

**J. P. REMÉDIO MARQUES**  
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
e da Universidade Lusíada do Porto  
Mestre em direito

# **DIREITO COMERCIAL**

**·INTRODUÇÃO. FONTES. ACTOS DE COMÉRCIO.  
COMERCIANTES. ESTABELECIMENTO.  
SINAIS DISTINTIVOS**

Coimbra  
1995

COMPOSIÇÃO, IMPRESSÃO  
E DISTRIBUIÇÃO:

**ReproSet**

Telefone/Fax.: (039) 32 333  
CASAL FERRÃO - ARMAZÉM 5  
ALTO DA ESTAÇÃO VELHA  
3020 COIMBRA

A meus pais  
e  
A meu irmão Pedro

## SIGLAS

- AcP — Archiv für die civilistische Praxis  
AcRC — Acordão da Relação de Coimbra  
AcRE — Acordão da Relação de Évora  
AcRL — Acordão da Relação de Lisboa  
AcRP — Acordão da Relação do Porto  
AcSTJ — Acordão do Supremo Tribunal de Justiça  
Bol. Prop. Ind. — Boletim da Propriedade Industrial  
Bol. Min. Just. — Boletim do Ministério da Justiça  
Cód. Proc. Civil — Código de Processo Civil  
Cód. Prop. Ind. — Código da Propriedade Industrial  
Col. Jur. — Colectânea de Jurisprudência (Associação de Magistrados Judiciais)  
Data Juris — Data Juris, Base de Dados de Direito e Informática, Coimbra  
DL — Decreto-lei  
GRUR — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht  
GRUR int. — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil  
JOCE — Jornal Oficial das Comunidades  
RAU — Regime do Arrendamento Urbano (aprovado pelo DL nº 321-B/90, de 15-10)  
RDC — Rivista di Diritto Commerciale

## Apresentação

*Este livro tem, como todas as obras, uma gestação temporalmente circunscrita; o que, se não ajuda a compreender o seu conteúdo e a sua dimensão, serve, sobretudo, para perceber as suas limitações.*

*Foi-me confiada, no Departamento de Direito da Universidade Lusitana do Porto, uma regência da cadeira – do 3º ano Jurídico – de Direito Comercial, no ano lectivo de 1993-94, após ter defendido, no ano anterior, dissertação do Mestrado, em Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Escolas às quais gratamente muito devo da minha formação.*

*As profundas alterações legislativas já introduzidas no âmbito do Direito Comercial – de que são exemplo recente o Novo Código da Propriedade Industrial e o Código de Processo Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência – e a introduzir em futuro próximo – como se anuncia no que a um nóvel Código Comercial diz respeito – e bem assim as descontinuidades, quicá conciliadoras, que se detectam, não só no sistema interno da própria disciplina (subjectivismo objectivismo; direito profissional do empresário-comerciante ↔ direito dos actos de comércio), outrossim no seu sistema externo (cujos «sinais» se topam nos desenvolvimentos legislativos concernentes à protecção dos direitos dos consumidores, da repressão das práticas restritivas da concorrência), fizeram-se pensar que era mister contribuir – conquanto só uma bonomia invulgar conseguirá perceber os propósitos que nos guiaram – para a renovação da análise doutrinal do direito comercial.*

*Empreendemos essa tarefa ao publicar, no ano lectivo 1993-94, umas lições, em versão policopiada, para uso dos estudantes. Esse texto destinava-se a ser utilizado em coordenação com os magistrais escritos do Prof. FERRER CORREIA (Lições de Direito Comercial, 3 vols., Coimbra, 1973-1975) e do Prof. ORLANDO DE CARVALHO (Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Coimbra, 1967). E ficou ele concluído em finais de 1994, em grande parte devido à necessidade de nele já ser tratada a matéria*

relativa aos sinais distintivos do comércio, constante do Novo Código da Propriedade Industrial, aprovado em Conselho de Ministros em princípios de Novembro de 1994, cujo acesso se deve à inestimável amabilidade do nosso colega Dr. VÍTOR CALVETE.

