, como beneficia da experiência de mais de dois mil anos. Claro está que a proteção da confiança carece de limites e de uma regulação própria, dos quais se possa concluir pela relevância da confiança, não só no que respeita à razão de ser histórica do regime, mas também no que respeita ao regime em si próprio. Estes limites estão estabelecidos, por exemplo, no que respeita ao ónus da prova do comerciante quanto à má fé subjetiva psicológica do terceiro à data do ato no que respeita às limitações do poder de representação e encontrando-se também na dualidade de regimes conforme a posição se encontre, ou não, registada.

A questão da responsabilidade por atos de prepostos e outros auxiliares, da relação entre a responsabilidade e a representação instituída, não é nova,²⁹ e apenas o abandono a que o estudo do Direito Comercial tem sido deixado a pode explicar. Já em 1698 Johannes Voet afirmava que *“o institor obriga o preponente nos*

²⁹ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, págs. 52 e segs (nota 41) fazia já esta ligação, no que respeita ao art. 259º do Código Comercial (pág. 60), afirmando a propósito desta questão (abrangendo ainda outras questões próximas) que *“convém que o futuro clarifique todo o problema”*.



contratos e nos delitos".³⁰ E um ano antes, em 1667, também Domat afirmava:³¹

Aqueles que têm navios mercantes, para quaisquer comércios, aqueles que para quaisquer tráficos têm lojas, boutiques, ou escritórios abertos, os Banqueiros, e em geral todos os que para os seus comércios sobre a terra, ou sobre o mar, se servem de Comissários, Agentes, e outros prepostos, são representados no que respeita aos seus comércios, por aqueles que comissionam, de tal modo que o facto destes prepostos é o seu próprio. Portanto, eles são obrigados a ratificar o que tiver sido tratado com os seus Comissários. Portanto, eles respondem pelo facto, pelo dolo, e pelos enganamentos das pessoas que eles tenham preposto.

Nos finais do séc. XVII, a ligação entre a representação e a responsabilidade comercial era perfeitamente conhecida e reconhecida. O mesmo sucedeu na passagem do séc. XVIII para o séc. XIX, por altura do debate sobre o projeto do *Code Civil*. Como é

³⁰ VOET, JOHANNES, *Commentarius ad Pandectas*, Tomo I, Cologny, 1778, pág. 565 (comentando a *actio institoria*) – a data da edição original é 1698 – cfr. pág. *admonitio*. Nesta matéria é interessante que, apesar de o assunto não ser autonomizado como Direito Comercial, era então conhecida a relação entre a representação e a responsabilidade no comércio. Também, JOHNSTON, DAVID, *Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition*, in *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1995, págs. 1515 a 1538, <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2998&context=cklawreview> [último acesso 02-01-2019], págs. 1527 e 1528.

³¹ DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Tomo I, 2ª ed., Paris, 1697, pág. 476.



referido por Maria da Graça Trigo³² e mais claramente por David Johnston,³³ o problema surgiu face à divergência de soluções entre casos de Direito Civil (pais, instrutores e artesãos) e casos de Direito Comercial (mestres e comitentes) face à admissão ou negação da possibilidade de se defenderem invocando impossibilidade de evitar o dano praticado pelo agente. A questão de fundo prendia-se com o diferente fundamento da responsabilidade: a culpa (no Direito Civil), ou *ubi commoda, ibi incommoda* (Direito Comercial).³⁴

Nesta matéria, tal como em outras, o problema é agravado (ou, mesmo, causado) pelo não reconhecimento de autonomia dogmática, tanto no que respeita ao ataque que a autonomia dogmática do Direito Comercial tem vindo a sofrer, como no que respeita ao desconhecimento da autonomia dogmática da doutrina

³² TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, págs. 46 a 52.

³³ JOHNSTON, DAVID, *Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition*, in *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1995, págs. 1515 a 1538, <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2998&context=c-lawreview> [último acesso 02-01-2019], págs. 1527 a 1533.

