



Actuação do Gerente de Comércio por Conta e Tutela da Contraparte

Manuel Carneiro da Frada*

Francisco Mendes Correia**

*Dedicado a Pedro Pais de Vasconcelos,
académico e advogado.*

1. Propósito geral; um caso paradigmático para um modelo de decisão paradigmático

I - No âmbito empresarial, a disciplina jurídica da substituição, ou do agir por outrem, tem uma importância particular, por isso que nele interagem organizações complexas de pessoas, importando de modo muito especial a segurança, a transparência e a univocidade da imputação dos efeitos correspondentes aos actos praticados no tráfico jurídico pelo gerente de comércio.

O presente estudo pretende chamar a atenção para algumas especificidades, não suficientemente valoradas, do nosso direito mercantil a tal respeito, colocando-as no contexto das soluções e

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

** Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



alternativas aprestadas pelo direito comum: de modo a fazer ressaltar a particularidade da resposta que a tradição comercialística dá a problemas que não podem, nem devem ser unilateralmente perspectivados a partir dos quadros do direito civil.

De harmonia com o “método do caso” - que justificamos em outra ocasião -, considerar-se-á uma situação paradigmática, inspirada na prática forense em torno das relações contratuais de um certo consórcio; a fim de delinear a partir dela linhas argumentativas e modelos de solução que, valorizando o legado decantado da prática comercial e harmonizando-o com concepções já desenvolvidas noutros locais¹, o situe e esclareça melhor perante o pano de fundo do direito comum.

II – Consideremos o seguinte “caso-base”².

Duas sociedades (*A* e *B*) formaram um consórcio (*C*) com vista à realização de determinado empreendimento, tendo uma reputada firma de engenharia (*F*) sido encarregada por elas do desenvolvimento desse projecto.

No âmbito dessa função, a referida firma (*F*) contactou uma empresa terceira (*T*) para apresentar às sociedades em consórcio um

¹ O presente estudo foi elaborado pelo primeiro dos Autores, com a colaboração do segundo. Teve a sua origem próxima num parecer subscrito por ambos.

Nele se revisitam temas e testam orientações que foram já objecto de reflexão do primeiro dos Autores em escritos seus anteriores e que vão adiante referenciados.

² Para uma justificação do método do caso subjacente a este escrito, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil/Responsabilidade Civil (O método do caso)*, Coimbra, 2011 (reimpr.), 133 ss.



orçamento de execução de uma empreitada requerida para a execução do aludido projecto.

Satisfeito o pedido de orçamento, *F* comunicou a *T* a aceitação da proposta apresentada por parte das sociedades consorciadas, e a contratação de *T* para a referida empreitada.

Os trabalhos iniciaram-se e desenvolveram-se, tendo sido emitidas diversas facturas, validadas por *F*, que expressamente aprovou os autos de medição subjacentes.

A sociedade *A* chegou a satisfazer a *T* várias delas.

B, contudo, recusou pagar as demais, assim como quaisquer outras que futuramente viessem a ser apresentadas.

Alegou que, em virtude do contrato de consórcio que celebrou com *A*, só lhe cabia suportar certos custos do projecto, e que não havia conferido quaisquer poderes a *F* para contratar a *T*; pelo que não se encontrava vinculada ao pagamento de tais facturas.

T entende, contudo, que *B* é solidariamente responsável com *A* pelos pagamentos a que tem direito como empreiteiro contratado para a realização da referida obra.

III - A situação descrita, inspirada num conflito real, ilustra um certo tipo de problemas susceptível de surgir no âmbito daquilo que, dentro da cooperação entre sujeitos, pode genericamente designar-se o “agir por outrem” no tráfico jurídico³ e a importância de,

³ A noção é muito ampla. Para ela, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral, II (Acções e factos jurídicos)*, 2ª. edição, Coimbra, 2003, 242-243. Entendemos que



particularmente no domínio da vida comercial e das empresas, a ordem jurídica proporcionar soluções fáceis, seguras e expeditas para resolver a quem se devem imputar os efeitos e as consequências dos actos praticados.

Casos paradigmáticos requerem modelos de decisão paradigmáticos, mobilizando os argumentos jurídicos pertinentes, tanto para a sua resolução, como tendo em vista a resposta a variações e desvios relativamente ao padrão de referência.

2. As questões e as dificuldades de um quadro de partida

I – A questão central que se coloca, numa situação como a descrita, é a de saber quem se encontra vinculado pelas obrigações decorrentes da empreitada celebrada. E qual o fundamento dessa vinculação.

Serão, portanto, *A* e *B* responsáveis pelo pagamento da obra realizada? Ou apenas *A*, uma vez que *B* alega não ter conferido quaisquer poderes a *F*, cabendo por isso a *A* suportar sozinho esse pagamento a *T*?

De harmonia com as exigências do direito comum da representação, dir-se-ia que tudo depende de saber se foram ou não

o agir por outrem é ordinariamente uma forma de cooperação entre sujeitos, tendo como uma das suas modalidades mais relevantes – como se verá - o mandato e a representação.



conferidos efectivamente a *F* por *B*, os poderes necessários à sua vinculação perante *T*.

II - Contudo, nem sempre é possível esclarecer suficientemente os factos. Por exemplo, se a pessoa (*F*) com quem o terceiro (*T*) contratou actuou efectivamente em nome de outrem, e de quem em concreto (no caso, *A* e/ou *B*), ou se ela se limitou a actuar por conta dele(s). E ainda, se, tendo agido efectivamente em nome de outrem, se encontrava realmente legitimada para o vincular.

Na verdade, a não demonstração da ocorrência de uma representação ou, caso ela tenha existido, a falta de comprovação da existência de poderes por parte de quem tenha agido como representante de alguém perante terceiro parece poder não ser – justificadamente! - suficiente, particularmente no âmbito comercial, para excluir uma vinculação do comerciante perante esse terceiro (*T*); pelo menos quando tal corresponde ao que tipicamente o terceiro pretendia verificar-se ao contratar.

São, pois, dois os problemas que podem surgir: dificuldades no apuramento da ocorrência, ou não, de uma actuação em nome de outrem, e incertezas quanto à existência de poderes representativos caso ela exista.

III – Segundo o direito comum, cabe àquele que queira deduzir pretensões contra o representado o ónus da prova, tanto da representação, como dos poderes do representante para vincular aquele.



O cumprimento deste encargo pode, todavia, ser árduo, difícil, ou mesmo impossível e, todavia justificar-se, no tráfico comercial, uma pretensão do terceiro contra o comerciante, seja ele uma sociedade comercial ou um comerciante em nome individual: por não ser razoável nem adequado aplicar-se então, em muitas circunstâncias, o regime-regra aplicável, da ineficácia do negócio em relação a eles. É, na verdade, central na nossa ordem jurídica a disposição segundo a qual, salvo ratificação, o negócio celebrado por quem não tem poderes representativos é ineficaz perante o representado, de harmonia com o disposto no art. 268.º/1, do Código Civil. Mais genericamente, a ineficácia corresponde de facto à consequência-regra da falta de legitimidade do sujeito para vincular outrem.

3. O regime geral da imputação ao comerciante do negócio celebrado por um gerente de comércio

I – O vetusto e – como se verá – sábio direito comercial português oferece, porém, uma resposta inequivocamente positiva, simples e directa à questão básica que colocamos: através do regime muito esquecido, mas nem por isso menos vigente, a que se subordina a actuação dos gerentes de comércio e os seus efeitos por força dos arts. 248.º e segs. do Código Comercial.

À luz desse regime, *F* deve, no exemplo posto, qualificar-se como um gerente de comércio, uma vez que, independentemente da designação, foi “proposto” por *A* e *B* para “tratar do comércio” de ambas (no lugar onde estas o exerciam ou noutra qualquer)”.



Por comércio entende-se naturalmente a actividade comercial, desenvolva-se ela ou não num concreto estabelecimento de “comércio”⁴.

Ora, depois de esclarecer que o mandato que para o efeito lhe haja sido conferido pode tê-lo sido “verbalmente ou por escrito”, o art. 249.º do Código Comercial estabelece que ele se “presume[-se] geral e compreensivo de todos os actos necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado”. E tal, “sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram”⁵.

A demonstração por parte do terceiro do concreto acto de

⁴ Como veremos, para efeitos do art. 248.º do Código Comercial, o gerente de comércio é aquele que desenvolve e dirige (a parte ou a totalidade de) uma actividade comercial do preponente. Nesse âmbito pode celebrar negócios atinentes a essa actividade com terceiros. Mas não tem de ser, necessariamente, o chefe do conjunto da empresa mercantil.

Sobre o nosso tema, e para diversos aspectos que a seguir abordaremos (também com conclusões que, no geral, acompanhamos), veja-se, como obra actual de referência, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição – Representação Comercial*, 2018, 2.ª ed., Coimbra, *passim*.

⁵ Num paralelo com o disposto nos arts. 268.º e 269.º do Código Civil, relativos à representação sem poderes e ao abuso da representação, os arts. 242.º e 249.º do Código Comercial tornam inoponíveis a terceiros de boa fé, respectivamente, as instruções particulares ou limitações especiais impostas pelo mandante ao mandatário comercial ou ao gerente de comércio. Vigora na gerência comercial, como veremos, um sistema de atribuição típica de poderes gerais, tendo o legislador adoptado o mandato completo como paradigma para delinear depois as soluções aplicáveis aos casos em que há instruções particulares ou limitações especiais (e, portanto, inesperadas no tráfico).



atribuição de poderes por parte do comerciante não se torna, portanto, necessária para a vinculação, perante ele, desse mesmo comerciante pelos actos praticados pelo seu gerente de comércio.

Mas mais longe do que isso: o art. 252.º, e o seu § único, estabelecem a vinculação do comerciante ainda quando o gerente não declarou actuar em representação do comerciante. Basta que tenha agido como gerente, isto é – adianta-se – que tenha actuado “por conta” do comerciante, como é próprio de quem gere um comércio alheio.

Com tal, o direito comercial prescinde mesmo da existência de representação para vincular o comerciante aos actos praticados pelo gerente. A prova (positiva) dos poderes de representação torna-se consequentemente desnecessária para a vinculação do comerciante.

Só não há imputação dos efeitos dos actos praticados pelo gerente ao comerciante na hipótese de ele ter actuado por conta própria: nessa situação, tal qual se prevê no art. 252.º - e *a contrario* do que se estabelece no seu § único -, compreende-se que só o gerente fique vinculado: afinal, não actuou ostensivamente, aos olhos da contraparte, como gerente, mas enquanto titular de um negócio próprio; os efeitos do seu acto apenas o devem atingir a ele, encontrando-se-lhes poupado o comerciante.

A solução é expedita, simples e segura, amplamente protectora de terceiros.

No nosso caso-base, tanto *B* como *A* - como proponentes que eram de *F* à frente do comércio que lhes cabia -, haveriam, portanto, de reputar-se vinculados pelos actos de *F* e, logo, ao pagamento a *T* do preço da empreitada.



E, como existia pluralidade de proponentes, a sua responsabilidade era solidária, nos termos do art. 251.º § 1º do Código Comercial.

Tudo representa um patente desvio ao disposto no art. 268.º/1 do Código Civil: pois no direito comum, tanto a falta de comprovação da existência de representação, como toda a limitação de poderes que venha a verificar-se, implica uma ineficácia do negócio por falta de legitimidade; ilegitimidade que é, à partida e como princípio geral, plenamente oponível pelo titular da esfera jurídica (representado) ao terceiro.

II – Vale, porém, a pena aprofundar e esclarecer melhor o modelo de decisão daqui resultante.