É esse texto que agora se dá à estampa. O desejo de o desenvolver e completar (posto que não inclui as matérias relativas aos Títulos de Crédito e às Sociedades Comerciais) não passa, por enquanto do limbo das boas intenções. Apesar disso publica-se, justamente, porque foi escrito e não se entrevê motivo para não dar conta do labor docente que o gerou.

O livro não pretende ser um manual ou um tratado. Pretende tão somente oferecer uma visão estrutural de (alguns) dos principais problemas de «Direito Comercial» português.

Por que se considera indispensável evitar a crescente banalização do ensino superior tentou-se conciliar o instável equilíbrio entre as exigências de um discurso descritivo e as vantagens de um discurso problematizante.

Ora, esta intenção pressupõe o enriquecimento doutrinal do texto através da introdução de novos debates e da recepção de contributos teóricos mais recentes. Sem, todavia, nunca se perder de vista o auditório onde se jogam e decidem os conflitos de interesses: os tribunais; o que se fez através do recenseamento – aliás incompleto – da jurisprudência, ora convergente, ora divergente, do que, em texto, se vai expondo.

Doutra banda, as preocupações pedagógicas, impostas pela necessidade de o livro ser utilizado como texto de estudo, levaram a que se utilizasse um corpo tipográfico possibilitador de uma melhor individualização, pelos alunos, do núcleo essencial das matérias.

Elaborado o livro, não só com o desígnio de servir a comunidade jurídica, mas fundamentalmente o ensino universitário, bem se compreenderá que, também, o dediquemos gostosamente aos seus principais destinatários. Oxalá possa cumprir os objectivos que lhe assinam.

Coimbra, Janeiro, 1995

## Visão Global da Literatura sobre Direito Comercial

A literatura que aqui se refere sobre o direito comercial não é exaustiva mas seleccionada. Só se mencionam as obras de mais relevante interesse, de acordo com os seguintes critérios:

- 1) *Tendencial globalidade de tratamento*, motivo pelo qual apenas são indicados tratados, manuais, monografias e livros de estudo;
- 2) *Actualidade e actualização* das obras, motivo por que se indica a literatura que, essencialmente, diz respeito ao direito comercial vigente nos respectivos países ou, pelo menos, foca problemas considerados actuais.
- 3) *Proximidade problemática e influência doutrinal* das obras, o que implica alguma economia das referências bibliográficas aos autores e *praxis* de países que, directa ou indirectamente, têm tido influência no direito comercial português.

Nos capítulos subsequentes refere-se, sempre que se julga necessário, a literatura *especial* sobre as respectivas matérias, igualmente dentro, tanto quanto possível, da mesma preocupação selectiva.

A. Direito Comercial PortuguêsI - Livros de Estudo, Manuais, tratados, comentários, colectâneas

- FERRER CORREIA, A. — *Licções de direito Comercial*, 3 vols. (policopiado), Universidade de Coimbra, 1973.
- FERNANDO OLAVO — *Direito Comercial*, I, 2ª ed., 1974.
- MÁRIO DE FIGUEIREDO — *Licções de Direito Comercial* (coligidas por Eduardo Ralha), 2ª ed., 1937.
- PINTO COELHO — *Licções de Direito Comercial*, I, 3ª ed., Lisboa, 1957.
- GUILHERME MOREIRA — *Apontamentos de Direito Comercial* (coligidas por Alberto Menano), Coimbra, 1919.
- BARBOSA DE MAGALHÃES — *Licções de Direito Comercial* (coligidas por Bessone D'Abreu), Lisboa, 1917.
- FERNANDO VAZ — *Licções de Direito Comercial* (coligidas por A. Pinto Gouveia), Coimbra, 1907.
- AZEVEDO e SILVA — *Commentario ao Novo Código Commercial Portuguez*, Lisboa, 1888.
- ADRIANO ANTERO — *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, I, 2ª ed., Porto.
- CAEIRO DA MATA — *Direito Comercial Português*, Coimbra, 1910.
- BRITO CORREIA, L. — *Direito Comercial*, A.A.F.D.L., 3 vols., Lisboa, 1987-1992.
- PAULO SEDIM — *Licções de Direito Comercial e de Direito da Economia*, 2 vols., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1979-1980.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. — *Direito Comercial*, I, Lisboa, 1985-1986.
- LOBO XAVIER, V. G. — *Direito Comercial* - (Sumários), Coimbra, 1977-78.
- ANTÓNIO CAEIRO/NOGUEIRA SERENS — *Código Commercial - Legislação Complementar*, 5ª ed., Coimbra, 1992.
- ABÍLIO NETO/CARLOS MORENO — *Código Commercial. Código das Sociedades Comerciais e Legislação Complementar Anotadas*, Lisboa, 1986.
- PIRES CARDOSO, J. — *Noções de Direito Comercial*, Atlântida Ed., 1979.