³⁴ De notar que uma das primeiras, senão a primeira manifestação do princípio *ubi commoda, ibi incommoda* é a preposição, que antecedeu a formulação deste princípio em cerca de 400 anos D.50,17,10 – *Paulus libro tertio ad Sabinum – Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (É da natureza que aquele que goze os benefícios [comodidades] de algo, pague os inerentes custos [incomodidades]). Sendo a autoria atribuída a Paulus (*Julius Paulus Prudentissimus*), que viveu nos Sec. II e III, mas sendo os seus escritos fundamentalmente do início do Sec. III, a regra *ubi commoda, ibi incommoda* será posterior a *actio institoria* em cerca de 400 anos.



da confiança.³⁵

III. Como vimos, a principal modalidade de responsabilidade civil é a aquiliana, que abrange também uma variação noxal.

Já no que respeita ao Direito Comercial, o principal caso de responsabilidade comercial é o institório, que não carece de variação noxal, porquanto esta é uma responsabilidade construída em sistema de representação e para a representação. Para efeitos de responsabilidade comercial, não se coloca a questão de saber se o agente é ou não o responsável, pelo que o recurso aos art. 500º e 800º do Código Civil não faz, em regra, qualquer sentido.

Esta é a diferença fundamental entre a responsabilidade civil e a comercial: a primeira é aquiliana (com variação noxal), enquanto a segunda é institória. Esta é também a razão de ser da facilidade da aplicação do art. 800º do Código Civil em matérias comerciais. O art. 800º do Código Civil é um caso jus-civil de responsabilidade institória, que nasceu da importação pelo Direito Civil da responsabilidade comercial, tal como o regime da representação voluntária nasceu da importação pelo Direito Civil da representação institória,³⁶ e o mesmo sucedendo com diversos outros institutos que são hoje pacificamente considerados como sendo de Direito Civil quando tiveram origem no Direito Comercial e só podem ser devidamente compreendidos tendo esta verdade em consideração.

Também por esta razão, é relativamente comum a aplicação do

³⁵ No mesmo sentido, mas apenas no que respeita à doutrina da confiança, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 350.

³⁶ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, págs. 229 a 233.



art. 800º em matérias nas quais a responsabilidade em causa decorre de um ato comercial. Como o art. 800º do Código Civil tem natureza institória, está relativamente próximo da natureza das coisas do comércio, sendo adequado a regular questões de responsabilidade comercial. Não se deve, contudo, confundir adequação com correção.

A facilidade da aplicação do art. 800º do Código Civil em matéria comercial não constitui fundamento para não respeitar o art. 3º do Código Comercial. O regime da responsabilidade de terceiros em matéria comercial não é o do Código Civil é o do Código Comercial.

4. Responsabilidade comercial

I. A responsabilidade comercial opera representativamente, pois todo o comércio é representativo. Por esta razão, foi-se desenvolvendo um regime destinado a resolver o problema da responsabilidade por danos no comércio, que apesar de ter naturais pontos de contacto com a responsabilidade civil, difere desta.

Abordando a questão a partir da atividade exercida, através de uma aproximação externa, o problema deixa de consistir em procurar saber quem é responsável pelos danos, mas antes saber a quem se imputa a atuação.

Como referimos, no comércio toda a atuação é representativa, e toda a atuação é imputada representativamente. É indiferente se a atuação se traduziu na celebração de um contrato, na outorga de um negócio unilateral, ou na prática de um ato não negocial. Tudo,



sem exceção, opera representativamente no comércio, e quase tudo (com raras exceções) opera representativamente em Direito comercial.

O principal problema na responsabilidade comercial consiste na imputação. Não se quer dizer que na responsabilidade civil não exista um problema de imputação, mas apenas que nesta, o problema é secundário. No Direito Civil, o paradigma consiste na atuação pessoal, sem representação. Como tal, no caso base, o ato é imputado ao próprio agente, o que é de tal modo intuitivo, que em regra não é sequer identificado como um problema. No Direito Civil, a imputação apenas constitui uma questão quando se conclui que o eventual responsável poderá ser outrem que não o agente. Assim, na responsabilidade civil, a imputação é um problema secundário.

No Direito Comercial o problema da imputação, deixa de ser uma questão secundária, para passar a ser um dos principais problemas de todo o Direito Comercial. A imputação é uma questão que carece de análise em toda e qualquer questão jus-comercial, tanto na celebração de um contrato, como na prática de um ato danoso.

II. Operando uma aproximação externa ao problema da responsabilidade comercial, fazendo partir a análise da atuação, importa ter em consideração que a atuação, integrando-se na atividade empresarial, pode incluir atos jurídicos danosos. É a atividade, como um conjunto, abrangendo todos os atos funcionalmente ordenados à empresa,³⁷ que é imputada ao comerciante. Na atuação que é imputada está incluído o ato

³⁷ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, Editora Almedina, Coimbra, 2015, págs. 58 a 64.



danoso, com as respetivas qualidades, nomeadamente a culpa e ilicitude (se for o caso).