Tudo gira em torno da noção de gerência comercial. Parece ser este o eixo do regime jurídico-comercial, e não já, como no direito comum (civil), a representação ou o negócio atributivo de poderes representativos: pois, tal qual vimos, o direito comercial chega a imputar ao comerciante efeitos fora, ou para lá, de qualquer hipótese de representação, bastando-se com uma “actuação por conta” do gerente.

Em si, a gerência comercial pode provar-se com recurso a múltiplas circunstâncias. São, contudo, notas da gerência que o sujeito tenha sido

- (i) encarregado de desenvolver com autonomia e poder de direcção certas tarefas e competências unificadas (um “comércio”) correspondentes, ou a uma



- empresa⁶ autónoma, ou integradas no seio de uma empresa mais vasta,
- (ii) relacionando-se como tal com terceiros por conta e no interesse de tal organização.

III - Estabelecida a gerência comercial, os efeitos dos actos praticados pelo gerente no exercício do comércio imputam-se, à partida, ao *dominus*, o comerciante.

De harmonia com o disposto no art. 249.º do Código Comercial, é o comerciante quem, caso queira eximir-se aos efeitos dos actos por aquele praticados, tem de fazer a prova positiva de que o terceiro conhecia uma hipotética inexistência ou limitação dos poderes daquele gerente. Ou, de acordo com o referido no art. 251.º do mesmo preceito, há-de ser o comerciante a demonstrar que o gerente actuou em nome próprio de modo recognoscível perante terceiro.

De outro modo, tem de considerar-se vinculado em homenagem às expectativas da contraparte no negócio.

Quer dizer que o ónus da prova, para o terceiro, se “encurta”: cinge-se à demonstração da gerência, a partir da qual se presume a existência de poderes do gerente; sendo que, mesmo que estes não

⁶ Usamos a expressão em sentido amplo, sem a vincular a uma reflexão jurídica rigorosa sobre o termo e a realidade subjacente, situada fora do nosso propósito. Sobre estes, *colorandi causa*, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I, 1967, Lisboa, 96 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. I, 1998, Lisboa, 137 e segs.; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 2020 (reimpr.), 12.ª ed., 201 e segs.



existam, nem por isso deixa de haver imputação do acto ao comerciante se o gerente actuou por conta dele.

E, para facilitar ainda mais a tutela de terceiros face à dificuldade em identificar, caso sejam vários, os comerciantes por conta dos quais o gerente actua, refere ainda o art. 251.º, § 1.º, do Código Comercial, que sendo vários os proponentes – como no caso-base o eram *A* e *B* -, “cada um deles será solidariamente responsável.”

Assim se reforça a tutela de terceiros que contactam em simultâneo com um comércio com pluralidade de titulares; quando se não torna claro que foi apenas um concreto de entre eles que instaurou a relação de gerência, ou não podendo eles saber se, ou distinguir por conta concretamente de quem o gerente de comércio actuava ou pretendia actuar.

4. (cont.) A representação e, no seu lugar, o requisito da actuação do gerente por conta como requisito suficiente

I – Conforme dispõe o § único do art. 252.º, se a negociação tiver sido feita por conta do proponente, o contratante tem a “opção de accionar o gerente ou o proponente” (mas não poderá demandar ambos).

O significado da disposição parece claro: trata-se de favorecer o terceiro, não de o compelir a exigir o cumprimento do contrato do comerciante (que o recusa) se porventura preferir fazê-lo do



gerente⁷. (A tutela está à sua disposição, não lhe é imposta.)

O que, se for essa a opção do terceiro, pode gerar uma responsabilidade pessoal do gerente pelo cumprimento de um negócio que não celebrou, afinal, para si, e que pode mesmo ter celebrado em representação de outrem, embora sem poderes.

Nesta última situação teremos uma hipótese similar à do § 179 do BGB; preceito que, ao contrário do que decorre dos princípios gerais do nosso direito, determina a vinculação do representante sem poderes perante a contraparte, à escolha desta, ou ao cumprimento ou à indemnização pelo incumprimento, quando o representado nega a ratificação. Em Portugal, semelhante solução não está genericamente prevista como solução de direito comum: só se contempla no âmbito da gerência comercial, não para qualquer representante fora da veste de gerente.

II – Mas voltemos à imputação da eficácia do negócio ao comerciante: do ponto de vista dogmático um aspecto ressalta: ainda quando o gerente tenha agido em nome próprio ou, actuando em nome alheio, se tenha demonstrado a ausência de poderes representativos para o efeito, há uma produção de efeitos na esfera do comerciante que decorre da simples actuação por conta do gerente no âmbito do comércio de que foi encarregado.

A actuação por conta como que toma o lugar da atribuição de poderes que acompanha a representação. Sem dúvida que na origem

⁷ Por exemplo, também por ser difícil atingir o comerciante: pense-se no gerente de uma filial de uma empresa sediada no estrangeiro.



podem ter contribuído para a solução da lei as vicissitudes da destrinça entre a representação e a relação subjacente, que só tardiamente se impôs⁸. Facto é que, lida com olhos de hoje, essa solução faz todo o sentido, pois a actuação por conta prova-se com facilidade a partir da gerência (como nota por ela tipicamente implicada), enquanto a legitimidade representativa não.

Mas é também interessante notar que o regime vai mais além do que resulta do mandato sem representação, sabido que essencial para o mandato é, de acordo com o art. 1157 do Código Civil, a actuação por conta e não a representação.

No mandato sem representação, com efeito, o mandante deve sempre assumir as obrigações contraídas pelo mandatário no exercício do mandato que lhe conferira (cfr. o art. 1182.º CC), uma vez que as obrigações em que este incorreu o foram por conta dele. Só que nada mais do que isso: no direito comum, o terceiro não tem acção directa contra o mandante.

Diferentemente tratando-se de um gerente de comércio. Aqui e à partida, basta a simples actuação por conta para vincular e fazer responder o comerciante. Presume-se certamente a representação a partir da existência de uma actuação material como gerente (por conta do comerciante). Mas não parece ser nessa presunção da existência de poderes que radica o direito de terceiro: o art. 252.º § único, confere na verdade ao terceiro, ainda quando o gerente actua em nome próprio, direitos contra o comerciante, tão só mediante a prova da actuação por conta do gerente.

⁸ Cfr., em especial, Pedro de Albuquerque, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra, 2004, passim.



III – É desta forma, esquematicamente recordada, que o nosso vetusto e inteligente direito comercial responde a elementares exigências do comércio: a protecção dos terceiros que contratam com quantos actuam ostensivamente por conta de comerciantes à frente dos respectivos negócios; uma protecção que é incompatível com a pretensão daqueles que, tendo colocado à frente dos seus “comércios” certos sujeitos, vêm mais tarde alegar que lhes não conferiram poderes de representação.

5. A gerência como relação de “preposição” prototípica e as suas dimensões, interna e externa

I – Como se vê, todo o regime gravita em torno da noção de gerência.

A expressão abrange não só aqueles que, de modo ainda hoje perfeitamente ajustado à linguagem comum, merecem hoje ainda a designação de gerentes – como os muito justamente chamados “gerentes” de restaurantes, de dependências bancárias, de lojas –, mas também os que o são, em todo o caso, para o Código Comercial, como aqueles que desempenham funções profissionais de chefia em empresas: directores de departamento, de fábrica, de obra, etc.

Essencial à gerência comercial parece, assim, ser a função de direcção de um “comércio”: palavra a dar um sentido amplo e diversificado, que apela para um conjunto de tarefas



correspondentes, quando não a um “estabelecimento comercial”, em todo o caso a uma unidade operativa no seio da empresa⁹.

A locução não atinge, pelo contrário, os que foram encarregados de tarefas subordinadas, em organização empresarial alheia, como *v.g.*, caixeiros, viajantes ou representantes comerciais, e outros auxiliares. Estes inserem-se, tal qual os gerentes, numa organização comercial alheia, mas não detêm os poderes e a liberdade de movimento que inerem à função daqueles.

Compreende-se, contudo, que precisamente pela sua inserção na empresa comercial e pela actividade com relevo jurídico que nela muitas vezes desempenham – por exemplo, pela prática de actos jurídicos – se coloquem igualmente quanto a eles, com muita premência, problemas de imputação de tais actos ao comerciante titular da empresa. Noutro escrito tivemos já oportunidade de o apontar, e não é este o momento de o desenvolver¹⁰.

Importa-nos apenas salientar agora que o Código Comercial, não obstante dispor de preceitos, como os dos arts. 255.º a 260.º, que regulam também de forma muito razoável os reflexos do desempenho dessas funções subordinadas na esfera jurídica do comerciante, se encontra basicamente centrado no regime da

⁹ Os termos, como se recorda, são fluidos e não ignoram a diversidade do seu emprego pela doutrina. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, cit., 211 e segs., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., 96 e segs. e 687 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. I, cit., 103 e segs. e 137 e segs..

¹⁰ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa Colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, separata da Revista de Direito e Economia, vols. 16 - 19, (1990 - 1993), 45-53.



gerência, no âmbito do qual esses preceitos foram também formulados. Como que a sugerir que o padrão de referência é, efectivamente, o da gerência.

Dele cuidaremos, por conseguinte, apenas. Sem deixar de notar que muitas das nossas considerações se podem aplicar, com adaptações – aliás, por vezes, muito necessárias –, ao desempenho de outras funções de que alguém foi encarregado pelo comerciante.

Por palavras diferentes: a gerência é, para a lei comercial, a relação prototípica de “preposição”, em que alguém é “pré-posto” pelo comerciante para tratar dos seus assuntos¹¹. Daí o seu relevo dogmático, que procuraremos aprofundar.

II – Subjacentes à gerência comercial - mas também a outras situações de *preposição* em que o comerciante “pré-põe” alguém para tratar dos seus assuntos de comércio – podem existir diversos tipos de actos jurídicos, negócios ou quase-negócios, mediante os quais se instaurou a relação em causa.

Não é, porém, preciso que tais actos existam ou sejam válidos, porque a gerência é, para o Código Comercial, uma realidade de facto: não depende de um título negocial válido. Pois para a sua existência apenas releva o exercício efectivo, pelo gerente, de uma certa actividade por conta, revestida de tipicidade social. Basta, via de regra, que seja exercida por incumbência ou autorização do

¹¹ Fundamental sobre o tema, entre nós, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição – Representação Comercial*, cit. 553 segs.



comerciante¹².

Contudo, o habitual é que na estruturação jurídica da empresa mercantil exista um vínculo jurídico entre o “preposto” (gerente de comércio ou outro auxiliar) e o comerciante que o institui nas funções¹³.

Temos pois de distinguir, na gerência (como realidade de facto), entre a relação *interna* (ou subjacente) do preposto com o comerciante, e a relação *externa*, ou as diversas relações externas, que o gerente (preposto) enceta e mantém com terceiros no exercício da sua gerência (através dos actos que pratica e dos negócios que celebra).

III – O regime dos arts. 248.º e segs do Código Comercial que acima trouxemos à lembrança, considerámo-lo na perspectiva da imputação de efeitos da conduta do gerente ao comerciante que ele, logo numa primeira aproximação, possibilita, sem atendermos à

¹² Excluem-se em princípio as hipóteses em que o gerente usurpou um comércio alheio. Nestas hipóteses não actuará ordinariamente por conta, pois quererá manter a situação oculta de terceiros a fim de carrear para si os benefícios da sua actuação. (Mas se, não obstante a usurpação, o gerente continuar a actuar por conta, a imputação do acto ao comerciante não resulta linearmente do regime comercial, e dependerá de ponderações mais vastas de tutela da aparência, que poderão efectivamente conduzir, a nosso ver, a uma imputação de efeitos dos actos praticados pelo gerente ao comerciante como risco do comércio deste: cfr., a respeito, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 52 ss, em nota.)

