



A *filtragem* dos tipos comerciais da Guiné-Bissau pelo *subjetivismo* do AU/DCG da OHADA

João Espírito Santo*

Resumo:

A adesão da Guiné-Bissau à *Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África* (=OHADA) determinou a vigência, no direito interno, das normas dos atos uniformes da organização, produzidos, como direito derivado, nos termos previstos pelo tratado constitutivo da mesma. O Ato Uniforme Relativo ao Direito Comercial Geral, de 1997 (primeira versão), assenta numa conceção de delimitação do seu âmbito essencialmente subjetiva (comerciante), admitindo a regulação das relações comerciais não abrangidas pelo Ato Uniforme ou na parte não abrangida pelo Ato Uniforme pelos direitos nacionais dos Estados Partes da organização. O direito comercial nacional tido em vista pelo Ato Uniforme, considerando a matriz histórica na base da fundação da OHADA, é de tipo francófono, oriundo, diretamente ou por influência cultural, da legislação francesa, de forte componente subjetivista quanto à delimitação do seu âmbito. Na Guiné-Bissau, porém, o Direito Comercial nacional é de matriz lusófona, sendo a

* Doutor em Direito/Law PhD; Coordenador Científico e Professor da Faculdade de Direito de Bissau (Universidade Amílcar Cabral); Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



delimitação do seu âmbito essencialmente objetiva (ato de comércio), o que suscita dificuldades de articulação entre conjuntos jurídicos de que partem de orientação diversas. No presente artigo ensaia-se a articulação do regime da venda comercial do direito da OHADA com o da compra e venda comercial do Código Comercial da Guiné-Bissau, sustentando-se que este não foi objeto de revogação total pelo Ato Uniforme Relativo ao Direito Comercial Geral.

1. A independência da Guiné-Bissau e o núcleo central do Direito Comercial

I — A plena compreensão do *modo de ser* do atual Direito Comercial guineense supõe uma análise dos aspetos históricos que influíram na sua evolução no período que se seguiu à constituição do Estado da Guiné-Bissau.

A emergência da Guiné-Bissau como Estado soberano resulta de declaração de independência, unilateral, datada de 24 de setembro de 1973¹. Portugal, anterior Estado detentor de soberania sobre o território guineense, reconheceu a Guiné-Bissau como Estado, soberano e independente, em 1975.

Em 1997 a Guiné-Bissau iniciou-se num processo de integração jurídica regional, através da adesão ao tratado constitutivo da OHADA, que interferiu diretamente com a conformação do seu

¹ A declaração de independência encontra-se publicada no *Boletim Oficial* n.º 1/75, de 4 de Janeiro (2 e 3).



direito. Mas essa integração regional só se compreende plenamente num contexto mais amplo, que considere uma anterior movimentação de integração económica transnacional, no mesmo âmbito regional.

A constituição da Guiné-Bissau como Estado soberano não representou uma rutura com o anterior ordenamento jurídico aplicável no seu território. Com efeito, a Lei n.º 1/73, também de 24 de Setembro de 1973², determinou a receção material do direito português (isto é, produzido pelos órgãos do Estado português com competência normativa), estabelecendo, no seu art. 1.º, que a *legislação portuguesa em vigor à data da proclamação do Estado soberano da Guiné-Bissau* continuaria a aplicar-se, com a ressalva da sua conformidade à soberania nacional, à Constituição da República de 1973³, às suas leis ordinárias a aos princípios e objetivos do PAIGC.

Sustentamos, desde 1997, que a expressão *legislação portuguesa em vigor* — algo ambígua — contida na Lei n.º 1/73, deve ser restritivamente interpretada, com o sentido de *legislação portuguesa cuja aplicabilidade havia sido estendida ao território antes denominado de Guiné Portuguesa*⁴.

A receção material do direito português foi assim, duplamente condicionada: (i) por um lado, à sua conformidade à soberania nacional, à Constituição da República de 1973, às suas leis

² Publicada no *Boletim Oficial* n.º 1/75, de 4 de janeiro.

³ Também publicada no *Boletim Oficial* n.º 1/75, de 4 de janeiro.

⁴ JOÃO ESPÍRITO SANTO, “Apontamentos sobre os regimes jurídicos guineenses de fonte legal do casamento e do divórcio”, em *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 4, 1997, 211-213.



ordinárias a aos princípios e objetivos do PAIGC; (ii) por outro lado, à sua efetiva extensão ao território da (antes) *Guiné Portuguesa*.

II — A receção material da legislação portuguesa pela Guiné-Bissau abrangeu, assim, e entre vários outros diplomas legais, genericamente, o segundo Código Civil português, de 1966 (doravante, CC)⁵, e o segundo Código Comercial português, de 1888 (doravante CCom).

O CC havia sido estendido ao território português da Guiné pela Portaria n.º 22. 869, de 4 de setembro de 1967; o CCom foi estendido a esse território pelo Decreto de 20 de fevereiro de 1894.

Esses dois códigos passaram, pois, a vigorar na Guiné-Bissau, a título de leis nacionais, pelo que a sua correta designação doutrinária será, respetivamente, Código Civil Bissau-Guineense e Código Comercial Bissau-Guineense.

⁵ Na versão originária, que não é, portanto, coincidente com a versão que resultou da grande reforma operada em Portugal em 1977, sobretudo em matéria de Direito da Família e Direito das Sucessões, para o adaptar aos princípios da Constituição portuguesa de 1976, designadamente o da igualdade entre os cônjuges e o da igualdade entre filhos nascidos dentro e fora do casamento (sobre a questão cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO/PEDRO FERREIRA MÚRIAS, “Notas sobre a emancipação e idade núbil no direito guineense de fonte legal”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 5, 1998, 291 e ss.).