Na responsabilidade comercial, não faz em regra sentido aplicar artigos como o art. 500º ou o art. 800º do Código Civil, porque na responsabilidade comercial não há tipicamente responsabilidade civil por atos de terceiros.

Se um comerciante recorre a uma outra pessoa para exercer a sua atividade, tanto de modo constante, como pontualmente, o ato é-lhe imputado. O ato (aliás, a atividade), não é do representado, mas do representante. Assim, quem pratica o ato danoso – após a operação lógico-jurídico-comercial de imputação representativa – é sempre o comerciante e nunca um terceiro.

O ato do trabalhador do comerciante é do comerciante; o ato do administrador do comerciante é do comerciante; o ato do comissário do comerciante é do comerciante; o ato de mandatário do comerciante é do comerciante. Só assim não ocorre quando o caso escapa ao regime de representação comercial (situações nas quais poderá eventualmente ocorrer um caso de responsabilidade por ato de terceiro). Nos demais casos, a responsabilidade não é de terceiro, porquanto após a imputação representativa o ato passa a ser do próprio. Poderá, eventualmente, ser de ambos, nos casos em que a representação comercial implica a imputação do ato tanto ao representado como ao representante.

Como é natural, esta abordagem ao problema, não é compatível com uma visão da responsabilidade como um caso de pena privada. Contudo, no Direito Comercial o problema nunca foi de pena privada. Foi sempre de proteção do mercado através da imputação de todos os atos dos representantes ao comerciante, o que inclui os



atos danosos.

A atuação em mercado exige níveis de confiança muito altos, de tal modo altos, que a confiança é inconsciente, sendo que esta confiança incide sobre diversos elementos, dos quais sobressaem dois (para o que agora nos interessa).

A confiança da unidade entre marca e comerciante, que conduz a uma confiança na delimitação da empresa do comerciante através do âmbito da marca por este usada (registada, ou não). Face a esta confiança, no mercado os terceiros não negociam com o comerciante, nem com a sua empresa, o seu estabelecimento, os seus trabalhadores ou outros auxiliares. Os terceiros negociam com a marca. É a marca que é identificada e que é individualizada, e é com a marca que contratam. Compram a esta ou àquela marca. Vão à loja desta ou daquela marca. Visitam este ou aquele *site*, operando a morada do *site* como uma marca. O próprio comerciante, o seu próprio nome, a sua firma, podem ser a marca. Mas é a marca que centraliza a empresa, que inclui o estabelecimento, e que pertence ao comerciante. Já tivemos oportunidade de nos debruçar sobre esta questão, pelo que não a aprofundamos mais.³⁸

A marca permite o anonimato ou, melhor, a fungibilidade dos agentes no mercado. A infungibilidade subjetiva no mercado é causa de dificuldades, de tal modo que, como regra, o comércio opera fundamentalmente através do anonimato, que permite a fungibilidade. Não um anonimato ativo, no qual as pessoas pretendem esconder-se, mas um anonimato passivo, no qual as

³⁸ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 164 e 165 e 179 a 182.



peessoas não querem saber quem são as outras. Apenas pretendem saber se podem com elas contratar para adquirir o bem pretendido. Contudo, este conhecimento não opera através de níveis de certeza, mas sim através de níveis de confiança. A confiança de que, quem age por uma marca no mercado vincula essa marca. Dito de outro modo, que quem atua por conta de um comerciante o vincula. Esta é, também, uma confiança inconsciente. No mercado, quase ninguém pede a confirmação dos poderes de quem age, nem tal seria prático. Mesmo nos negócios mais complexos, nos quais se pede essa confirmação com maior frequência, não se pede amiúde a sua confirmação ao longo do tempo. Confia-se quem tinha poderes no início da negociação, os manteve durante toda a negociação.

Sem confiança, não há comércio, nem há mercado, em especial no que respeita à confiança na imputação jurídica ao comerciante dos atos praticados por auxiliares, quer estes atos sejam contratos, negócios unilaterais ou atos não negociais. É esta confiança que o Direito Comercial protege, através de um sistema de tutela positiva da confiança,³⁹ que permite ao mercado operar nestas matérias, sem problemas de maior, desde o séc. II a.C..⁴⁰

A confiança em que a representação por parte dos auxiliares, que é aparente, é também devidamente fundada e que, como tal, os atos vinculam o comercial – a confiança na representação -, é

³⁹ Sobre a tutela positiva da confiança, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, págs. 41 segs. obra que – aliás - seguimos de perto.