¹³ No mesmo sentido, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição – Representação Comercial*, cit., 317 e 366-367.



relação que subjaz à gerência.

É esta que determina os direitos e deveres recíprocos entre o comerciante e o gerente: estabelecendo, *v.g.*, a obrigação do comerciante de, além ou independentemente da retribuição que possa ter sido acordada, ressarcir os prejuízos sofridos pelo gerente, ou de o reembolsar as despesas que este tenha feito; mas também vinculando o gerentes à prestação de contas e a entregar ao comerciante o que tiver obtido com a sua gerência; e responsabilizando-o pelos danos causados, ou a restituir ao comerciante aquilo com que se tiver locupletado se se apoderou do comércio alheio, aproveitando as suas oportunidades e negociando por conta própria.

São também flagrantes os paralelismos e conexões dos problemas e soluções com o regime da administração das sociedades comerciais (*de iure* ou *de facto*), a convocar uma maior aproximação e integração dogmático-sistemática (que a actual redacção do art. 80.º do Código das Sociedades Comerciais também incentiva)¹⁴.

Interessa-nos, contudo, agora, a dimensão externa da gerência. A relação interna pode interferir – e interfere, de facto – na construção dos termos da imputação ao comerciante dos actos praticados pelo

¹⁴ Avultará, entre outras, a dimensão da responsabilidade dos gerentes e administradores das sociedades, e a obrigação de restituir o enriquecimento que tenham obtido em violação dos seus deveres funcionais. Quanto a esta última, o regime da gerência comercial pode utilmente completar aquele regime, como noutra ocasião desenvolvemos: amparando, por exemplo a doutrina do aproveitamento das oportunidades societárias e dando base legal à obrigação de restituição dos lucros obtidos pelo administrador infiel: cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A obrigação de restituir dos administradores», in *Forjar o Direito*, 2ª. edição, Coimbra, 2019, 425 segs.



gerente. Há, ou pode haver, nesse sentido, uma sobreposição das dimensões externa e interna da relação de gerência do ponto de vista da tutela de terceiros.

Vê-lo-emos de seguida.

6. Gerência, actuação por conta e mandato comercial

I - É certamente *natural*, ou normal, que o gerente de comércio, por isso que foi colocado à frente de um comércio que lhe não pertence, e sabido que esse comércio se desenvolve, ou só se pode desenvolver, mediante a prática de actos jurídicos, detenha poderes de representação do comerciante.

Trata-se também de um mandato geral para o comércio em causa - que pode, aliás, ser meramente verbal, assim correspondendo também às necessidades de desformalização do tráfico comercial -, nos termos do art. 249.º do Código Comercial.

Mas a atribuição de tais poderes, sendo embora suficiente, não é requisito necessário, nem constitui condição *sine qua non* da gerência, nos efeitos que esta apresenta para com terceiros: pois é substituída, como vimos, pelo requisito da actuação por conta (como pressuposto suficiente de base).

Podem até existir razões para o comerciante não querer apetrechar este ou aquele seu gerente deste ou daqueles poderes de representação, sem por isso querer entorpecer o seu comércio e sem



deixar de os atribuir para outros efeitos. Tal não deve, em qualquer caso, prejudicar, nem a fluência do tráfico jurídico, nem os interesses de terceiros que contratam com o gerente.

Correspondentemente, a noção do art. 248.º do Código Comercial não refere nem implica, verdadeiramente, a atribuição de poderes de representação, mas tão-só a actuação por conta, inerente à investidura do sujeito na gerência de um comércio alheio.

A definição da lei consente, neste ponto, uma leitura impecavelmente congruente com a concepção de fundo que inspirou o legislador ao fixar a disciplina da gerência: o regime legal subsequente abarca, na verdade, situações de imputação de efeitos ao comerciante independente da existência de tais poderes por parte do gerente de comércio. Insistindo sempre: central é antes a conduta “por conta” do comerciante à frente do seu comércio.

II – Contudo e sem prejuízo, o exercício da gerência de comércio tem normalmente subjacente um mandato, e um mandato representativo.

O Código Comercial reflecte-o. A gerência é, de acordo com a sistematização adoptada, uma modalidade do mandato comercial, que é um mandato representativo¹⁵: ao contrário do mandato civil em que o que releva é apenas uma actuação por conta.

Tal expressa-se igualmente na distinção entre o mandato comercial comum (que envolve representação, nos termos dos arts. 231.º e segs.) e a comissão, também ela inserida na disciplina geral

¹⁵ Cfr. a epígrafe do Título V: “Do mandato”.



do mandato comercial, mas pressupondo a actuação em nome próprio, embora por conta de outrem.

Presente a linguagem do Código Comercial, o que parece distinguir, portanto, as duas situações é principalmente a ostensividade da actuação por conta: na comissão essa actuação por conta alheia não é visível aos olhos de terceiro, que nenhuma pretensão poderá por isso ter, via de regra, contra o mandante. Diferentemente na gerência, em que a actuação por conta é aparente¹⁶.

Por outro lado, mesmo naquilo em que o regime da gerência ultrapassa a nota característica da representação, a figura do mandato marca presença: a actuação por conta à frente do comércio de outrem reconduz-se o mais das vezes, facilmente, a um mandato sem representação.

III – Diversamente do que ocorre na comissão, a actuação por conta é, como se disse, ostensiva, o que significa que no regime da gerência há uma aparência, ao menos, de mandato (representativo ou não).

Tal significa que para o estabelecimento da relação por conta que corresponde à gerência comercial o que importa é a perspectiva da contraparte no negócio celebrado pelo gerente. Releva a conduta externa que é observada pelo terceiro, como ela se apresenta perceptível por ele (da gerência de um comércio alheio), e não

¹⁶ Cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 4.ª ed. (reimpr.), Coimbra, 2019, 289-290; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 2.ª ed., Coimbra, 2018, 304-307;



qualquer convenção interna entre proponente e gerente. A tipicidade social é decisiva; interpretada e valorada à luz das regras da experiência ou do senso comum.

IV - Tratando-se de uma gerência comercial, está naturalmente em causa um mandato *comercial*, que tem por objecto actos comerciais (art. 231.º do Código Comercial; a empreitada do exemplo-base é também um acto comercial à luz do critério do nº. 6 do art. 230.º, em articulação com o art.º 2.º deste diploma). A gerência apresenta-se tipicamente como um fenómeno do âmbito comercial.

V – A relação entre a gerência e o mandato é, pois, complexa a vários níveis.

Aliás, pode haver gerência sem mandato, e mandato sem gerência. Se nem todo o gerente é mandatado, nem todo o mandatário é gerente.

Assim, a relação de gerência advém muitíssimas vezes, singelamente, de um contrato de trabalho.

Ou, subjacente à gerência comercial pode encontrar-se, *e.g.*, um contrato de consórcio mediante o qual, directa ou indirectamente, as entidades consorciadas encarregam outrem – tal como no nosso caso-base - de desenvolver um projecto comum.

O facto de o consórcio não ter personalidade jurídica não significa que não possa apresentar-se como externo: a actuar enquanto tal no tráfico jurídico – conduzindo-se, portanto, os seus membros visivelmente enquanto membros *em consórcio* –, e podendo usar



todos os meios à disposição para investir um sujeito na posição de seu gerente comercial; por exemplo, através de um mandato comercial atribuído por todos os membros do consórcio, ou apenas por um deles enquanto chefe do consórcio¹⁷.

¹⁷ De harmonia com o Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, distingue-se entre consórcios internos e externos. Partindo do regime podem identificar-se duas notas a presidir à distinção das modalidades: a maior intensidade da dimensão organizativa prevista para os consórcios externos (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., 755), e a invocação da existência do consórcio pelos seus membros quando actuam perante terceiros (cfr. RAUL VENTURA, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, ROA, 1981, III, 651; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Volume I, Coimbra, 2011, 155). Em sentido divergente, sustentando que podem existir consórcios que não se reconduzam a qualquer das categorias previstas na lei (consórcio interno/externo), e que não é possível utilizar os critérios referidos para distinguir as duas categorias legalmente previstas, PAULO SOUSA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Consórcio*, 1999, Coimbra Editora, Coimbra, 101 e segs.

Ambas as notas distintivas convergem na diferenciação entre aqueles consórcios que operam visivelmente como tal perante o exterior, e os que não representam senão um acordo entre entidades distintas que continuam a actuar isolada ou separadamente no tráfico jurídico (PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição – Representação Comercial*, cit., 426 e segs). Este o melhor ponto de partida para averiguar os termos da imputação de efeitos aos membros do consórcio.

Quanto ao carácter patente/oculto da concertação de actividades, importa sublinhar que tal concertação não tem por que se manifestar em *cada* acto externo praticado pelos membros do consórcio. A qualificação depende antes da assunção, por parte dos membros do consórcio, da sua qualidade de consorciados nas relações externas mais relevantes, mormente nas que concretizem o objecto principal do consórcio; ou então, da qualidade de chefe do consórcio expressa ou tacitamente assumida por um dos seus membros na relação com terceiros, sem a oposição dos demais.



O exemplo, sugerido pelo caso-base, mostra a complexidade que a relação interna da gerência pode apresentar.

Apesar disso, não cremos que a referenciação simples da gerência ao mandato feita pelo legislador comercial seja obsoleta. Na verdade, tanto no caso de uma relação interna nos termos de um contrato de trabalho, como no exemplo do consórcio, os elementos do mandato encontram-se presentes. O mandato constitui uma espécie de “macrotipo” contratual – um tipo contratual de base – que co-conforma outros tipos contratuais que prefigurem o exercício de funções de gestão por conta de outrem, ainda quando deles autonomizáveis ou autonomizados entretanto¹⁸.

VI – Para efeito da tutela de terceiro, o que releva, portanto, é saber – voltemos ao nosso caso-base – se *F* era gerente das entidades consorciadas e se actuou como gerente do consórcio, isto é, ostensivamente por conta delas quando contratou terceiros. Por exemplo, aos olhos destes (i) a quem *F* prestava contas do trabalho que desenvolvia, (ii) a quem cabia derradeiramente, no entendimento das partes, a direcção e a orientação dos trabalhos realizados ou a efectuar no futuro, (iii) se foi por conta delas que *F* recolheu orçamentos para as obras a realizar, (iv) a quem, recolhidos

Avulta, pois, a tipicidade social marcante, a forma como se há-de entender o comportamento de quem actua no seu todo. Não releva se o sujeito detinha ou não procuração para o efeito. O que conta é a forma como terceiros apreendiam ou podiam compreender a conduta: se do consórcio enquanto tal, se apenas de um certo sujeito isoladamente.

¹⁸ Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, em MENEZES CORDEIRO (Coord.), *Direito das Obrigações*, Vol. III, AAFDL, Lisboa, 1991, 315-317.



eles, os dirigiu depois, (v) como comunicou a decisão de contratar ao empreiteiro escolhido, (vi) a que título fechou o contrato e, mais tarde, (vi) procedeu à validação dos autos de medição e da facturação, etc..

7. O regime da gerência comercial, a procuração tácita e a ratificação tácita

I – Do ponto de vista da imputação dos efeitos ao comerciante, a disciplina da gerência comercial converge em larga medida com a que resulta, segundo o direito comum, de uma procuração tácita atribuída pelo comerciante (sociedade ou comerciante a título individual) ao gerente. Mas ultrapassa-a, como se calcula, desde logo por não implicar necessariamente uma representação e/ou uma atribuição de poderes.