2. O Código Comercial de 1888: critérios de delimitação da matéria comercial e ordenação sistemática

A estrutura sistemática do CCom comporta quatro Livros, sendo o primeiro dedicado ao *comércio em geral*, o segundo, aos *contratos especiais do comércio*, o terceiro, ao *comércio marítimo*, e, o quarto, às *falências*.

Sobre o CCom, destacamos aqui, por um lado, a demarcação do âmbito de aplicação da lei comercial a partir da noção de *ato de comércio*; com efeito, determina-se no seu art. 1.º que *a lei comercial rege os atos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*.

Destacaremos, por outro lado, que logo o art. 2.º, primeira parte, do CCom estabelece o principal critério, formal, de determinação da comercialidade de um ato jurídico: *encontrar-se especialmente regulado código*.

Refira-se ainda que o Livro II do CCom, dedicado, como se viu, aos *contratos especiais do comércio*, comportava, originariamente, vinte Títulos, sendo o primeiro dedicado a *disposições gerais*, o segundo, às *sociedades*, o terceiro, à *conta em participação*, o quarto, às *empresas*, o quinto, ao *mandato*, o sexto, às *letras, livranças e cheques*, o sétimo, à *conta corrente*, o oitavo, às *operações de bolsa*, o nono, às *operações de banco*, o décimo, ao *transporte*, o décimo primeiro, ao *empréstimo*, o décimo segundo, ao *penhor*, o décimo terceiro, ao *depósito*, o décimo quarto, ao *depósito de géneros e mercadorias nos armazéns gerais*, o décimo quinto, aos *seguros*, o décimo sexto, à *compra e venda*, o décimo sétimo, ao *reporte*, o décimo oitavo, ao *escambo ou troca*, o décimo



novo, ao *aluguer*, e, o vigésimo, à *transmissão e reforma de títulos de crédito mercantil*.

Se bem que o CCom utilizasse um segundo critério de determinação do carácter comercial de um ato jurídico, o do *comerciante* (art. 2.º, segunda parte, e art. 13.º), e, por essa via, do próprio âmbito do Direito Comercial, o certo é que mesmo era subalternizado ao do *ato de comércio*.

3. A adesão da Guiné-Bissau à OHADA e o Ato Uniforme Relativo ao Direito Comercial Geral

I — Em 17 de Outubro de 1993 foi firmado, na República das Maurícias, o Tratado da OHADA, que se inscreve num mais amplo movimento de integração económico-jurídica dos Estados africanos francófonos⁶.

O Tratado da OHADA (Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África)⁷, que se compõe de 63 artigos, tem por objeto a harmonização do direito dos negócios dos Estados-Partes, finalidade que se propõe alcançar, entre outros meios, pela “[...] elaboração e adoção de regras comuns simples, modernas e

⁶ Sobre o Tratado da OHADA, cf., entre outros, JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, *OHADA - Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelas: Bruylant, 2002, 91 e ss.; TIAGO SOARES DA FONSECA, *O Tratado da OHADA*, Lex: Lisboa, 2001, *passim*; SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Lisboa: Almedina, 2012, 19 e ss.

⁷ O acrónimo reflete a terminologia francesa : Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.



adaptadas à situação das suas economias [...]” (art. 1.º)⁸.

Para a execução das tarefas previstas no Tratado, designadamente a de produção jurídica uniforme no âmbito do direito dos negócios, institui o mesmo uma organização, denominada *Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios* (OHADA) (art. 3.º, I).

Nos termos do art. 2.º do Tratado, o âmbito do seu objeto — direito dos negócios — abrange as regras relativas ao direito das sociedades, ao estatuto jurídico dos comerciantes, às cobranças de créditos, às garantias e vias de execução, ao regime de recuperação das empresas e de liquidação judicial, ao direito da arbitragem, ao direito do trabalho, ao direito contabilístico, ao direito da compra e venda e dos transportes, a que acresce “[...] qualquer outra matéria que o Conselho de Ministros considere, por unanimidade, aí incluir, em conformidade com o objeto do [...] Tratado nos termos das disposições do subseqüente artigo 8.º”⁹.

Saliente-se, ainda, que o Tratado estipula, no seu art. 5.º, I, que os atos aprovados para a adoção das regras uniformes previstos no art. 1.º tomam a denominação de *Atos Uniformes*. Os atos uniformes são, portanto, fonte de direito da OHADA com carácter derivado.

Nos termos do art. 10.º do Tratado, os atos uniformes são diretamente aplicáveis e vinculativos nos Estados-Partes (efeito direto), não obstante qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior. Não é demais frisar a importância desta disposição convencional: por um lado, a eficácia dos atos

⁸ Trad. nossa, a partir da versão oficial em língua francesa.

⁹ Trad. nossa, a partir da versão oficial em língua francesa.



uniformes nos ordenamentos internos dos Estados-Partes é direta, dispensando, portanto, atos normativos de transposição praticados por aqueles; por outro lado, o direito derivado da OHADA tem nível hierárquico superior ao do direito interno dos Estados-Partes. O art. 10.º do Tratado consagra a unificação do direito dos Estados-Partes, nos setores abrangidos, e não a sua mera harmonização; repudiasse, assim, o entendimento doutrinário que sustenta uma interpretação daquele preceito como determinando apenas a harmonização dos direitos dos Estados-Partes do Tratado da OHADA¹⁰.

II — O superior nível hierárquico do direito derivado da OHADA sobre o direito de produção interna dos Estados-Partes determina, quando exista contrariedade entre ambos, a revogação do segundo, quando anterior, ou a sua nulidade, por violação de norma hierarquicamente superior, quando posterior.