- PEREIRA DE ALMEIDA, A. — *Direito Comercial* (policopiado), Lisboa, A.A.F.D.L., 1978-79.
- CUNHA GONÇALVES, L. da — *Comentário ao Código Commercial Português*, 3 vols., Lisboa 1914.
- PUPO CORREIA, M. — *Direito Comercial*, 3ª ed., Lisboa, Universidade Lusfada, 1994.
- PINTO FURTADO, J. — *Código Commercial Anotado*, Coimbra, 1975.

II - Monografias, Artigos

- Temas de Direito Comercial* (vários autores), Coimbra, 1986.
- As Operações Comerciais* (vários autores) trabalhos do curso de Mestrado sob a orientação do Professor Doutor Oliveira Ascensão, Coimbra, 1988.
- ORLANDO DE CARVALHO — *Critério e Estrutura do Estabelecimento Commercial*, Coimbra, 1967.
- LOBO XAVIER, V da G. — *Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXIV (1977), nº. 4.
- NOGUEIRA SERENS, M. — *A propósito do Assento nº. 4178: o art. 10º do Código Commercial na doutrina e na jurisprudência*, in *Revista de Direito e Economia*, Ano V, 1979.
- PINTO FURTADO, J. — *Disposições Gerais do Código Commercial*, Coimbra, 1984.
- SIMÕES DE OLIVEIRA — *Vigência das normas de conflitos no Código Commercial após a entrada em vigor do Código Civil*, in *Scientia Iuridica*, tomo XIX.
- PAULO SENDIM — *Artigo 230º, Código Commercial e a teoria jurídica da empresa mercantil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor FERRER CORREIA)*, Coimbra, 1989, pág. 909 e segs.
- ÂNGELA COELHO, M. — *A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual*, in *Revista de Direito e Economia*, nº. 6/7 (1980/1981), pág. 3 e segs.

- LOBO XAVIER, V da G. — *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976.
- PINTO RIBEIRO, J. A./PINTO DUARTE, R. — *Dos agrupamentos complementares de Empresas*, 1980.
- RAUL VENTURA — *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais — Alterações do contrato de sociedade; sociedade por quotas*, Coimbra, 1987.
- *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais — Fusão, cisão e transformação de sociedades*, Coimbra, 1990.

## B. Direito Comercial Espanhol

### I - Livros de Estudo, Manuais, Tratados.

- GARRIGUES, J. — *Tratado de Derecho Mercantil*, 3 vols., Madrid, 1964.
- GONDRA, J. M. — *Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ CALERO — *Instituciones de Derecho Mercantil*, 14ª ed., Madrid, 1990.
- URÍA — *Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1993.
- GIRÓN — *Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1987.
- OLIVENCIA — *Derecho Mercantil*, (coord. por G. GIMÉNEZ), Barcelona, 1991.
- VICENT CHULIÀ, F. — *Compendio de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Barcelona, 1991.
- VICENT CHULIÀ — *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo I, 2 vols., 3ª ed., Barcelona, 1991.
- BROSETA PONT, M. — *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed. Madrid, 1991.
- *idem*, Tomo II, 3ª ed., Barcelona, 1990.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.) — *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990.
- *Derecho Mercantil*, 2ª ed., 2 tomos, Barcelona, 1992.
- ILLESCAS — *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1992.