⁴⁰ Os únicos problemas nesta matéria ocorrem quando se pretende aplicar Direito Civil que é manifestamente inadequado para as questões de representação comercial.



tutelada através do regime da preposição, através da representação instituída.⁴¹

II. Em Direito Comercial, o regime de responsabilidade inclui mais um momento lógico ou requisito, por comparação à responsabilidade civil. Este é um momento de imputação, que consiste em verificar se há, ou não, lugar a imputação representativa (com base em qualquer regime de representação comercial) do ato danoso ao comerciante. Se houver lugar a esta imputação representativa, o ato danoso passa a ser do comerciante, e não do agente. Como tal, nestes casos, no mundo real, o ato danoso foi do agente, enquanto no mundo jurídico o ato danoso foi do comerciante. Sendo o ato danoso do comerciante, a responsabilidade não é por ato de terceiro, mas por ato próprio.

Importa ainda observar a diferença fundamental no que respeita ao objeto da imputação nesta matéria, entre o que ocorre na responsabilidade civil e comercial. No art. 500º do Código Civil, há que aferir da responsabilidade do “comissário”, para então imputar a responsabilidade ao dono do negócio. São casos de imputação de responsabilidade, nos quais o objeto da imputação não é o ato danoso, mas antes a responsabilidade civil pelo ato danoso de outrem.

No art. 800º do Código Civil, por sua vez, é já o ato danoso que é imputado, e não a responsabilidade civil. Esta diferença resulta da origem deste mecanismo que se funda na responsabilidade

⁴¹ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, págs. 209 a 219.



comercial, como tivemos já oportunidade de analisar.⁴²

Na responsabilidade comercial, a imputação não incide sobre a responsabilidade, mas sobre o ato danoso em si mesmo. É o ato que é imputado ao comerciante, e que passa a ser dele ou, como diz Carneiro da Frada, “*«projecta-se» o comportamento do auxiliar na pessoa do devedor, isto é, este será responsável logo que a actuação dos auxiliares, «pensada» na pessoa do devedor, preencha uma previsão de responsabilidade*”.⁴³

Não se trata, portanto, de um caso de responsabilidade por um ato “como se fosse” praticado pelo comerciante, mas de um ato juridicamente praticado por um comerciante, tendo sido comercialmente praticado pela empresa do comerciante. Contudo, é mais do que uma mera transferência jurídica do ato (embora também o seja) pois é da natureza do comércio que este ato tenha sido praticado pela empresa; não importa por quem foi subjetivamente praticado, mas apenas que o foi pela empresa. É desta realidade subjacente ao Direito que resulta a imputação jurídica ao comerciante, que constitui o seu suporte no mundo real. Efetivamente, no mundo real, no mundo do comércio, o ato foi praticado por dois entes: por uma determinada pessoa e por uma determinada empresa. Esta *projeção* do ato na empresa não é puramente jurídica, porquanto ocorre já – as mais das vezes – logo

⁴² VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A preposição – representação comercial*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2018, pág. 229 a 234.

⁴³ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e deveres de protecção*, separata do volume XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, pág. 209.



no mundo real, no comércio.⁴⁴ Uma vez que no comércio este ato é imputado à empresa, no Direito Comercial este ato é imputado à pessoa jurídica associada à empresa: o comerciante.

Não se trata, também, de um caso de culpa na escolha ou na direção de um terceiro, pois é uma responsabilidade por ato próprio. A questão não é colocada como de responsabilidade na escolha ou na fiscalização, pelo que nenhuma relevância há – para este fim - em invocar que se escolheu bem, ou que sempre se fiscalizou adequadamente. Esta é uma questão de centralização dos atos da empresa na pessoa do seu titular.

III. Esta questão pode causar algumas perplexidades. Tratando-se de uma matéria de responsabilidade civil (ou comercial) associado a uma questão de confiança, poder-se-ia ser levado a pensar que se estaria perante um caso e tutela negativa da confiança. Contudo, o sistema da responsabilidade comercial opera de um modo fora do comum, por estar estritamente ligado à confiança e aparência. Conforme afirma Carneiro da Frada, ao pronunciar-se sobre a chamada “*responsabilidade pela aparência jurídica*”, esta é “*dotada de uma certa unidade dentro do universo*

⁴⁴ Concordamos com FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e deveres de protecção*, separata do volume XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, pág. 210, quando chama a esta técnica usada no art. 800º do Código Civil uma “*ficção*”; efetivamente, no caso do art. 800º do Código Civil não há o mesmo suporte real que ocorre na responsabilidade comercial, porquanto não é possível ter um mesmo grau de certeza sobre a imputação do ato à empresa. Esta é uma característica típica no Direito Comercial, mas que no Direito Civil é atípico. Esta constitui, aliás, uma das dificuldades de explicar o regime do art. 800º do Código Civil, quando se omite do estudo o Direito Comercial.