O Tratado da OHADA foi firmado por catorze Estados (Benim, Burkina-Faso, Camarões, Chade, Comores, Congo, Costa do Marfim, Guiné Equatorial, Mali, Níger, República Centro-Africana, Senegal e Togo), tendo entrado em vigor, nos termos do art. 52, II, primeira

¹⁰ Para um conspecto doutrinário das duas teses em presença, unificação *versus* harmonização, cf. OSVALDO SILVA, *Sociedade criada de facto e sociedade de facto no direito da OHADA*, no prelo. Suscitando, todavia, a questão da inexistência de cobertura constitucional na Guiné-Bissau para a aplicabilidade direta do direito internacional derivado, cf. CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, Almedina, Coimbra, 2009, 48 e ss., concluindo a A., apesar disso, pela aplicabilidade direta na Guiné-Bissau dos atos uniformes da OHADA, em razão da ratificação do Tratado pelo órgão constitucionalmente competente, em construção com a qual concordamos.



parte, sessenta dias após o depósito do sétimo instrumento de ratificação, o que ocorreu a 18 de setembro de 1995, com o depósito do instrumento de ratificação do Níger.

Nos termos o art. 53, I, o Tratado, desde a sua entrada em vigor, está aberto à adesão de qualquer Estado-membro da OUA, bem como de qualquer Estado que não seja membro da OUA mas que seja convidado a aderir-lhe por acordo ente todos os Estados-Partes. Nos Estados aderentes, o Tratado e os Atos Uniformes entram em vigor sessenta dias após a data do depósito do instrumento de adesão. O Tratado não admite reservas, nos termos do seu art. 54.

Posteriormente à assinatura do Tratado constitutivo, aderiram à OHADA a Guiné-Conacri e a Guiné-Bissau¹¹.

O Tratado foi objeto de revisão em 17 de outubro de 2008.

III — Em 17 de abril de 1997 foi aprovado o Ato Uniforme da OHADA Relativo ao Direito Comercial Geral, que viria a ser revogado pelo Ato Uniforme da OHADA Relativo ao Direito Comercial Geral (doravante AU/DCG), de 15 de dezembro de 2010¹², e que corresponde a uma *segunda geração* do aprovado em 17 de abril de 1997.

¹¹ A Guiné-Bissau aderiu ao Tratado OHADA em 15 de janeiro de 1994, tendo depositado o instrumento de ratificação em 26 de dezembro de 1995; o Tratado entrou em vigor na Guiné-Bissau em 20 de fevereiro de 1996 (TIAGO SOARES DA FONSECA, *O ato uniforme relativo ao direito das sociedades e do agrupamento complementar de empresas: considerações gerais*, Lex: Lisboa, 2001, 23, n. 24).

¹² Publicado no Jornal Oficial da OHADA, n.º 23, de 15 de fevereiro de 2011.



O art.1.º, I e II, do AU/DCG (o único a integrar o seu Capítulo Preliminar) determina que "[q]ualquer comerciante, pessoa singular ou coletiva, incluindo as sociedades comerciais das quais sejam sócios um Estado ou qualquer outra pessoa de Direito Público, bem como qualquer agrupamento de interesse económico, cujo estabelecimento ou sede social se situe no território de um dos Estados Partes do Tratado relativo à Harmonização do Direito dos Negócios em África, adiante designados “Estados Partes”, está sujeito às disposições do presente Ato Uniforme.

Salvo disposição diversa, estão, igualmente, sujeitas ao presente Ato Uniforme, e nos termos adiante determinados, as pessoas singulares que tenham optado pelo estatuto do empreendedor [...]”¹³.

4. O Ato Uniforme da OHADA Relativo ao Direito Comercial Geral

O AU/DCG compreende nove livros, bem como um Capítulo Preliminar: o Livro I tem por objeto o estatuto do comerciante e do empresário, o Livro II, o registo comercial e do crédito mobiliário, o Livro III, o ficheiro nacional, o Livro IV, o ficheiro regional, o Livro V, a informatização do registo do comércio e do crédito mobiliário, do ficheiro nacional e do ficheiro regional, o Livro IV, o arrendamento profissional e o estabelecimento comercial, o Livro VII, os intermediários de comércio, o Livro VIII, a venda comercial e, o Livro IX, disposições transitórias e finais.

¹³ Tradução nossa.



A designação atribuída ao Ato Uniforme, centrando-o no Direito Comercial *geral* assume, à partida, que o mesmo se inseriria no ordenamento jurídico da OHADA em contraposição a regulações comerciais especiais. De facto, assim sucedeu: em 17 de abril de 1997, data aprovação do AU/DCG, foi também aprovado o Ato Uniforme relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e ao Agrupamento de interesse Económico (=AU/DSC-GIE), tendo por objeto particular as sociedades comerciais e o agrupamento de interesse económico.

A denominação do AU/DCG não é inteiramente harmónica com a delimitação material efetuada no art. 2.º do Tratado da OHADA para o *direito dos negócios*: se bem que não fosse utilizável para o Ato Uniforme a designação de *direito geral dos negócios* — porque manifestamente incorreta, por excesso — este também se não reporta exclusivamente ao *estatuto do comerciante*, que surge referido naquele preceito legal.

5. O âmbito da revogação do Direito Comercial interno

5.1. O artigo 10.º do Tratado da OHADA

Nos termos já assinalados a propósito do Tratado da OHADA, a entrada em vigor do AU/DCG determinou a revogação das normas do direito interno guineense que lhe fossem contrárias, designadamente as do Código Comercial. Mas com isso não se esgotam todas as questões que podem colocar-se no âmbito do



relacionamento entre o direito derivado da OHADA e o direito interno dos seus Estados-membros. Vejamos: na teoria geral das fontes do direito, a assinalada contrariedade normativa, resulta num caso de *revogação tácita, implícita* ou *por incompatibilidade*, isto é, que pode concluir-se de uma vontade legislativa que não explicita a vontade de revogar (*revogação expressa* ou *por declaração*).