## C. Direito Comercial Italiano

### I - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

- ASCARELLI, T. — *Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè-Editore, Milano, 1962.
- FERRI, G. — *Manuale de Diritto Commerciale*, Torino, 1980.
- AULETTA, G. — *Diritto Commerciale*, Milano, 1984.
- GALGANO, I. — *Diritto Commerciale*, 2 vols., 3ª ed., 1987.
- AULETTA, G./SALANITRO, N. — *Diritto Commerciale*, 8ª ed., Milano, 1993.
- PAJARDI, P. — *Manuale di Diritto Fallimentare*, 3ª ed., 1991.
- DENOZZA, F./JAEGGER, P. G. — *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. I, Milano, 1989.
- COTTINO, G. — *Diritto Commerciale*, vol. I, 3ª ed., Padova, 1993.
- COLUSSI, V./ZATTI, P. — *Diritto Commerciale*, 4ª ed., Padova, 1993.
- LA LUMIA — *Corso di Diritto Commerciale*, vol. I, 1950.
- DE FERRA, G. — *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 1989.
- PELLIZI, G. L. — *Saggi di Diritto Commerciale*, Milano, 1986.
- CAMPOBASSO, G. F. — *Diritto Commerciale*, 1. Diritto dell'impresa, 2ª ed., Utet, Torino, 1993.
- GALGANO, F. — *Sommario di diritto commerciale*, 2ª ed., Giuffrè Milano, 1990.

## D. Direito Comercial Francês

### I - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

- RIPERT, G. — *Traité de Droit Commercial*, 14ª ed., Paris, 1991.
- JAUFFRET, A. — *Droit Commercial: manuel*, 20ª ed., 1991.
- BOY, L. — *Droit civil: initiation au droit des Affaires*.
- CHATIER, Y. — *Droit des Affaires*, Paris, P.U.F., 1990.

E. Direito Comercial AlemãoI - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

CAPELLE/CANARIS — *Handelsrecht*, 20ª ed., München, 1988.

BAUMBACH/DUDEN/HOPT — *Handelsgesetzbuch*, 28ª ed., München, 1989.

SCHMIDT, K. — *Handelsrecht*, 3ª ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1987.

HUBNER — *Handelsrecht*, 2ª ed., Heidelberg, 1985.

WIEDEMANN — *Handelsrecht*, 6ª ed., München, 1992.

II - Comentários

SCHLEGELBERGER, F. — *Kommentar zum HGB*, 6 vols., 5ª ed., München, 1973-1986.

F. Direito Comercial InglêsI - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

CHARLESWORTH-SCHMITHOFF — *Mercantile Law*, 15ª ed., London, 1991.

LOWE — *Commercial Law*, 3ª ed., London, 1970.

SMITH/KEENAN — *Mercantile Law*, 6ª ed., London, 1985.

G. Direito Comercial BelgaI - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

VAN RYN — *Principes de droit commercial*, 4 vols., 2ª ed., Bruxelles, 1976-1988.

H. Direito Comercial Norte-AmericanoI - Livros de Estudo, Manuais, Tratados

DUNFEE/GIBSON/WHITMAN — *Modern Business Law*, 2ª ed., New York, 1989.

WYATT/WYATT — *Business Law*, 6ª ed., New York, St. Louis, 1979.

BERGH/CONNINGTON — *Business Law*, 6ª ed., New York, 1964.

II - Comentários

WHITE/SUMMERS — *Uniforme Commercial Code*, 3ª ed., St. Paul (Minnesota), 1988 (atualizado em 1991).