Para o cabal desempenho de determinadas funções comerciais pode ser imprescindível, conveniente ou normal a atribuição de poderes representativos, pelo que a assunção ostensiva do papel de gerente poderá permitir então ao terceiro que com ele contrata a ilação de que, com toda a probabilidade, foi emitida uma declaração negocial atributiva de poderes por parte daquele a quem respeita o comércio (cfr. o art. 217.º/1, do Código Civil).

II – Mas há diferenças: o terceiro que invoque a procuração, ainda que tácita, tem obviamente de a provar. Impende sobre ele o ónus



de demonstrar a atribuição pelo representado de poderes ao representante.

Não assim no regime da gerência comercial.

Com efeito, ao configurá-la como expressão de um mandato representativo, o legislador comercial basta-se com a tipicidade social da gerência para ficar estabelecida a existência de poderes representativos. A legitimidade do gerente dispensa conseqüentemente a prova da vontade do comerciante na respectiva atribuição. Apresenta-se, na realidade, baseada num regime legal correspondente – é certo – à normalidade das situações, segundo as regras da experiência e/ou o senso comum, da verificação de um acto atributivo de poderes pelo comerciante ao gerente; mas legitimidade que não deixa, nem por isso, de se alicerçar numa presunção legal (da existência da correspondente vontade) que dispensa o terceiro da prova *ad hoc* da vontade que sobre ele recairia no comum dos casos de procuração tácita.

Uma presunção – esta - que é depois completada, em pormenor de coerente recorte, pelo art. 240.º do Código Comercial ao estabelecer que, avisado o mandante da execução do mandato, se este nada disser “imediatamente”, “se presume ratificar o negócio [praticado pelo mandatário], ainda que o mandatário tenha excedido os poderes de representação”.

Na realidade, o conhecimento pelo mandante (do acto praticado pelo mandatário), a sua adesão aos seus efeitos, pode muitas vezes ser presumido por terceiro: por exemplo, se o comerciante foi o *accipiens* da prestação a cargo dele (*e.g.*, se recebeu o dinheiro pago pela mercadoria, se aproveitou o serviço contratado pelo gerente ou se aceitou a obra encomendada pelo gerente.)



O estabelecimento pela lei, na gerência comercial, de uma procuração, não apenas tácita, mas presumida, é, pois, completado pela consagração, nas condições do preceito¹⁹, de uma ratificação, não apenas tácita, mas presumida também. Subjacente estará, em muitas situações, uma vontade ratificativa (tácita) do *dominus – mutatis mutandis* quanto ao que se verifica na procuração –, que se presume, estando o terceiro dispensado da sua prova.

Mesmo, pois, que o gerente (mandatário comercial) tenha excedido o mandato, o negócio - ao contrário do que sucede no plano civil (art. 268.º do Código Civil) - torna-se eficaz perante o mandante, se este não reagir atempadamente, logo que conheça da sua celebração. Assim assegura a lei rapidamente a estabilização dos efeitos jurídicos do negócio celebrado pelo *procurator*, e impõe ao representado o ónus de reagir ao excesso de representação. Ao presumir a ratificação, e tão-só pelo decurso do prazo, “blinda” a eficácia do negócio (contra o comerciante). Trata-se obviamente uma presunção *iuris tantum*, mas que em muito favorece o terceiro que, fiado na actuação por conta do gerente, assumiu estar este dotado de poderes representativos e, deste modo, vincular-se o comerciante no negócio por aquele celebrado com ele.

III – Verdade seja que o regime da gerência comercial vai mais

¹⁹ A ratificação pode naturalmente desenvolver também efeitos na relação entre mandante e mandatário, mas não curamos deles aqui.



além, e simplifica tudo ainda mais²⁰.

É que, ainda que as presunções de legitimidade representativa anterior ao negócio, ou de legitimação posterior através de ratificação sejam ilididas, tal não exclui a vinculação do comerciante ao abrigo do art. 252.º § único.

Nessa medida, a disciplina legal da gerência comercial poupa ao intérprete-aplicador a ingrata tarefa de distinguir entre a procuração tácita, a procuração tolerada, e a procuração meramente aparente que os quadros do direito comum exigiriam. Se, pelo menos a última – e dependendo do sentido que se der à “tolerada”²¹ – já se não pode amparar seguramente no âmbito do art. 217.º/1 do Código Civil, facto é que ela perfaz facilmente as condições da imputação ao comerciante ao abrigo do regime dos arts. 248.º e segs. do Código Comercial.

²⁰ Assim, são pensáveis exigências de forma para uma procuração segundo o direito comum que se não justifiquem no direito comercial. Nestes casos, falha a possibilidade de uma procuração tácita, face ao disposto no art. 217, nº. 2, do Código Civil, mas não necessariamente a imputação do acto ao comerciante segundo o regime da gerência comercial, sempre ou na medida em que a celebração de certos negócios no comércio não seja vista como dependente dessa forma, e não haja razões que imperativamente excluam a validade do acto, por motivos formais, no comércio.

²¹ A plasticidade desta expressão dificulta a sua catalogação, ou na procuração tácita, ou na procuração aparente, a primeira negocial e a outra alicerçada, por contraste, no princípio da confiança; pode ver-se, a respeito, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 49 ss em nota.



8. A representação tácita, em virtude do recorte social-típico das funções cometidas, e o estatuto da gerência comercial

I – Viu-se já que o regime legal que reconhece, como regra, poderes representativos ao gerente se encontra genericamente alinhado com a doutrina comum da representação tácita.

Nessa medida, a especificidade da disciplina da gerência situa-se, neste aspecto, antes em a demonstração da atribuição de poderes se achar facilitada, por encontrar na gerência um critério simples e expedito de prova que facilita a segurança no tráfico jurídico.

Na verdade, entre os factos que revelam a atribuição tácita de poderes representativos merecem destaque aqueles que se constituem pela incumbência a alguém, por parte do comerciante, do exercício de uma posição funcional no seio da empresa que está tipicamente ligada, segundo as concepções no tráfico, à atribuição de poderes representativos.

Na concretização deste pensamento foi decidido, por exemplo, que quem confia o seu estabelecimento comercial a um empregado lhe confere com isso poderes representativos para o seu giro típico; e que quando um banco institui um balcão de recebimento de depósitos atribui ao encarregado dele poderes representativos, o mesmo acontecendo quando nomeia o director de uma filial. Em todos estes casos devem considerar-se tacitamente atribuídos os poderes representativos próprios do desempenho das funções em



causa²², de harmonia com o recorte dessas funções que se encontra presente no tráfico jurídico.

Pode discutir-se se os casos referidos se integram todos, e do mesmo modo, no conceito usual de gerência, ou se não-de os sujeitos em causa ser considerados antes auxiliares ou caixeiros, subordinados aos gerentes, aos quais é inerente um poder de direcção do comércio de que estão incumbidos. Mas o pensamento básico é o mesmo²³.

De todo o modo, e como escrevemos noutro local, “o juízo de inferência de uma declaração negocial tácita (aqui de atribuição de poderes representativos) a partir dos factos (os factos concludentes) não precisa de ser absolutamente forçoso ou necessário, bastando que, de acordo com a interpretação usual do comportamento, a declaração deva considerar-se como emitida com toda a probabilidade”²⁴.

É o critério do art. 217.º/1 do Código Civil.

A esta luz, pode, pois, dizer-se que a instituição de alguém como gerente de comércio implica realmente – e tal qual reconhece o Código Comercial, que faz desta normalidade uma presunção legal – a atribuição de poderes representativos correspondentes.

²² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa Colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, cit., 43-77, 48 e, em particular, as referências da nota 7.

²³ Não se ignora o diferente estatuto destes sujeitos em matéria de representação, segundo o que dispõe a lei comercial em vigor. Contudo, a distinção entre gerentes, caixeiros e auxiliares é também relativa, e algumas similitudes existem entre elas.

²⁴ *Ibidem*, 48.



Para lá das regras gerais da procuração tácita, a principal especificidade está, como se disse, em que o direito comercial dispensa o terceiro da prova da declaração tácita de vontade de atribuição de poderes representativos, habilitando-o com uma presunção a partir da demonstração da conduta no âmbito da gerência.

Sendo certo, por outro lado, que o âmbito dos poderes tacitamente conferidos compreende tudo o que se relaciona tipicamente com a função em causa e para ela é susceptível de se tornar conveniente ou necessário: mais do que a vontade tácita, o que se torna objecto precípua da prova é o recorte objectivo-típico da função.

II – Persistem, contudo, diferenças mais sensíveis, pois o estatuto da gerência comercial vai para além do alcance das declarações tácitas.

É que o art. 249.º do Código Comercial apresenta-se taxativo ao estipular que o proponente não pode opor a terceiros “limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram”.

Quer dizer que a limitação de poderes – que se traduz numa ausência de poderes (e não num exercício abusivo de poderes efectivamente conferidos) – não obsta à vinculação do comerciante (queira-o este ou não), excepto em caso de conhecimento do terceiro dessa limitação de poderes.

A lei possibilita, pois, a tutela do sujeito que contrata com o gerente investido no comércio independentemente da efectiva



atribuição dos correspondentes poderes através de uma declaração negocial, ainda que tácita. E essa protecção só cede se o terceiro tiver conhecimento da falta de poderes: não já logo que “devesse ter conhecimento” dessa falta de poderes. (Quer dizer: o sujeito pode confiar no recorte típico das funções da gerência, sem qualquer preocupação de indagar se eles existiam ou não.)

Estamos para lá das fronteiras da comum protecção do destinatário de uma declaração negocial tácita. Dogmaticamente, ultrapassamos na verdade o âmbito da teoria do negócio para transpormos o umbral da tutela da confiança, na sua modalidade de tutela da aparência (de poderes de representação).

A abordagem deste ponto é essencial para termos uma perspectiva completa do alcance e significado do regime legal da gerência comercial.

9. O estatuto da gerência comercial para além da teoria do negócio: a procuração aparente e a protecção da confiança

I – O estatuto do gerente comercial pode com efeito, como já vimos, conduzir a uma imputação de efeitos ao comerciante, quando não houve qualquer *negócio* atributivo de poderes representativos (mandato comercial, procuração, ratificação, tácitos ou expressos).

Nesse sentido, estende-se dogmaticamente para lá dos confins da teoria do negócio.



II – Desenha-se neste campo um conflito clássico de interesses. De um lado, o interesse de autodeterminação do comerciante, que pode pretender não assumir qualquer obrigação derivada de um acto, ou actos praticados por quem não tenha investido de poderes de representação; de outro, o interesse de terceiro que contratou com o gerente em imputar ao comerciante as obrigações decorrentes do negócio que celebrou (no caso-base, a obrigação de pagamento do preço da empreitada a esse mesmo comerciante).

Como se sabe, na ausência de outros elementos, esta contraposição de interesses resolve-se, por princípio, no direito privado comum, compreensivelmente, a favor do *dominus*, em virtude da regra da ineficácia do negócio celebrado por aquele que actua em nome de outrem sem poderes de representação: art. 268.º/1 do Código Civil.

Sem prejuízo, são várias – e generosas – as vias gerais de tutela de terceiros que se abrem na nossa ordem jurídica.

Interessa-nos a disciplina especial da gerência de comércio.