Mas a teoria geral das fontes de direito conhece uma terceira modalidade de revogação: a *global*, que opera *por ramo de direito* ou *por instituto jurídico* (no CC da Guiné-Bissau, essa modalidade de revogação tem expressa consagração no n.º 3 do art. 7.º, ocorrendo pela circunstância de *a nova lei regular toda a matéria da lei anterior*).

Os atos uniformes da OHADA abrangem setores jurídicos unitários, seja por referência a ramos de direito — *v.g.*, Direito Comercial, Direito Contabilístico, Direito da Insolvência — seja a institutos singulares — *v.g.*, sociedades comerciais, transporte terrestre de mercadorias —, colocando-se, por isso, a questão adicional de saber se a sua eficácia revogatória atinge normas de direito interno, de um ramo de direito ou de um instituto objeto de um ato uniforme, mas que nele não tenham correspondência, no sentido de não serem contrárias ao direito uniforme.

A solução da questão prende-se com a interpretação da norma do art. 10.º do Tratado que institui a OHADA, que não é doutrinariamente pacífica: para uma tendência, o preceito deve ser — amplamente — interpretado no sentido de que o direito uniforme da OHADA produz a revogação global do direito interno sobre a matéria em causa; uma outra tendência — restrita —



sustenta que a revogação do direito interno é limitada às normas em situação de concreta incompatibilidade com o direito uniforme¹⁴.

A primeira via interpretativa, evitando juízos de incompatibilidade *norma-a-norma*, apresenta a vantagem da simplificação aplicativa, mas também a desvantagem de potenciamento de lacunas, nos casos antes cobertos pelo direito interno e que não o são pelo direito derivado da OHADA. A segunda via de interpretação, preservando o direito interno não contrário ao direito uniforme, evita a criação de lacunas, mas pela admitida concatenação normativa, de dois níveis, potencia conjuntos normativos efetivamente diversos em cada um dos Estados-membros, e, alegadamente, desarmonias na solução de questões idênticas¹⁵.

O argumento da *desarmonia* prova, todavia, demais: é que atenta a aplicação imediata do direito da OHADA nas ordens jurídicas internas dos Estados-Partes (art. 10.º do Tratado), a invocada desarmonia só pode verificar-se em *área a descoberto* desse direito, que, portanto, está fora dos interesses regulatórios da OHADA; uma tal desarmonia é, portanto, neutra no confronto da

¹⁴ Cf., entre outros, SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., 45 e 46; CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 56 e ss., tendo em vista do direito interno guineense relativo à garantias especiais das obrigações.

¹⁵ JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, OHADA. *Harmonization du droit des affaires*, cit., 134; CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 57.



OHADA¹⁶.

A primeira via interpretativa do art. 10.º do Tratado, a restrita, parece-nos, pois, mais bem fundada, sendo, também, a que atinge um melhor resultado do ponto de vista do problema das lacunas de direito interno.

O alcance do art. 10 do Tratado foi já objeto de um parecer do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem (doravante, TCJA), solicitado pela Costa do Marfim e emitido nos termos do art. 14, II, do Tratado, tendo o tribunal perfilhado o sentido interpretativo restrito¹⁷; o parecer não é vinculativo para a entidade que o solicita, mas é improvável que os seus entendimentos tendentes a assegurar uma interpretação e aplicação comuns do Tratado, dos regulamentos de aplicação, dos atos uniformes e das decisões, não sejam acatados pelas autoridades dos Estados-Partes, uma vez que as decisões destes podem, em última análise, vir a ser sindicados pelo TCJA¹⁸.

Partilha-se, assim, da interpretação do art. 10.º do Tratado

¹⁶ Julgamos ser próximo o entendimento de CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, 74, pese embora nos parecer equívoca a utilização que faz a A. da locução *objeto* (dos AU), que tanto pode significar, no seu discurso, a *questão regulada* como o *ramo de direito/instituto jurídico*.

¹⁷ Parecer n.º 001/2001/EP. O referido Parecer corresponde a uma mudança na orientação da jurisprudência do TCJA, que, inicialmente, sustentara a tese da revogação global; sobre o assunto, cf. CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 66 e ss.

¹⁸ SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., 34; BORIS MARTOR/NAVETTE PILKINGTON/DAVID S. SELLERS/SÉBASTIEN THOUVENOT, *Business Law in Africa: OHADA and the harmonization process*, 2.ª ed., GMB, 2007, 10, 18 e 19.



OHADA no sentido de que a revogação provocada pelos atos uniformes no direito interno do Estados Partes não é global; ao contrário, trata-se de revogação individualizada, que só atinge, portanto, as disposições normativas internas que sejam contrárias ao direito uniforme da OHADA, sendo tal revogação de qualificar — num plano analítico que parta, como objeto do AU, de um *ramo do direito* ou de um *instituto jurídico* — como *parcial*¹⁹.

5.2. O âmbito de aplicação do AU/DCG

I — O AU/DCG abre com uma delimitação do seu âmbito de aplicação, declarando-se no seu art. 1.º, I, II e III, que «[q]ualquer comerciante, pessoa singular ou coletiva, incluindo quaisquer sociedades comerciais nas quais um Estado ou uma pessoa de direito público seja sócio, bem como todos os agrupamentos de interesse económico, cujo estabelecimento ou sede social se situe no território de um Estado Parte do Tratado relativo à Harmonização do Direito dos Negócios em África, abaixo denominados “Estados Partes”, está sujeito às disposições do presente Ato Uniforme.