**§ 1. O MUNDO AMBIENTE ESTRUTURANTE  
DO COMÉRCIO E DO DIREITO COMERCIAL**

§1. O Mundo Ambiente estruturante do Comércio e do Direito Comercial

A. O comércio como objecto do Direito Comercial.

Neste curso de Direito Comercial o *objecto* convencional de que se parte é o que segue:

- (1) - o objecto do Direito Comercial é o estudo do estatuto jurídico do comércio, perspectivado tanto do ponto de vista objectivo — vale dizer na juridicidade do mercado económico do comércio entendido a partir de determinados actos, em si mesmo considerados — como no enfoque subjectivo, qual tutela dos interesses dos sujeitos económicos desse mercado, enquanto *direito subjectivo* categorial-institucional dos comerciantes-empresários, titulares ou não de uma *empresa*.

De facto, o regime liberal do mercado de comércio conduziu ao entendimento abstractizante da sua realidade vista em actos ou factos do comércio. A *objectivização*, referida à produção e circulação dos próprios bens do mercado, visou aplicar, nas relações com os consumidores, um unitário regime jurídico, prevalentemente virado para a tutela dos interesses dos *comerciantes* (cfr., HECK; *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen rechte besonderes Handelsprivatrecht*, in ACP, 1902, pág. 446). Ora, o particularismo do direito comercial, conquanto o seu objecto não coincida, como veremos, com a actividade económica do comércio, foi surpreendido na *juridicidade* de um paradigma de *mercado*, que tem nessa

actividade o seu *leitmotiv*. A referida *codificação*, vazada na adiante estudada teoria dos actos de comércio, contribuiu para o alargamento do comércio [ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in RDC, 1934, pág. 6 e segs.; entre nós, PAULO SENDIM, *O artigo 230º do código comercial e teoria da empresa mercantil*, in BFDC, Coimbra, 1989; - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. FERRER CORREIA - pág. 909 e segs.].

Compreende-se, assim, a necessidade de uma aproximação problematizante aos conceitos de *comércio*, *comerciante*, *actos de comércio*, *empresa*. O comércio, por exemplo, não é uma essência invariável, outrossim se conexas com práticas humanas cambiantes e multiformes. Uma das formas de captar o fenómeno do *comércio* é, justamente, a análise dos usos do vocábulo *comércio*. Que o mesmo é dizer, para se ganhar algum conhecimento sobre as realidades extra-linguísticas designadas por *comércio*, é cientificamente razoável começar pelos usos dos vocábulos talqualmente estes se revelam nas mensagens comunicativas dos falantes de uma determinada comunidade, justamente a dos *comerciantes*.

Científica e metodologicamente parte-se do pressuposto que: a) o uso da palavra *comércio* não é um *a priori* arbitrário; b) o vocábulo *comércio* tem referentes extralinguísticas; c) aquilo sobre que incide o *comércio* é convencionalmente constituído, *rectius*, auto-constituído, no sentido em que é construção do homem; d) exclui-se, por isso, um qualquer *quid* visto enquanto *essência* ou revelado como objecto transcendental. Sobre esta intertextualidade cfr., WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, Lisboa, 1987.

O que não quer significar que estes usos da linguagem comum façam precluir a possibilidade de reconstrução do conceito de *comércio*, usado pelos investigadores (economistas, sociólogos, juristas, antropólogos) com um alto grau de acordo intersubjectivo. É que, mesmo numa perspectiva empirista não

pode dispensar-se, também neste domínio, a utilização de conceitos com um *uso bem radicado na ciência*, cfr. em geral, sobre a determinação do objecto na teoria da ciência, AROSO LINHARES, J. M., *Regras de Experiência e liberdade objectiva dos juízos de prova*, Coimbra, 1988, pág. 164 e segs.

Ora, do ponto de vista da economia, o uso radicado da expressão na referida ciência, não é uniforme, conquanto a ciência económica esteja habilitada a traduzir conceitualmente essa realidade objectiva. Vale dizer que o termo *comércio* não denota (também) na economia uma unívoca *natureza das coisas*.