No que ela não abranja, e porventura a suprir também as suas limitações, encontra-se o direito comum. Não fora esta última disciplina (da gerência comercial), poderiam equacionar-se *quatro vias* mais gerais de solução que o direito luso, especial ou comum, apresta para a tutela de terceiros a fim de solucionar o nosso caso-base; a saber: a procuração aparente, a ratificação aparente, o abuso do direito do comerciante (de invocar a ineficácia decorrente da falta inicial de poderes do seu representante no comércio por ausência de procuração), e o abuso do direito de recusar a ratificação (ou de



invocar a sua falta), em ambos estes casos por *tu quoque* ou por *venire contra factum proprium*²⁵.

Mas o estatuto do gerente é distinto e apresenta pressupostos próprios.

III – Como já vimos, a actuação por conta do gerente de comércio constitui um fundamento autónomo da vinculação do comerciante para tutela de terceiros, segundo dispõe inequivocamente o § único do art. 252.º do Código Comercial. Corresponde-lhe uma disciplina que (i) não depende da existência de mandato ou de poderes de representação atribuídos pelo comerciante, (ii) nem da sua aparência (contando antes a tipicidade social da gerência), (iii) nem de qualquer apreciação da conduta do comerciante (de recusa da sua vinculação) abusiva por inaceitavelmente contraditória com uma qualquer atitude anterior dele (*v.g.*, a inculcar a convicção de que a falta de poderes do gerente não seria invocada).

Protege-se, de modo muito eficaz, a confiança de terceiro. O regime alicerça-se de modo objectivo e auto-suficiente na conduta por conta de outrem do gerente. (Embora se presuma a situação normal de aquele por cuja conta o negócio foi celebrado ter instituído ou manter o sujeito na posição de gerente de comércio, consideramos agora o art. 252.º § único, que não deixa de se aplicar em caso de prova negativa de que assim não foi, porque a vinculação

²⁵ Exploramos esta última via em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium – Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993*, Separata da Revista “O Direito”, Ano 126.º, 1994, III-IV, 677 segs.



do comerciante é independente de tal²⁶.)

Assim, o *Tatbestand* de confiança deriva, não de uma qualquer declaração negocial, mas da *situação de facto* da gerência, enquanto tipicamente coligada a uma situação de existência de poderes de representação. Por outras palavras, está em causa apenas a *tutela da aparência* de uma normalidade, a da existência desses poderes. E também o nexo de imputação ao comerciante não é negocial: tanto o acto instituidor da situação de gerência, como a manutenção na gerência, constituem *actos reais*, correspondem a uma operação jurídica.

Transcende-se, pois, a tutela negocial de terceiros.

IV - Estamos no campo da protecção da confiança, para a qual se exigem certos requisitos²⁷.

O Direito não tutela, nem pode tutelar, acriticamente, qualquer convicção ou representação de um sujeito, sem se importar de que índole ou em que circunstância. Por isso, além da situação de confiança (traduzida na boa fé da pessoa que acredita numa declaração ou num comportamento alheio), exige-se que essa

²⁶ Cfr. em sentido convergente e com muito oportuna consideração de modernas formas de comércio em que se verifica um anonimato do comerciante, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição – Representação Comercial*, cit., 171-173 (colocando também o fundamento da imputação na actuação por contra do preponente, que releva, portanto, ainda que o preposto atue em nome próprio ou sem invocar nome algum).

²⁷ De modo resumido, pode ver-se, quanto ao a seguir exposto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade pela confiança (por ocasião do cinquentenário do Código Civil)*, in *Católica Talks/Responsabilidade*, Lisboa, 2020, 93 segs.



confiança seja justificada e que tenha existido um investimento de confiança por parte do confiante (e que corre o risco de se perder ou inutilizar). A protecção da confiança, por isso que opera à custa de outrem, terá naturalmente de justificar-se perante este. Requer-se, em princípio, uma imputação de sentido duplo ao sujeito: que ele tenha originado a confiança alheia, e causado também a sua frustração (merecendo, pois, suportar as consequências da frustração da confiança alheia que concitou). Quando estejam reunidos estes pressupostos, se a ordem jurídica o dispuser de modo específico ou, fora desses casos, reclamando-o impreterivelmente a justiça material, intervém uma forma de tutela que é basicamente de um de dois tipos: ou se se confere ao confiante uma posição correspondente àquela em que acreditou, apesar de não se encontrarem verificados os pressupostos de que a ordem jurídica faz depender o seu surgimento – protecção positiva da confiança -, ou se lhe atribui uma indemnização pela frustração da confiança e pela consequente perda do seu investimento (tutela negativa da confiança)²⁸.

V – Aplicando.

Se há gerência, a confiança do terceiro na existência dos poderes correspondentes é justificada. O investimento traduz-se também univocamente na contratação com o gerente na convicção da vinculação do comerciante. A imputação alicerça-se, por sua vez, não numa inconciliabilidade do comportamento do comerciante

²⁸ Pode ver-se, desenvolvidamente, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 584 ss e 690 segs.



apreciado numa perspectiva diacrónica, mas na aparência da existência de uma concessão de poderes representativos na base do seu agir. Estamos, pois, diante de uma modalidade de *responsabilidade pela confiança em declarações*, distinta da confiança num comportamento futuro, como ocorre, nomeadamente, no *venire* (o terceiro não confia simplesmente em que o comerciante não vai arguir a falta de poderes, antes na existência de poderes representativos, ou na afirmação implícita desses poderes quando o gerente actua por conta alheia)²⁹.

Quanto ao juízo global do merecimento de tutela, ele encontra-se abstractamente traçado, em sentido favorável, pelo legislador comercial (ao estabelecer a vinculação do comerciante aos actos praticados pelo gerente): como corresponde às previsões específicas de protecção da confiança que o ordenamento português conhece. (Poupando-se ao intérprete-aplicador uma apreciação *ad hoc* à luz das exigências de uma juridicidade entendida em sentido material, mobilizando, por exemplo, cláusulas gerais como a do abuso do direito.)

E, por se tratar como eficaz um negócio em relação ao comerciante, mesmo se ele não dotou o gerente de poderes representativos (para proteger a confiança da contraparte na existência de tais poderes), o regime da gerência enquadra-se na protecção positiva da confiança. (A ordem jurídica não se limita a

²⁹ Para desenvolvimentos, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., e.g., 53 ss, 608 ss, 741 ss, e notas, e *passim*.

Pela razão do texto, não cremos que o abuso do direito seja uma solução totalmente apropriada ou suficiente à tutela da contraparte no negócio com o gerente, embora lhe reconheçamos a vantagem de uma fácil recondução aos dados do direito vigente através do recurso ao art. 334.º do Código Civil.



indemnizar a contraparte dos prejuízos sofridos com a ausência de poderes do gerente e a conseqüente ineficácia do negócio³⁰.)

10.A solidariedade dos responsáveis, na actuação por conta do gerente; o consórcio do caso-base

I – A tutela da contraparte no negócio celebrado pelo gerente não é prejudicada no caso de a contraparte não conhecer o comerciante ou de serem vários os proponentes.

Muitas vezes, com efeito, os “comércios” (à frente dos quais foram colocados os gerentes) são detidos por vários. O terceiro muitas vezes nem o sabe. E, quando o conhece, também não se encontra por dentro da articulação de esferas entre os diversos comerciantes que desenvolvem conjuntamente uma mesma empresa ou empreendimento mercantil. Facto é que, presente que lhe seja um mesmo (e único) comércio - um gerente, ainda que actuando por conta de diversos comerciantes, todos eles *domini* de um mesmo comércio -, ele precisa de ficar protegido da invocação de todas as excepções respeitantes às relações internas entre esses comerciantes.

Nesse sentido, dispõe de modo lapidar o art. 251.º, § 1 do Código Comercial:

³⁰ Cfr., por último, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade pela confiança por ocasião do cinquentenário do Código Civil*, cit., 96 segs.



“Se os proponentes forem muitos, cada um deles será solidariamente responsável”.

A solução harmoniza-se com o disposto no artigo 100.º do Código Comercial, ao estabelecer-se aí que nas obrigações comerciais “os co-obrigados são solidários, salvo estipulação em contrário”.

A co-obrigação resulta, também agora, da co-titularidade na posição de *dominus* do comércio atribuído ao gerente. Mas vai mais longe: enquanto no caso do art. 100.º do Código Comercial a solidariedade cede perante estipulação em contrário, na hipótese de uma pluralidade de comerciantes titulares de um mesmo comércio (à frente do qual colocaram gerentes), essa co-obrigação – que provoca a solidariedade – resulta imediatamente de uma valoração particular da lei, como regime especial. É neste ponto que se encontra a sua especificidade.

O Código Comercial dispõe, portanto, de uma regulamentação específica para a gerência por conta de vários (proponentes).

A solução é inequívoca: se vários confiaram a um gerente de comércio a prossecução dos seus interesses comuns, cada um deles é responsável solidariamente com os outros pelas dívidas emergentes da actuação do gerente (preposto) por conta desses interesses. Tem a sua razão-de-ser nas necessidades de segurança do tráfico jurídico que se fazem sentir no âmbito comercial.

Quem entra em contacto com um gerente de comércio não pode evidentemente ser confrontado com responsabilidades meramente



parcelares se são diversos os donos desse comércio e várias as entidades por conta das quais o gerente actua. Sujeitar o terceiro às vicissitudes das relações entre os vários beneficiários da sua actividade seria fatal para a celeridade e a segurança das transacções comerciais. Tanto mais que a prestação que por sua vez efectuou acaba por beneficiar em simultâneo os vários donos desse comércio, sem que lhe seja possível distinguir muitas vezes uma afectação diferenciada da prestação que efectua, e que será aliás mesmo, muitas vezes, indivisível.

II – Testemo-lo agora perante o nosso caso-base: *A* e *B* responderiam solidariamente perante *T* pelas dívidas da empreitada.

Vale a pena desenvolvê-lo perante a hipótese - na realidade complexa, mas ilustrativa -, que ele apresenta.

Não obsta à solução apontada pelo legislador comercial o facto de estarmos ali perante um consórcio entre duas entidades, e ser o contrato de consórcio aquele que determina as relações entre elas.

É certo que, de harmonia com o disposto no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, “[n]as relações dos membros do consórcio externo com terceiros não se presume solidariedade activa ou passiva entre aqueles membros”.

Não se presume, é certo, mas não se exclui. Compreende-se certamente que o consórcio, por si só, não imponha a solidariedade entre os consorciados: esta pode existir ou não, consoante as circunstâncias.

Não haverá razoável fundamento para a solidariedade naquelas



situações em que as obrigações decorrentes dos negócios celebrados pelo gerente correspondiam visivelmente à área de actividade e especialização de apenas um deles: na perspectiva de quem contrata com o gerente, este só poderia estar a actuar por conta de um dos consorciados, e não dos demais. Quando assim é, com efeito – estando em causa, também aos olhos de terceiros, *apports* específicos de apenas um deles (mas não já prestações fungíveis que por qualquer deles possam ser realizados, como o são, *v.g.*, as prestações pecuniárias) -, não sendo o consórcio externo, justificar-se-á o regime da (mera) conjunção. O consórcio também não gerará tipicamente um comércio conjunto, mas dois comércios distintos, ainda que coligados entre si, e o terceiro apercebeu-se facilmente de tal.

Essencial é, assim, a tipicidade social do comércio, o modo como surge e se exterioriza a actividade por conta do gerente, para verificar em que termos se aplica, em caso de consórcio, o regime da gerência comercial. A distinção traça-se entre a aparência de um mesmo (e único) comércio, levado a cabo por dois ou mais comerciantes consorciados, ou de diversos comércios, cada um deles pertencente “ao seu comerciante” (consorciado, ou não, com outros): no primeiro caso, há uma única actuação por conta de outrem, ainda que vários, enquanto no segundo existem diversas actuações por conta, cada uma do seu *dominus* (comerciante).