Salvo disposições diversas, estão, igualmente, sujeitos ao presente Ato Uniforme e nos termos adiante determinados, as pessoas singulares que tenham optado pelo estatuto do empreendedor.

¹⁹ Subscrevem-se, assim, as conclusões de CLÁUDIA MADALENO (*As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 75 e ss.) sobre a interpretação do art. 10.º Tratado da OHADA, bem como sobre o âmbito da revogação produzida pelos AU no direito interno dos Estados Partes.



Os comerciantes e os empreendedores ficam também sujeitos às leis do Estado Parte no qual que se situe o seu estabelecimento ou sede social e que não sejam contrárias ao presente Ato Uniforme. [...]»²⁰.

Para os efeitos que agora nos interessam, o preceito releva dois aspetos importantes: (i) que a delimitação do âmbito de aplicação se faz através de um critério subjetivo: a qualidade de comerciante ou de empreendedor; (ii) que, nas áreas não cobertas pelo AU/DCG, esses sujeitos ficam sujeitos ao direito interno dos Estados-Parte que lhes seja aplicável.

Note-se, antes de mais, que o sentido razoável da última norma citada é o de que comerciantes e empreendedores ficam sujeitos à legislação interna não contrária ao AU/DCG *enquanto detentores dessa qualidade pessoal e por causa dela*. A disposição supõe, pois, uma legislação nacional cujo critério de aplicação seja essa qualidade pessoal, desconsiderando se o Direito Comercial interno obedece a uma matriz subjetivista ou objetivista.

O AU/DCG, por seu turno, tem os seus institutos subjetivamente delimitados, ao que só parece constituir exceção o arrendamento para uso profissional (arts. 101 e ss.). Se, por um lado, existe no AU/DCG uma objetivação da noção de *ato de comércio*, uma tal objetivação é *impura* e, em certos casos, mesmo contraditória²¹.

II — A concatenação entre o AU/DCG e o Direito Comercial interno da Guiné-Bissau suscita questões problemáticas que

²⁰ Trad. nossa.

²¹ *Infra*, 5.3.1.



parecem longe das preocupações das doutrinas francófonas e que se prendem com o facto de o direito da OHADA ter operado uma derrogação de um conjunto normativo objetivamente orientado através de legislação matricialmente subjetiva. Dito de outro modo, se, por um lado, o direito da OHADA preserva, em certos termos, a legislação nacional aplicável a comerciantes e empreendedores, por outro lado, o Direito Comercial Bissau-Guineense é, essencialmente aplicável aos atos de comércio, independentemente da qualidade de quem os pratica (comerciante ou não comerciante).

Vejamos a questão, partindo do AU/DCG, instituto a instituto.

No que respeita ao *ato de comércio*, o AU/DCG não fornece uma noção do mesmo, pese a conjugação dos arts. 3.º e 4.º permitir a conclusão de que se trata de um género, no qual se divisam as espécies *por natureza e pela forma*. Esta *esquemática conceptual-legal* só surgiu na segunda versão do Ato Uniforme; na verdade, no art. 3.º da primeira versão surgia uma enumeração expressa de atos de comércio, comportando *fontes* do carácter comercial objetivo, mas também subjetivo. Esta enumeração articulava-se com o conteúdo do art. 2.º, que determinava a noção de comerciante como *a pessoa que faça da prática de atos de comércio profissão habitual*.

Na articulação entre os dois preceitos, havia de entender-se que não era a prática profissional de quaisquer atos de comércio que atribuiria ao seu autor a qualidade de comerciante, desde logo porque alguns dos atos enumerados no art. 3.º só eram qualificados como comerciais porque praticados por comerciantes (*v. g., os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais*); ora esses, não podiam, sem



contradição lógica, ser considerados como a causa e, simultaneamente, como consequência da qualidade de comerciante. Registe-se, a tal propósito, que a doutrina francófona é praticamente unânime na exclusão dessa *função atributiva da qualidade de comerciante* aos atos de comércio qualificados — doutrinariamente — como *accessórios*, sendo que a expressão é utilizada com um sentido subjetivo, isto é, *atos acessórios à qualidade/profissão* de comerciante²².

Da potencialidade atributiva da qualidade de comerciante ficavam, pois, excluídos, no âmbito do art. 3.º do AU/DCG, (i) os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais e (ii) os atos praticados por sociedades comerciais (que o art. 1.º expressamente admitia como constituindo comerciantes).

Para além do que fica dito, a doutrina francófona é também unânime na negação da *função atributiva da qualidade de comerciante* aos atos cujo carácter comercial decorre da forma — tipicamente comercial — que adotam, e que a doutrina e, por vezes, a própria lei, qualificam como *atos de comércio pela forma*, de que são exemplos clássicos a letra de câmbio, a livrança e o cheque (no caso do AU/DCG, o art. 4.º assim os qualifica expressamente).

Compulsados estes dados verifica-se que, na doutrina francófona, os atos de comércio que têm a suscetibilidade de atribuir a qualidade de comerciante são os designados —

²² Na doutrina francesa podem cf., entre muitos outros, MESTRE/PANCRAZI, *Droit commercial*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 28.ª ed., 2009, 168; na doutrina da OHADA, cf., entre outros, AKÚÉTÉ PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruxelas: Bruylant, 2002, 78.



doutrinária e, por vezes, legalmente — atos de comércio *por natureza* ou, dito de outra forma, aquelas cuja comercialidade é *intrínseca*, não derivando de conexões exteriores²³.