A língua, hoje, não é uma *substância mas uma forma* (SAUSSURE), isto é, um sistema com substância e forma de significante e um sistema com substância e forma de significado. Neste sentido, as normas do código comercial e demais legislação avulsa, pertinente a essa disciplina, contituem um sistema de expressão e de conteúdo. Donde, se potergou a concepção tradicional sobre a linguagem enquanto mera função de designação de objectos (como o era em Platão e, sobretudo, a partir de Aristóteles; cfr., GADAMER, H. G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4ª ed., Tübingen, 1975, pág. 383 e segs.). Com efeito, o modo de dação dos objectos não é mais considerado, apenas, como uma questão de certificação pela nossa consciência, mas como momento constitutivo da objectividade dos objectos, ou seja, não pode haver uma referência a objectos independentemente da linguagem. Afastamo-nos, pois, do reflectir da relação sujeito-objecto (modo, aliás, tradicional por que se aborda o estudo de qualquer ramo do direito), no sentido da problematização da mediação sujeito-sujeito, posto o problema da verdade não é já analisado em termos de representação (por exemplo, os enunciados que constatarem ou asseverarem algo sobre o *mundo-dos-factos* seriam os únicos susceptíveis de verdade), no contexto da relação pensamento-objecto, mas, sim, através da reconstrução semântica da *teoria da correspondência da verdade*. Isto é, considera-se, hoje, a dimensão pragmática dos enunciados e a tematização do contexto situacional (cfr. BÖHLER, D., *Rekonstruktive Pragmatik*

*von der Bewußtseinsphilosophie zur Kommunikations reflexion: Neubegründung der praktischen wissenschaften und Philosophie*, Frankfurt, 1985, pág. 89 e segs.; SOUSA E BRITO, J., *Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1987, pág. 451; LAMEGO, J., *Hermenêutica e Jurisprudência*, 1990, pág. 127 e segs.).

Daí que a feitura, interpretação, integração ou aplicação das normas do direito comercial é sempre uma tarefa em situação (contexto de situação). A função vivificadora do legislador e do juiz, neste domínio, não se concebe sem uma referência às condições, históricas, sociais, económicas, culturais, etc. para as quais reenvia, explícita ou implicitamente, a mensagem das leis (o referente situacional) não desprezando, obviamente, o contexto, isto é, a explicação linguística da situação (cfr. em geral, PALMER, F. R., *Semantics. A new outline* (trad. port.), Lisboa, 1979, pág. 61).

É aqui oportuno recordar que a relação entre o significante e o significado é convencional, resulta de um acordo entre os que a usam<sup>(1)</sup>. E esta convenção poder ser mais ou menos sólida, mais ou menos aceite; a significação do signo<sup>(2)</sup> pode estar mais ou menos *codificada* (isto é, os utilizadores do signo reconhecem a relação entre o significante e o significado, respeitando-a na utilização daqueloutro)<sup>(3)</sup>.

O legislador, bem como o juiz e o intérprete são os locais de actualização da linguagem do Direito Comercial, o que postula a existência de uma gramática jurídico-comercial.

Todavia, o vocábulo comércio é um signo *polissémico*, aberto a espaços de mediação semântica. E a polissemia

(<sup>1</sup>) GUIRAUD, P., *A semiologia* (trad. port.), 2ª ed., Lisboa, 1978, pág. 37.

(<sup>2</sup>) Que comporta os dois termos: significante e significado.

(<sup>3</sup>) Se código e língua são distintos e se o significado é igual a uso e se, em qualquer sociedade, o uso não pode ser arbitrário, antes deve ser *correcto*, isso implica que se procurem fora do uso as regras de aplicação correcta, sendo que o significado é, destarte, fixado ou convencionado. Uma expressão só é correctamente aplicada quando ela é referida a uma situação na qual se aceita o significado *convencionalmente* atribuído ao significante.