III - Certo é, em qualquer caso, que nenhuma razão haveria para privilegiar os comerciantes consorciados - dispensando-os da solidariedade só porque o são -, sobre outras hipóteses de instituição de gerentes por uma pluralidade de comerciantes. Seria inaceitável



desproteger o credor, quando dois comerciantes figurem no pólo passivo de uma relação comercial, apenas porque se encontram consorciados.

A regra do art. 19.º, n.º 1 do citado Decreto-Lei n.º 231/81 só pode ser entendida, por conseguinte, enquanto norma *neutral* relativamente ao regime das obrigações decorrentes dos membros de um consórcio³¹. Nem se afasta, nem se implica uma aplicação indiscriminada e acrítica do artigo 100.º do Código Comercial. O intérprete-aplicador tem de partir da razoabilidade do legislador (cfr. o artigo 9.º/3, do Código Civil) e, deste modo, de que quis satisfazer as exigências que lhe impõem a igualdade de tratamento e a proibição de discriminações injustificadas entre vários tipos de comerciantes.

Per se, o consórcio não reclama, portanto, a solidariedade activa

³¹ Compreende-se, aliás, a fórmula descomprometida da norma, se se tiver presente, como é generalizadamente reconhecido, que o consórcio não congrega, necessariamente, apenas partes comerciais (não dando portanto, também, necessariamente lugar a situações de gerência comercial). Por todos, RAUL VENTURA, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, cit., 634; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, cit., 753. No mesmo sentido, PAULO SOUSA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Consórcio*, cit., 111: “[s]aliente-se que o artigo 19.º, n.º 1, apenas declara que não se presume a solidariedade e o n.º 2 adianta que, mesmo que sejam estabelecidas muitas ou outras cláusulas penais, ainda assim a solidariedade não se presume. Ela existirá ou não consoante for determinado nas relações estabelecidas com os terceiros, podendo eventualmente ser-lhe aplicável uma presunção de solidariedade decorrente das normas gerais...”.

A *ratio* do artigo 19.º, n.º 1 é, assim, a de preservar a *neutralidade* do consórcio, e não a de “neutralizar” outros comandos normativos que imponham a solidariedade, por outras razões metodologicamente exigíveis ou teleologicamente atendíveis.



ou passiva, nem dela exime, quando dois ou mais membros seus apareçam num dos pólos da relação instituída. A solução para a situação de pluralidade deverá, pois, ser procurada noutra plano.

E este é o correspondente ao regime consagrado pelo 251.º, § 1 do Código Comercial, que, como regra especial, prevalece, sempre e em qualquer caso, no âmbito que lhe é próprio.

Assim, o que releva é saber se, na perspectiva de quem contrata com o gerente, há um único comércio respeitante a duas ou mais entidades consorciadas, ou comércios separados, cada um deles gerido autonomamente por cada consorciado (caso em que importa saber que a que concreto comércio, distinto do dos demais pertencentes aos outros consorciados, respeita o contrato celebrado).

Nem todos os consórcios têm por que implicar um comércio conjunto aos olhos de terceiros, e há certamente entidades consorciadas que desenvolvem a sua actividade sem o fazerem.

Consórcios existem, portanto, em que o art. 251.º § 1º do Código Comercial se não aplica. Outros, porém, convocam essa aplicação.

11. *Ex abundantia*: o sentido globalmente convergente do regime da vinculação do comerciante por actos do gerente com as regras gerais da procuração e da ratificação aparentes

I – O resultado geral a que somos chegados expressa um sentido



de global convergência com princípios e regras gerais da procuração aparente ou da ratificação aparente.

Pois o art. 252.º § único do Código Comercial, tornando dispensáveis os poderes de representação desde que haja actuação por conta, inspira-se na habitual correspondência entre ambos quando há gerência comercial (isto é, na justificada e típica crença da existência de tais poderes por parte de quem contrata com um gerente de comércio que actua no âmbito das suas funções por conta do comerciante, ainda quando ele não actua explicitamente como representante nem invoca expressamente poderes de representação).

É este tipo de tutela de terceiros - da confiança legítima acalentada pelos sujeitos na existência de poderes daqueles que com eles contratam em representação de outrem - que justifica na sua raiz a doutrina geral - muito para lá das hipóteses de gerência que nos ocupam -, da procuração aparente ou da ratificação aparente.

Não é este o local para aprofundarmos tal doutrina. Ela opera, como é sabido, uma restrição à regra básica do art. 268.º/1 do Código Civil: uma doutrina que não pode valer, compreensivelmente, como princípio no direito comum, pela necessidade de preservar a esfera jurídica dos sujeitos contra representações não autorizadas, mas que, não obstante, se alicerça em ponderações que permitem acorrer a incontornáveis necessidades de tutela de terceiros.

Na verdade, ela frutificou no direito comercial em vários âmbitos, e não apenas no contexto da gerência. A partir deles, com base no direito positivo, é possível construir-se efectivamente uma doutrina geral que, prudentemente, cubra situações para além das



especificamente previstas³².

No domínio das relações entre comerciantes, além das ponderações individuais suscitadas por cada caso, concorrem circunstâncias de ordem objectiva, que convocam interesses gerais: a necessidade de tutela do tráfico jurídico é aqui especialmente intensa, e a celeridade e o modo habitual de negociar dificultam ou impossibilitam uma verificação caso a caso dos poderes de representação invocados ou assumidos pelo representante. Mas a complexidade da empresa comercial, das suas formas de organização e os seus riscos implicam, não menos, uma tutela enérgica do não comerciante perante o titular da empresa mercantil.

³² Pode ver-se MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 49 e 52 ss, em nota, 61ss, 533, em nota, e já JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, cit., 56 segs.

Para situações não linearmente enquadráveis na noção de gerência comercial (em que foram testadas vias diferentes das da tutela da aparência, mas que poderiam facilmente convocá-la), veja-se além deste último estudo, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium – Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993*, cit., 677 segs.



12.(cont.) Alusão (breve) ao regime do contrato de agência a propósito da disciplina da gerência comercial e da procuração aparente

I – A protecção da aparência não é, de todo o modo, nenhum corpo estranho no direito comercial vigente, e não é só o regime da gerência comercial que o ilustra.

Não apenas, tal qual vimos, ela constituiu afinal um dos esteios de regimes gerais já consagrados no Código Comercial em vigor, como a sua afirmação se viu recentemente alargada e potenciada pelo regime do contrato de agência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho.

Com efeito, de harmonia com o disposto no artigo 23.º desse mesmo regime, se o *dominus*, embora não conhecendo que outrem actua como seu representante, devia ter esse conhecimento, em nome da boa fé e do cuidado exigível no tráfico jurídico, aceita-se a sua vinculação pela conduta de um agente sem poderes, por forma a evitar o engano de terceiros.

A imputação depende da confiança de um terceiro de boa fé na existência de poderes, fundada em razões ponderosas e objectivas, e da possibilidade de reconduzir esse investimento de confiança – ainda que parcialmente – ao principal.

Não se está perante a imputação de efeitos a alguém (representado) que cria ou deixa conscientemente criar uma situação que deve ser razoavelmente interpretada como de atribuição voluntária de poderes representativos (mediante procuração ou ratificação tácita), mas de situações em que a necessidade de tutela



de terceiros e de segurança no tráfico jurídico impõem a vinculação do putativo representado, independentemente de uma sua vontade compreendendo tal efeito.

Enquanto na procuração tácita há ainda uma conduta mediante a qual o sujeito pretende chamar a si os efeitos de um negócio celebrado por outrem - nela se realizando, portanto, a autonomia negocial do sujeito -, na procuração aparente a imputação do negócio ao sujeito em benefício de terceiros é fundada *independentemente* dele ou mesmo *contra* ele, à revelia da sua autonomia, na falta de diligência no tráfico do representado e por causa dessa falta de diligência.

II - É bem certo que o agente, pela autonomia que possui, não é um gerente de comércio³³. Apesar da plasticidade desta última expressão, temos de distinguir, pois também não é possível usá-la para lá das fronteiras do seu natural significado sem descaracterizar um regime, dissolvendo-o numa doutrina mais geral.

Há, contudo, pontos de contacto. Assim, tal como ocorre com a preposição de um gerente, o principal envolve voluntariamente o agente no âmbito da sua organização, ao contratá-lo para promover de modo estável a celebração de contratos.

A disciplina do contrato de agência confirma, na verdade, um vector que perpassa todo o direito comercial. Presentes as múltiplas

³³ Cfr., para a distinção, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009, 442; FERNANDO FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição – Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessação do Vínculo*, 2013, Lisboa, 49 e segs.



formas de colaboração dos sujeitos com os comerciantes que implicam tipicamente a celebração de negócios em nome destes (e de algum modo e nalguma medida, por conta deles, como na gerência), comporta, certamente, aplicação analógica³⁴.

Posição contrária partiria de um pressuposto totalmente não demonstrado: o da inexistência de lacuna nos casos não abrangidos por normas específicas (da gerência comercial ou outras), com a consequência de uma aplicação forçosa e imediata das soluções expressamente previstas no Código Civil quanto à representação sem poderes, mesmo se duras e insuportavelmente injustas ao determinarem para o terceiro, “sem apelo nem agravo”, a ineficácia do negócio em relação ao representado³⁵.

³⁴ Confirma-o a existência de soluções análogas às da gerência; o que significa que, mesmo sem a coordenação desejável, o regime da agência não constitui, de forma alguma, um corpo estranho no direito comercial, revelando-se antes bem conforme com o seu espírito.

Sirva de exemplo também que, no regime jurídico da agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho), o artigo 22.º, n.º 2 confirma a regra do artigo 240.º do Código Comercial, retirando uma “ratificação tácita” do silêncio do principal, quando este adquira conhecimento da representação sem poderes. Simplesmente, no caso da agência, em vez de recorrer ao conceito indeterminado “responder imediatamente” (utilizado pelo artigo 240.º do Código Comercial), o legislador atribuiu um prazo de cinco dias para a reacção do principal, em homenagem à segurança jurídica.

Discutindo o problema em sede de direito internacional privado, cfr. MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais/Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra, 1999, 494 segs.

³⁵ Assinalando, no mesmo sentido, este vício de pensamento, PAULO MOTA PINTO, *Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros*, em “Direito Civil – Estudos”, 2018, Gestlegal, Coimbra, 331.



Soluções do tipo das do regime jurídico da agência foram, pois, sem surpresa, acolhidas entretanto no sector dos seguros, a vincular o segurador aos negócios celebrados em seu nome pelo mediador de seguros, mas sem poderes³⁶; sendo de observar que o conceito de distribuição de seguros, que define a categoria de *mediador de seguros* é marcadamente amplo, abrangendo actuações por conta de outrem que poderiam não se reconduzir à relação agente-principal³⁷.