*da proteção da confiança, esta não opera através da imposição de uma obrigação de indemnizar, pois coloca antes o confiante na posição jurídica correspondente às expectativas que alimentou”.*⁴⁵

Apesar de concordarmos que, regra geral, se deve privilegiar uma tutela negativa (indemnizatória),⁴⁶ neste caso não se trata de tutela negativa da confiança, porquanto não se atribui ao confiante um direito a receber uma indemnização pelos danos sofridos pela quebra da sua confiança.⁴⁷ Aliás, nesta matéria, só muito dificilmente se poderia admitir um regime geral de tutela negativa da confiança, que operasse como princípio geral em todos os casos de representação comercial, sem que tal implicasse um gravíssimo prejuízo para o comércio. A ser assim, todo o comércio colapsaria, porquanto não seria mais possível confiar inconscientemente na hétero-imputação dos negócios ao comerciante. Quem compra um bem quer ficar com esse bem, de pouco – ou nada – lhe servindo uma indemnização.

O comércio e o mercado, exigem uma tutela positiva da confiança,⁴⁸ que opere de tal modo que não seja necessário aferir se o agente representa ou não o comerciante. Uma tutela positiva da confiança que opera através da imputação do ato do auxiliar ao próprio comerciante, passando este ato a ser juridicamente da sua

⁴⁵ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, págs. 44 e 45.

⁴⁶ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, págs. 690 e segs.

⁴⁷ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 42.

⁴⁸ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 46.



autoria. Sem tutela positiva da confiança na representação não há comércio. A segurança do tráfego jurídico mercantil exige esta tutela.⁴⁹

Já uma tutela positiva da confiança (inconsciente ou consciente) na representação comercial, não só permite o funcionamento do mercado,⁵⁰ como o tem vindo a fazer desde, pelo menos, meados do séc. II a.C. com a *actio institoria* e a *actio exercitoria*, que são a origem, não só da representação comercial, mas também da representação voluntária, seguidas pela *actio tributoria*, pelo *triplex editum* (com a *actio de peculio*, a *actio de in rem verso* e a *actio quod iussu*), entre outras.

A esta realidade acresce que este mecanismo de tutela positiva da confiança, que consiste na representação institoria,⁵¹ constituiu o momento criador do Direito Comercial, a sua génese. Foi aqui que o Direito Comercial nasceu sendo que esta marca genética afeta todo o comércio e todo o Direito Comercial. Dito de outro modo, a tutela positiva da confiança na representação comercial integra o Espírito do Comércio e o Espírito do Direito Comercial.

Apesar de a responsabilidade comercial abranger um elemento

⁴⁹ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 46.

⁵⁰ A uniformidade inerente a um sistema de tutela positiva da confiança – FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 693 a 697 - constitui uma mais valia no que respeita à tutela de operações em mercado.

⁵¹ Já FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, pág. 49, nota 40, havia efetuado a ligação entre a representação e a confiança, com menção a casos de representação que consideramos como sendo de representação institoria.



de responsabilidade e um elemento de confiança, não se trata de um verdadeiro caso de responsabilidade pela confiança (tutela negativa), mas de confiança na responsabilidade (tutela positiva).

Em suma, na responsabilidade comercial é na pessoa do comerciante que se deve aferir da existência, ou não, dos pressupostos de responsabilidade decorrentes de cada regime concretamente aplicável, sendo que todos os atos praticados pelos representantes comerciais do comerciante são do comerciante, com as inerentes qualidades, nomeadamente a nível de culpa, sem prejuízo de tal poder implicar a confluência de uma atuação de diversos representantes comerciantes, com uma estrutura complexa de qualidades referentes a esses atos e pessoas, todos eles imputados ao comerciante.

Concluimos, pois, que a responsabilidade comercial opera tipicamente num ambiente de representação comercial, tendo a natureza de responsabilidade instituída.

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2019-02-13