Fazendo eco das delimitações operadas pela doutrina quanto aos atos de comércio que *servem* para a atribuição da qualidade de comerciante a quem os pratica profissionalmente, o art. 2.º do AU/DCG, na segunda versão, veio a ter acrescentada uma referência aos atos de comércio *por natureza*; fica, portanto, legalmente expresso que os atos de comércio enumerados no art. 4.º (atos de comércio pela forma) não têm a virtualidade de atribuição da qualidade de comerciante, o que, todavia, nunca parece ter suscitado dúvidas na doutrina francófona.

A acompanhar essa alteração produzida no art. 2.º (noção de comerciante), o art. 3.º viu-se também alterado pela introdução de uma noção de ato de comércio *por natureza*, que se combina com a original enumeração dos atos de comércio aí contida.

Optou, assim, o legislador da OHADA, na determinação dos atos de comércio, por um incomum sistema de combinação de uma — já por si incomum — definição legal com uma enumeração, sendo

²³ Este panorama doutrinário não é muito diverso do português, no que tange à interpretação do art. 13, 1.º, do CCom, havendo apenas a assinalar que a *acessoriedade* (subjéctiva) de que fala a doutrina francófona é, normalmente, reconduzida a uma categoria linguisticamente diversa, a dos *atos de comércio subjéctivos*, não obstante alguns autores se expressarem em termos de *acessoriedade subjéctiva*. Considere-se ainda, que a doutrina portuguesa identifica no CCom uma subcategoria de atos de comércio, *por acessoriedade*, fórmula que tem um sentido objectivo, isto é, de comercialidade transmitida por conexão com outro ato de comércio, de que são exemplos, o empréstimo, o penhor e o depósito.



que a construção legal da norma aponta para a integração de todos os actos identificados na enumeração da noção de ato de comércio *por natureza*.

5.3. A determinação dos atos de comércio no AU/DCG e o confronto com o CCom

5.3.1. Considerações gerais

I — A redação do art. 3.º do AU/DCG foi duplamente modificada na segunda versão desse ato normativo.

Com efeito, onde antes figurava uma enumeração expressa dos atos de comércio²⁴, passou a constar, na segunda versão desse Ato

²⁴AU/DCG, art. 3.º, versão originária: São considerados actos de comércio, nomeadamente:

- *A compra de bens, móveis ou imóveis, para revenda;*
- *As operações bancárias, de bolsa, de câmbio, de corretagem, de seguros e de expedição;*
- *Os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais;*
- *A exploração industrial de minas, pedreiras e de todos os jazigos de recursos naturais;*
- *As operações de locação de móveis;*
- *As operações de manufaturas, de transporte e de telecomunicações;*
- *As operações de intermediários de comércio, tais como a comissão, corretagem, agências, bem como as operações de intermediação para a compra, subscrição, venda ou locação de imóveis, de estabelecimentos comerciais, de ações ou de partes de sociedades comerciais ou imobiliárias;*



Uniforme, por um lado, uma noção de ato de comércio *por natureza*, e, por outro lado, a anterior enunciação dos atos de comércio, agora considerados como tal *por natureza*.

Lê-se no art. 3.º AU/DCG, na sua segunda versão, o seguinte²⁵:

O ato de comércio por natureza é aquele pelo qual alguém intervém na circulação dos bens que produz ou adquire ou pelo qual realiza prestações de serviços com a intenção de disso retirar um proveito pecuniário. São atos de comércio por natureza, designadamente:

- A compra de bens, móveis ou imóveis, para revenda;*
- As operações bancárias, de bolsa, de câmbio, de corretagem, de seguros e de expedição;*
- Os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais;*
- A exploração industrial de minas, pedreiras e de todos os jazigos de recursos naturais;*
- As operações de locação de móveis;*
- As operações de manufaturas, de transporte e de telecomunicações;*
- As operações dos intermediários de comércio, tais como a comissão, a corretagem e a agência, bem como as operações de intermediação para a compra, a subscrição, a venda ou a locação de imóveis, de estabelecimentos comerciais, de ações*

– Os atos praticados por sociedades comerciais.

²⁵ A trad. portuguesa é nossa.



ou de partes de sociedades comerciais ou imobiliárias;

– Os atos praticados por sociedades comerciais.

No que respeita à análise da noção legal de *ato de comércio*, notaremos desde já, dois aspetos: (i): que a noção se limita aos atos de comércio *por natureza*; (ii) que a noção não se limita — como as clássicas definições doutrinárias — a atos de intermediação especulativa, abrangendo também *atos de intervenção na circulação de bens que o autor do mesmo adquire ou produz e prestações de serviços*.

Notaremos, também, que a nova redação do art. 3.º, limitando-o aos atos de comércio *por natureza*, criou um problema de compatibilidade entre a definição e enunciação. Na verdade, tendo agora a *natureza* do ato de comércio estatuto normativo, deve ser procurado o conteúdo do conceito *por natureza*, sendo que o mesmo não pode senão significar que o carácter comercial é intrínseco ao ato, não decorrendo de meras ligações exógenas. Ora, a comercialidade intrínseca não se verifica, manifestamente, em relação a todos os atos integrados na enumeração, não podendo assim, considerar-se como atos de comércio por natureza *os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais e os atos praticados por sociedades comerciais*; a nova redação do art. 3.º trouxe, pois, a necessidade de interpretar restritivamente a sua enumeração, negando aos atos já identificados a qualidade de atos de comércio por natureza.

Na verdade, se os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais e os atos praticados por sociedades comerciais têm a sua



comercialidade determinada em função da qualidade — de comerciante — de quem os realiza, devem antes considerar-se como atos de comércio subjetivos, na terminologia doutrinal lusófona, ou acessórios à profissão comercial, na terminologia francófona.