³⁶ Cfr. o artigo 30.º, n.ºs 2 e 3 da Lei do Contrato de Seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

³⁷ Sobre esta matéria, as definições de “distribuição de seguros” e de “mediador” de seguros do novo regime jurídico da distribuição de seguros e resseguros (“RJDSR”), aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro (artigo 4.º, alíneas *a* e *c*). Repare-se que o mediador de seguros é aquele que exerça de forma remunerada a atividade de distribuição de seguros (artigo 4.º, alínea *c*) do RJDSR) e que a distribuição de seguros é definida amplamente como “qualquer atividade que consista em prestar aconselhamento, propor ou praticar outros atos preparatórios da celebração de contratos de seguro, em celebrar esses contratos ou em apoiar a gestão e execução desses contratos, em especial em caso de sinistro, incluindo a prestação de informações sobre um ou mais contratos de seguro (...)” O mediador pode, por isso, no limite, agir de forma independente, aconselhando o cliente, a seu pedido, sem qualquer ligação prévia a uma empresa de seguros (sendo qualificado, neste caso como corretor de seguros: artigo 9.º, n.º 1, alínea *b*) do RJDSR). Com efeito, ponderadas as duas categorias de mediadores de seguros - agente de seguros/corretor de seguros – apenas na primeira existirá actuação em nome e por conta de uma ou mais empresas de seguros, ao passo que na segunda a distribuição é feita de forma independente (alíneas *a*) e *b*) do artigo 9.º/1 do RJDSR). Sobre a distinção entre as duas categorias, JOSÉ ALVES DE BRITO, *Anotação ao artigo 9.º*, em PEDRO ROMANO MARTINEZ/FILIPPE ALBUQUERQUE MATOS (Org.), *Lei da Distribuição de Seguros Anotada*, 2019, Almedina, Coimbra, 119-122.



Assim, no domínio comercial, e como princípio geral, haverá que reconhecer uma potencial aplicação das soluções plasmadas nos arts. 22.º e 23.º do regime jurídico da agência aos casos em que o *dominus* haja recorrido a outrem para actuar por sua conta e no seu interesse, e tenha contribuído por alguma forma para a aparência de poderes e/ou da consolidação dos efeitos do negócio celebrado pelo sujeito na sua esfera³⁸.

13. Sobre o regime da gerência comercial, o abuso do direito (como sucedâneo da tutela da aparência) e a inadmissibilidade da invocação da falta de poderes por *venire contra factum proprium*

I – Se convergente com o regime do contrato de agência, a disciplina da gerência afasta-se já, do ponto de vista da tutela de

Sobre a proximidade (e a autonomia) entre mediação de seguros e agência, MARIA EDUARDA RIBEIRO, *Anotação ao Artigo 30.º*, em PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2016, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 199-201.

³⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, cit., 56 segs. Em sentido paralelo, advogando que em princípio a norma do artigo 23.º é aplicável a todos os contratos de cooperação ou de colaboração com o comércio de outrem, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., 117-118. Admitindo também “em termos prudentes” a aplicação da tutela de terceiros conferida pelo artigo 23.º para além das fronteiras da agência, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, cit. 1001 e segs.



terceiros, do que permite a mobilização da proibição geral do abuso do direito que vigora na nossa ordem jurídica.

Uma das constelações mais relevantes do abuso é a do *venire contra factum proprium*, em que o titular de uma determinada posição jurídica a exerce, inaceitavelmente, em contradição com um comportamento anterior, que suscitou a confiança dos sujeitos envolvidos³⁹. A ordem jurídica reage então à injustiça da situação que se produziria em virtude de um comportamento inconsequente, que defraudou expectativas. E pode fazê-lo de forma preventiva, impedindo o exercício em causa; precludindo, portanto (*ex ante*), o surgimento dessa injustiça⁴⁰.

Na verdade, se fosse consentido a um comerciante invocar a falta de poderes de um gerente que ele próprio colocou à frente do seu comércio, numa situação em que legitimamente tudo fazia crer que tinha atribuído a esse mesmo gerente poderes de representação, poderia caucionar-se facilmente um abuso do direito. Sendo que quanto mais tempo o comerciante tivesse deixado o gerente à frente do seu comércio, aparentando poderes que não tinha, sem reagir ou se deixar perturbar, mais a sua conduta se tornaria inadmissível.

E o abuso seria ainda maior caso o comerciante tivesse aproveitado dos negócios celebrados pelo gerente e viesse agora, apesar disso e depois de retirar benefícios do seu cumprimento, invocar a falta de ratificação de tais negócios; ao ponto de, mesmo que a confiança de terceiro não fosse justificada, poder ocorrer um

³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium – Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993*, cit. 700-701.

⁴⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 861.



abuso (com efeito, e em qualquer caso também: *equity must come with clean hands*).

Em ambas as situações perfilar-se-ia um inaceitável abuso do direito.

II – Contudo, mesmo não sendo altura de aprofundar as figuras do abuso susceptíveis de serem convocadas – *venire*, como dissemos, e também o *tu quoque*, principalmente⁴¹ -, importa salientar que há diferenças relativamente ao regime da imputação de efeitos ao comerciante em caso de gerência sem poderes.

Assim, no abuso avalia-se um comportamento do comerciante, comparando (ainda que em termos objectivos) duas atitudes, antecedente e consequente; ao passo que na disciplina da gerência sem poderes a imputação se liga à pura e simples investidura do gerente na função de gerência. A inconciliabilidade de conduta – em qualquer das formas que possa apresentar-se - não releva *qua tale*, pode não existir ou nunca ser alegada; só há um elemento de conexão do juízo – a investidura e/ou a manutenção na gerência –, e não dois.

Mas, por outro lado, na disciplina da gerência a tutela reclama - naturalmente - a demonstração da gerência (que envolve a actuação por conta alheia); enquanto para o abuso tal não se torna, de todo, necessário, o que confere a esta figura uma latitude maior. (Daí não advém, todavia, qualquer benefício para o sujeito, uma vez que demonstrar a gerência é ordinariamente muito mais fácil do que

⁴¹ Ensaíamos uma comparação na nossa *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 411 ss (em nota).



provar outras condutas pretéritas do sujeito, inconciliáveis com a alegação posterior de falta de poderes.)

Por outro lado, enquanto no abuso do direito, ao menos estando em causa a tutela da confiança, é imprescindível demonstrar a existência de um investimento de confiança justificativo da tutela, no regime da gerência tal não se revela necessário. Ou por outra: basta-se com a celebração de um negócio – qualquer que faça – com o gerente.

A confiança releva, certamente, ou não estivéssemos perante situações específicas de protecção da confiança conferidas pelo ordenamento. Mas, na construção da tutela, as “camadas normativas” são distintas, organizam-se de maneira diferente. O legislador erigiu antes a falta de confiança a requisito negativo: a confiança presume-se perante um *Tatbestand* de confiança, como a gerência, dotada de tipicidade social. Apenas se o terceiro conhecer a falta de poderes do gerente ao contratar com ele é que os efeitos do acto não são, imputados ao comerciante.

Por fim: enquanto no abuso do direito pode, em princípio, haver lugar a uma modelação das consequências a fim de as adequar na medida do estritamente necessário à protecção da contraparte – sendo por isso pensável uma tutela de tipo indemnizatório -, no regime da gerência a eficácia do negócio e a imputação dos seus efeitos ao comerciante encontra-se sempre assegurada, em benefício da contraparte (mesmo se, no caso concreto, excessiva, há um vector de “normalização” ligado à necessidade de uma defesa uniforme, enérgica e expedita do tráfico jurídico que justifica uma protecção positiva da confiança).

Além de que, na gerência, o terceiro dispõe de uma acção



autónoma e alternativa contra o gerente (nos termos do art. 252.º § único), enquanto o abuso o não permite.

São, pois, várias, e sensíveis, as diferenças.

Não estando em causa a reacção, como no abuso, a um comportamento dual do sujeito – comparando a sua conduta actual com uma outra antecedente que tenha tomado –, a disciplina da gerência entende-se melhor como expressão de uma responsabilidade ligada simplesmente a uma situação de facto imputável, directa ou indirectamente, a uma conduta do comerciante: ou a instituição ou a manutenção da gerência por parte dele que envolve, na normalidade social, uma dimensão declarativa implícita, de atribuição de poderes de representação. Nessa medida, como dissemos, a tutela do terceiro no regime da gerência comercial compreende-se como fazendo parte, dentro da responsabilidade pela confiança, de uma responsabilidade por declarações, *rectius*, de aparência de declarações.

14. Excurso breve sobre sucedâneos imperfeitos: responsabilidade civil, gestão de negócios e enriquecimento sem causa

I - O regime da gerência comercial, e bem assim a tutela positiva da confiança nas declarações ou, mesmo, o abuso do direito na sua consequência da preclusão do exercício de uma posição jurídica, confluem todos no reconhecimento da eficácia perante o comerciante do negócio celebrado pelo gerente com terceiro.



Consoante os casos, ou porque a oponibilidade pelo terceiro dos efeitos desse negócio se dê ainda nos termos da teoria do negócio e como consequência da autonomia privada negocial do comerciante (procuração ou ratificação tácita, presumidas ou demonstradas pelo terceiro), ou então já que se transcende o âmbito da autonomia negocial do comerciante e nos situamos agora em planos dogmáticos distintos, como a responsabilidade (positiva) pela confiança.

O negócio, numa palavra, é tratado como eficaz, e os seus efeitos imputados ao comerciante, para protecção do terceiro contratado pelo gerente. Pode, pois, o terceiro exigir o cumprimento dele ao comerciante (*v.g.*, no nosso caso-base, o pagamento do preço da empreitada).

Distinta é a tutela indemnizatória do terceiro na situação de uma falta de poderes que produza a ineficácia do negócio perante ele, causando-lhe prejuízos: porque, por exemplo, realizou a sua prestação convicto da vinculação do representado, mas já não pode exigir a contraprestação por falta de poderes do representante.

De facto, nalgumas hipóteses ao menos, é possível imputar esse prejuízo ao representado (comerciante), por exemplo, a título de *culpa in contrahendo*; podendo também o representante ser chamado a responder por culpa na formação dos contratos perante o terceiro se culposamente se apresentou a negociar sem esclarecer a contraparte, ao menos, de que não tinha poderes para vincular o representado⁴².

⁴² Propugnamos na verdade, a possibilidade de extensão da relação pré-negocial a certos terceiros em relação ao contrato a celebrar, por exemplo, em certas



Esta forma de protecção do terceiro é alternativa à invocação da eficácia do negócio, pois implica o reconhecimento da sua ineficácia, sendo precisamente dessa ineficácia que advém o prejuízo a ressarcir.

O regime da gerência comercial não afasta a tutela indemnizatória do terceiro; tanto mais que ele se destina a favorecer o terceiro, não a impor-se-lhe. Nessa perspectiva, a protecção ressarcitória (designadamente através da *culpa in contrahendo*) ainda se poderia hoje acomodar, de algum modo, na expressão do art. 252.º § único, ao referir-se aí a possibilidade genérica de o terceiro “accionar o gerente ou o proponente”.

Compreende-se, contudo, que, conquanto se trate de uma forma de protecção colocada na disponibilidade do terceiro que contrata com o gerente, este ordinariamente não a preferirá, se beneficia da tutela forte da plena eficácia e oponibilidade do negócio ao comerciante. Tanto mais que essa tutela lhe abre ainda portas para a indemnização do interesse de cumprimento no contrato (diferentemente da invocação da *culpa in contrahendo*, que só lhe indemniza o dano de confiança decorrente da celebração de um contrato ineficaz por ausência de poderes do gerente).

II – Considerando na sua globalidade o regime da gerência, pode dizer-se que a protecção indemnizatória do terceiro - propiciada pelo ordenamento ao terceiro que contratou com um gerente sem poderes, ao abrigo à luz de regras e princípios gerais como a *culpa in*

circunstâncias, a representantes. Cfr., desenvolvidamente, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 99 segs.



contrahendo – representa um substituto muito imperfeito e insatisfatório desse mesmo regime.

Igualmente imperfeito e insatisfatório é o regime do enriquecimento sem causa e, ainda mais, o da gestão de negócios. Mas, conquanto longe do regime da gerência comercial, ambos proporcionam, tal como a *culpa in contrahendo*, linhas para uma solução possível para o caso-base que apresentamos.

A sua consideração, ainda que breve, completará o nosso quadro de análise, fazendo ressaltar a pertinência e a importância do vetusto regime da gerência na nossa ordem jurídica.

III – A gestão de negócios apresenta contornos fluidos e desde há muito se tem objectado à sua utilização como *Allzweckinstrument*. De todo o modo (e mesmo sem nos embrenharmos nessa discussão⁴³), particularmente quando o terceiro admite como possível, ou tem a consciência da falta de legitimidade do gerente para dirigir o comércio alheio em causa e, não obstante, pretende actuar no interesse e por conta do comerciante, poderá (não obstante a intermediação do gerente) equacionar-se a sua actuação como gestor de negócios do comerciante. Derivando então contra o

⁴³ Ilustrando exemplarmente o tema, veja-se entre nós, como obra de referência, JÚLIO VIEIRA GOMES, *A Gestão de Negócios/Um instituto numa encruzilhada*, Coimbra, 1993. Confronta-se ainda do Autor, mais recentemente, a nota 4 ao art. 464 do *Comentário da Universidade Católica ao Código Civil/Direito das Obrigações (Das Obrigações em geral)*, Lisboa 2018.

Muito instrutivo a respeito do papel da gestão de negócios nos contratos nulos, cfr. na doutrina alemã recente, Mathias Habercade/Jan Schürnbraud, *Zur Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigem Vertrag*, AcP 220 (2020), 2 ss.



comerciante os respectivos direitos, variáveis consoante a gestão seja ou não regular.

Em si, a convocação da gestão não surpreende. Ela dá corpo, tal como o mandato, a uma actuação por conta. Na ausência de mandato conferido ao gerente de comércio, tanto pode intervir para justificar a actuação por conta do gerente, conformando a relação “interna” deste com o comerciante, como ser chamada – e é o que agora nos interessa -, a regular a relação entre o terceiro e o comerciante (*dominus*), em especial quando o terceiro saiba ou suspeite que a actuação por conta não se alicerça em nenhuma incumbência dada pelo comerciante ao gerente.

Consequentemente, se a gestão for regular, o terceiro tem direito ao pagamento das despesas em que incorreu e à indemnização dos prejuízos que tenha sofrido (cfr. o art. 468, n.º 1, do CC)⁴⁴. De qualquer forma, caso tenha correspondido ao exercício da actividade profissional do gestor – o que ocorre facilmente quando a contraparte no negócio celebrado com o gerente for também um comerciante -, este último deve ser remunerado, nos termos do artigo 470.º, n.º 1 do Código Civil⁴⁵.

Não se consegue, porém, de modo algum, uma solução tão ampla e, mesmo assim, igual à da eficácia do negócio propiciada pelo

⁴⁴ Sem interesse (para nós) é a hipótese de o comerciante (*dominus*) ratificar a gestão praticada pelo gerente enquanto seu gestor ao abrigo do art. 471, caso em que efectivamente o negócio celebrado pelo gerente (sem poderes) com terceiro seria eficaz.

⁴⁵ Na falta de ajuste entre as partes, a remuneração é determinada pelas tarifas profissionais aplicáveis ou, na sua falta, pelos usos. Em última análise, regem juízos de equidade (cfr. o art. 1158.º, n.º 2, *ex vi* do art. 470.º, n.º 2, ambos do CC).



regime da gerência. Só este faz valer o negócio nos exactos termos em que o terceiro que contratou o gerente o pensou. E ainda quando tenha direito a uma remuneração ao abrigo dos preceitos da gestão, a retribuição a conceder-lhe é a usual e não a efectivamente convencionada.

Só com diversas hesitações e constrangimentos, pois, a gestão será um sucedâneo possível da eficácia do negócio.

IV - Uma outra nota para pôr, por fim, em perspectiva o regime da gerência comercial perante o enriquecimento sem causa, que também poderia convocar-se quando o terceiro que contrata com o gerente realiza a prestação a que se obrigou, mas se vê depois confrontado com a alegação, pelo comerciante, da falta de poderes do gerente para o vincular, quando exige dele a contraprestação.

Sendo a conduta do gerente de comércio tipicamente por conta, a actividade prestacional do terceiro tem por destinatário o comerciante. Nos casos em que este tenha pessoalmente recebido a prestação que lhe era dirigida ou em que, de todo o modo, seja considerado o *accipiens* da prestação (nos termos e para os efeitos resultantes dos arts. 769 e 770 do Código Civil), enriquece se não há contrato de cobertura. Pelo que tem de restituir ao terceiro a prestação, ou o seu valor, no montante com que se encontre locupletado: pois não haverá causa que justifique a atribuição patrimonial feita pelo terceiro.

É o que decorre do disposto nos arts. 473.º, 476.º, n.º. 1, 479.º, n.º. 1, e 480.º, todos do Código Civil.

O enriquecimento sem causa corrige, contudo, deslocações



patrimoniais, pelo que o terceiro não pode exigir a contraprestação em vista da qual realizou a sua própria prestação, tendo de contentar-se com a entrega do seu valor objectivo, se a restituição em espécie não for possível.

Mais raras, embora possíveis, serão as hipóteses em que o *accipiens* da prestação é o gerente e o comerciante apenas um terceiro, mediatamente locupletado.

As relações triangulares resultantes podem ser complexas. *Breviter*, a acção de restituição pode então ser dirigida directamente contra o gerente que se encontre locupletado; mas, verificando-se uma atribuição patrimonial indirecta ao comerciante, sem prejuízo da possibilidade de demandar o comerciante nos termos do art. 481 do Código Civil.

Em qualquer dos casos trata-se apenas de corrigir uma deslocação patrimonial realizada, estando por isso a obrigação restitutória sujeita aos limites próprios da teleologia e fins do enriquecimento sem causa. O terceiro não tem direito à contraprestação. Esta a principal – e essencial – diferença relativamente ao regime da gerência comercial.

V – Só, pois, de modo muito imperfeito, a responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa permitem tutelar o terceiro que contrata com o gerente comercial. Não dispensam nem substituem, de forma alguma, a disciplina do Código Comercial.



15. De volta ao caso-base: concurso de modelos de decisão, sedimentações culturais e dogmática jurídica

I – Regressando, depois deste périplo, ao nosso caso-base, verifica-se que o regime da gerência comercial permite comodamente tutelar a posição daquele que contrata com o gerente; pois esse regime vincula o comerciante, abrindo, desta forma, ao terceiro a possibilidade de o demandar directamente para cumprimento das obrigações assumidas pelo gerente por conta dele.

T podia, por isso, demandar *A* e *B* para reclamar deles o pagamento da empreitada contratada por *F*, gerente, por conta deles - sem que *A* e *B* tivessem a possibilidade de lhe opor a falta de poderes de *F* para o efeito -, com base no simples facto de terem instituído ou mantido *F*, como gerente, à frente do seu comércio.

É, portanto, expedita, simples e facilitadora das exigências do tráfico jurídico a solução apresentada pelo nosso antigo Código Comercial.

Nenhuma das alternativas gerais proporcionadas pelo direito comum que, mesmo que *a vol d'oiseau*, passamos em revista, lhe sobreleva. Não que o direito comum seja menos sábio que o comercial: ocorre apenas que as suas preocupações são mais gerais. Aquilo que é, efectivamente, uma *lex specialis*, um regime particular justificado para certo tipo de relações sociais típicas, decantado de uma certa experiência da realidade comercial – aliás, se bem se reparar, medular -, não o pode ser para a generalidade das situações jusprivadas, em que importa defender mais energicamente a autonomia privada de cada um, e a incolumidade da sua esfera,



perante interferências daqueles que actuam indevidamente em nome, ou por conta de outros, sem para tal estarem legitimados.

Mas não há dúvida que as linhas argumentativas que conduzem à protecção do terceiro que contrata com o gerente de comércio convergem também em grande medida, podendo, mesmo, sobrepor-se. Verifica-se, pois, que uma ordem jurídica pode propiciar, para casos paradigmáticos, modelos de decisão diversos e concorrentes. Hipóteses de concurso de pretensões - ou de concurso de fundamentos de pretensões – revelam-se assim, também, como situações de *concurso de modelos de decisão*.

Resolve-se de harmonia com as regras gerais.

No nosso caso-base prevalece o propiciado pela lei (comercial): um conflito de modelos de decisão, por isso que lhe subjaz igualmente um conflito de normas, não pode deixar de se solucionar também com recurso aos critérios que dirimem estes últimos. A lei especial prevalece.

Coloca-se, no entanto, a questão de saber porque é que, perante a disponibilidade de um regime como o da gerência comercial, teimam em surgir outros argumentos, e irrompem outros modelos de decisão que (quase) parecem ignorá-lo.

A resposta é simples: o Direito corresponde a uma realidade cultural, do mundo do espírito, viva e historicamente moldada; feita de sedimentações estruturadas em momentos e contextos distintos.

Apresenta-se – sem dúvida - racional, mas a sua formação não é *more geometrico*, nem ocorre segundo um plano pré-determinado em todas as suas consequências. Desenvolve-se a partir do caso que o convoca, normalmente por tentativas (num processo de *trial and*



error), ainda quando se procure construir a sua resposta a partir das coordenadas gerais do sistema. Assimilando o caso, o sistema apresenta-se assim, inevitavelmente, *in fieri*, sempre inconcluso.

É, portanto, natural, que o sistema evolua através de estratificações jurídicas díspares, provindas de necessidades e contextos distintos, correndo muitas vezes em paralelo, sem intercomunicação suficiente.

A elaboração dogmática surge posteriormente: explica, integra, corrige e potencia o desenvolvimento do sistema em ordem ao desempenho da sua função, mas não aplanar a marca da origem, nem apaga a história e a cultura.

Por essa razão pode o regime específico da gerência comercial conviver com a doutrina da representação aparente. Constitui a resposta clássica do direito comercial aos problemas da vinculação do comerciante pelos actos dos gerentes, mas não exclui teorias que a dogmática do direito comum desenvolveu entretanto com outro tipo de amplitude, embora pelo preço de um menor ajustamento às especificidades de certas relações típicas.

Do ponto de vista histórico, pertence-lhe a precedência sobre esta. Só de um ponto de vista teórico, por elaboração dogmática, poderia ser considerada uma manifestação desta, como regime clássico surgido no comércio e para o comércio.

Claro está que a primogenitura do regime comercial da gerência que possa estar em causa não é, evidentemente, de cariz dogmático ou teórico. Às teorias jurídicas pertence a ordenação das estruturas jurídico-argumentativas em contextos coerentes e concatenados mais amplos, simplificando-as e contribuindo, desse modo, para a



sua melhor explicitação e congruente aplicação.

Por isso, pode dizer-se que, considerando a macroestrutura da nossa ordem jurídica, o regime da gerência comercial que procuramos esclarecer se reparte entre a teoria do negócio e a teoria da confiança. A dupla filiação teórico-dogmática que daqui resulta não é, porém, dispersiva, nem se nos apresenta contraditória.

A ligá-las encontra-se a gerência comercial como situação (comercial) - ontem, hoje e, certamente, no porvir - socialmente típica, bem arreigada na estruturação da empresa mercantil: uma situação paradigmática, que por ser una, experimentou um mesmo e autónomo processo histórico de desenvolvimento jurídico: testemunhando o “serviço da vida” que, antes de tudo o mais, o Direito exerce.

Manuel Carneiro da Frada

Francisco Mendes Correia