As qualificações como atos de comércio por natureza dos contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais e dos atos praticados por sociedades comerciais não são exatamente paralelas; em termos rigorosos, a primeira assenta numa perspetiva bilateral (contratos em que ambas as partes sejam comerciantes) e, a segunda, numa perspetiva unilateral (atos jurídicos realizados por uma sociedade comercial, independentemente de a sua estrutura ser bilateral ou unilateral); é manifesto que a reunião destas duas qualificações na mesma categoria de atos jurídicos assenta na qualidade de comerciante do(s) seu(s) autor(es), suscitando-se, por isso a questão de saber a diferente perspetiva de redação — bilateralizada, num caso, unilateralizada, no outro — tem alguma justificação material. Se a qualificação do ato como comercial assenta, em ambos os casos, na qualificação de comerciante, compreende-se mal que a estrutura do ato jurídico condicione a qualificação, sendo menor a exigência qualificativa no caso de atos praticados por sociedades comerciais do que relativamente aos atos praticados por comerciantes em nome individual.

É que se a delimitação legal da comercialidade dos contratos celebrados entre comerciantes relativos às *necessidades das respetivas atividades comerciais* se compreende bem em relação a comerciantes em nome individual (como *separador* dos negócios que respeitem à sua profissão e dos que respeitem à sua *vida civil*),



justificando-se, assim, a omissão de uma tal referência em relação aos *atos praticados por sociedades comerciais*, já não se compreende que no primeiro caso se refiram *contratos* e, no segundo, *atos*. Supomos, assim, que a redação *contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais* não reflete, por demasiado restritiva, o espírito que lhe preside, que alcança, por um lado, os atos jurídicos do comerciante em nome individual *relativos às necessidades da sua atividade comercial*, sejam contratos ou atos jurídicos unilaterais, e, por outro lado, no caso de contratos, seja a contraparte comerciante ou não comerciante. Para uma tal convicção concorre o entendimento de que a previsão *os contratos celebrados entre comerciantes relativos às necessidades das respetivas atividades comerciais* corresponde à consagração legal da categoria francesa de origem jurisprudencial *ato de comércio acessório à profissão de comerciante*, que produz a qualificação comercial independentemente da estrutura, bilateral ou unilateral, do ato²⁶.

Na doutrina portuguesa é absolutamente dominante a interpretação da complexa fórmula literal do art. 2.º, segunda parte, do CCom ... *se o contrário do próprio ato não resultar* como uma delimitação objetiva, no sentido de que o ato praticado pelo comerciante que não seja (comercialmente) típico nos termos da primeira parte do preceito, só poderá considerar-se comercial se tiver conexão com o comércio do seu autor, ainda que meramente presumida. Ora, se a isto acrescentarmos que *ato de natureza exclusivamente civil* é que não se conecta com o comércio em

²⁶ Próximos, AKÚÉTÉ PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOÉ, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 70.



qualquer contexto que seja e ainda que praticado por comerciante, julgamos poder admitir que o art. 2.º, segunda parte, do CCom foi derogado pelo art. 3.º do AU/DCG (já na primeira versão), com novação do título da regra, que permanece essencialmente a mesma. Só não se admite a revogação do mesmo na medida em que o preceito determina a qualificação, como atos de comércio, das *obrigações dos comerciantes* (o que tem que ser convenientemente interpretado, não no sentido, portanto, de fazer equivaler atos jurídicos e o seu conteúdo, mas antes no de que são consideradas comerciais as obrigações contraídas por comerciantes). Esta determinação do CCom não está expressamente compreendida no art. 3.º do AU/DCG²⁷, e, não conflituando com o mesmo, deve considerar-se em vigor.

As obrigações contraídas por comerciantes serão, pois, consideradas comerciais se não forem *de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar*.

5.3.2. O contrato de compra e venda

No art. 3.º AU/DCG prevê-se, antes de mais, a comercialidade da aquisição de bens, móveis ou imóveis, com o objetivo de os revender.

²⁷ Próximos, AKUÉTÉ PEDRO SANTO/KOFFI MAWUNYO AGBENOTO, no comentário do AU/DCG contido em *OHADA – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 [s.l.], 245, que referem, a propósito do art. 3.º, manter utilidade a categoria dos atos de comércio por acessoriedade, permitindo *estender a comercialidade aos quase contratos e aos delitos*.



Notar-se-á, em primeiro lugar, que o AU/DCG não define, para os seus próprios efeitos, o que seja *compra*, pressupondo, portanto, um tipo contratual de direito interno que, no caso da Guiné-Bissau, é o da *compra e venda* (art. 874 CC) e que a qualificação comercial se reporta apenas a um dos lados da relação jurídica: a *compra*²⁸; mas notar-se-á, também, que o último Livro do AU/DCG — o VIII — é especialmente dedicado à *venda* comercial.

O confronto entre a norma do art. 3.º, na parte relativa à comercialidade da compra, com o regime dos arts. 234 e ss. é passível de gerar estranheza.

Não vai aqui *encarecer-se* o facto de o art. 3.º se reportar à comercialidade da compra e o regime do Livro VIII se referir à *venda* comercial; tal poderá, eventualmente, consistir numa mera diferença, irrelevante, de perspetivação regulatória.

Veja-se, porém, que, na delimitação do âmbito de aplicação das regras do Livro VIII, refere o art. 234 que as disposições desse livro se aplicam aos contratos de *venda de mercadorias entre comerciantes*.

Parece, assim, a uma primeira análise, que são diversas as situações de facto reportadas por cada uma daquelas normas; não,

²⁸ Algo críticos relativamente a esta técnica, francófona, da qualificação comercial da compra e venda, referem MESTRE/PANCRAZI, *Droit commercial*, cit., 35, reportando-se ao art. L110-1 do *Code de commerce 2000* (antigo art. 632 do *Code de commerce* de 1807), “[a] operação deve consistir numa compra, isto é, numa aquisição a título oneroso, propondo-se o adquirente revender a coisa. Ele realiza ainda um ato de comércio ao revendê-las (ainda que, textualmente, o artigo L. 110-1 não declare ato de comércio senão a compra para revenda, admite-se facilmente que a *revenda* é, também, um ato de comércio” (trad. nossa).



certamente, pela mera variação da perspectiva contratual — compra, de um lado, e venda, do outro —, mas porque a primeira tem, necessariamente, uma delimitação objetiva (já que se trata de atos que, se praticados profissionalmente, conferem a qualidade de comerciante a quem os realiza) e, a segunda, uma delimitação subjetiva; dito de outro modo, à qualificação da compra como comercial (art. 3.º) só importa o objetivo de (re)venda do bem que é seu objeto e não a qualidade — de comerciante ou não comerciante — de quem a realiza, sendo que a norma do art. 234 exige para a qualificação comercial do negócio (atenta a designação do livro em que se insere) que ambas as partes sejam comerciantes, embora tal condição não seja suficiente para o efeito.

O alcance da conclusão retirada do art. 3.º é, todavia, muito limitada. Visasse o legislador da OHADA uma regulação objetivada da compra comercial e ter-lhe-ia, seguramente, dado um regime, à semelhança do que sucede nos arts. 463 e ss. do CCom, o que não ocorre.

O alcance da qualificação comercial da compra no art. 3.º é apenas o de suportar a determinação como comerciante de quem a tais atos se dedique profissionalmente (art. 2.º). E com isto pretende concluir-se que não é viável a interpretação do art. 3.º como *fundador* de um regime da compra como ato de comércio objetivo, o que, em abstrato, pode ser compatível com a permanência em vigor da regulação do contrato de compra e venda do CCom., que é de matriz objetiva.

É inegável que o legislador da OHADA quis sujeitar ao regime do Livro VIII as compra e vendas de mercadorias verificadas entre comerciantes, mas seria destituído de fundamento pretender que



uma venda que não corresponda ao tipo legal do art. 234 AU/DCG deva, na perspectiva desse mesmo legislador, ser necessariamente regulada pelo Direito Civil; um tal raciocínio bastar-se-ia com um preconceito: o de que o ordenamento não pode comportar mais do que um regime de comercialidade, nem articulações de vários regimes comerciais em termos de generalidade/especialidade.

Em verdade, se bem atentarmos no art. 234 AU/DCG, o que daí resulta é a intenção legislativa de sujeitar ao regime do Livro VIII as vendas — e, necessariamente, as respetivas compras — que tenham por objeto *mercadorias* e cujas partes, vendedor e comprador, tenham a *qualidade de comerciante*. Seria contrário a tal determinação sujeitar tais negócios a um regime jurídico interno, comercial ou civil, diverso. Nessa medida, deve entender-se que o regime da venda comercial do AU/DCG derroga o regime comercial guineense da compra e venda, constante dos arts. 463 e ss. do CCom., que assim é *desaplicado* quanto aos negócios desse tipo que tenham mercadorias por objeto e cujas partes sejam comerciantes. No mais, isto é, em relação a negócios de compra e venda abrangidos no âmbito do art. 463 CCom, mas que não tenham mercadorias por objeto e/ou por comerciantes (todas) as partes, não parece que exista conflito entre o regime do AU/DCG e do CCom. Nessa medida, o regime interno guineense da compra e venda permanece vigente, amputado, todavia, dos negócios regulados pelo Livro VIII do AU/DCG, abrangendo, em particular, a compra com objetivo de posterior venda, de bens móveis, “[...] em bruto ou trabalhadas, ou simplesmente para lhes alugar o uso [...]”, realizada entre um comerciante e um não comerciante ou entre dois não comerciantes e/ou cujo objeto não consista em *mercadorias*, independentemente das qualidades que tenham as



partes.

Uma última nota para destacar que o art. 3.º estabelece a comercialidade da compra de imóveis para revenda, aproximando-se da configuração do direito francês após 1967, ano em que foi introduzida em França a qualificação comercial expressa da intermediação imobiliária.

Os imóveis e os negócios que os têm por objeto estão historicamente afastados do âmbito do Direito Comercial. No núcleo histórico mais antigo do Direito Comercial está a compra e venda do que é *móvel*, comprando a mercadoria barata no local em que é produzida, transportando-a para locais onde é rara, apreciada e se pode beneficiar de uma diferença apreciável no preço de (re)venda, que permita cobrir os custos do manuseio e do transporte, por um lado, e garantir uma parte em lucros para o mercador.

Compreende-se, assim, a quase nenhuma importância dos bens imóveis para o desenvolvimento histórico do Direito Comercial por um lado, e, por outro lado, o grande desenvolvimento que o contrato de transporte, particularmente o marítimo, teve no quadro do Direito Comercial *clássico* (recorde-se que uma significativa parte dos códigos comerciais oitocentistas é dedicada ao comércio marítimo, de que são exemplos o Livro II do Código de Comércio italiano de 1882 e o Livro III do CCom).

Na qualificação comercial da compra de imóveis para revenda, o direito da OHADA aproxima-se, assim, do direito francês, que, pela Lei de 13 de julho de 1967 qualificou como atos de comércio a aquisição de imóveis para revenda, modificando o originário art.



632 (atual art. L 110-1 do *Code de commerce 2000*)²⁹.

João Espírito Santo

²⁹ Cf. MESTRE/PANCRAZI, *Droit commercial*, cit., 37.