pode verificar-se entre linguagens diferentes: a económica e a jurídica, impondo-se, pois que se evite o perigo da *transcodificação*, senão repare-se. Em termos bastante generalizantes, para os economistas, comércio vem a ser o conjunto de actividades relativas à circulação dos bens, a implicar mediação, interposição entre a produção e o consumo<sup>(4)</sup>. Ora, sabe-se que o direito comercial se aplica ao comércio e à indústria (art. 230º do Cód. Comercial). A polissemia resulta aqui de linguagens diferentes: o termo *comércio* — e bem assim, o de *comerciante* — tem no plano do direito, uma *intensio* que não corresponde à *intensio* que é dada pela ciência da Economia ou até pelas linguagens correntes. Como não é metodicamente aceitável a substituição da semântica do Direito pela semântica da economia e respectivas referências. Um conjunto significativo polissémico não é indeterminado, mas sim determinado. A compreensão do signo *comércio* não se identifica, assim, com a aceitação das convicções que ele exprime, nem tão pouco com a compreensão da intenção daquele que o utiliza. Mister é que, doutra sorte, se analise a intenção com que ele é, em cada caso, aplicado pelo Direito Comercial, em função das interesses e das peculiares necessidades deste sector da vida económica e social.

Daí que se tope alguma transcodificação naqueles que pretendem obter o *conceito unitário* de comércio e comerciante, através da fundação conceitual económica, nomeadamente através do primeiro conceito de empresa

(<sup>4</sup>) Neste sentido, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, (policopiado), Coimbra, 1973, pág. 4. Actividade esta que, para este ramo da ciência, consistiria basicamente na compra e revenda de mercadorias, com a finalidade de obtenção de lucro e demais operações acessórias, podendo classificar-se, segundo certos critérios (cfr. BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, vol. I, (A.A.F.D.L.), Lisboa, 1987, pág. 6; PUPO CORREIA, M. A., *Direito Comercial*, Lisboa, 1994, pág. 26 e segs.), em comércio por grosso e a retalho (art. 1º, nº 1, do Decreto-lei nº 339/85 de 21-8), comércio de mercadorias, de valores mobiliários, imobiliários, interno, externo, de exportação de importação, etc.

(assim, WIELAND, *Handelsrecht*, I, München, 1931, 15, 6, II, pág. 144).

### I – Comércio/factores produtivos

O quotidiano da comunicação, maxime, nos específicos auditórios da economia, usa a palavra *comércio* numa proximidade comunicante com a *terra* (ou natureza), o *capital* e o *trabalho*, no sentido de *factores de produção* ou *meios de produção*<sup>(5)</sup>, aí onde se destaca o capital e o trabalho (e a terra).

Sendo o trabalho a energia humana aplicada na produção<sup>(6)</sup>, já o capital é, por via de regra definitivo enquanto bem indirecto — vale dizer, bem utilizado na produção de outros bens — produzido, como é, por exemplo, as instalações, os produtos intermédios, os equipamentos<sup>(7)</sup>, o dinheiro, enquanto capital comercial. Este último, aliás, representa um determinado valor de troca: comprar para vender mais caro. O comércio/indústria são, pois,

<sup>(5)</sup> Cfr. TEIXEIRA RIBEIRO, J. J., *Economia Política*, Coimbra, 1959, pág. 100 e segs.; BARRE, R., *Economie Politique*, t. 1 7ª ed., P.U.F., Paris, 1966, pág. 289 e segs.; PEREIRA DE MOURA, *Lições de Economia*, Coimbra, 4ª ed., 1978, pág. 56, 393 e segs.; ALFREDO DE SOUSA, *Análise Económica*, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1987, pág. 28; LOMBARDINI, S., *Corso di Economia Política*, vol. I, Torino, 1976, pág. 28.

<sup>(6)</sup> Ainda que MARX (*O Capital - crítica da Economia Política*, trad. Brasil., Livro I, vol. I, pág. 234-235) integre no designado *capital razoável* a força de trabalho.

<sup>(7)</sup> Assim TEIXEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 113. Costuma, ainda, autonomizar-se um quarto factor produtivo, justamente a *organização*, isto é, o conjunto de elementos de natureza heterogênea [coisas, preços, direitos], predispostos para um determinado fim económico, sob a tutela de uma ou várias pessoas, suportando o respectivo risco. Destacando este quarto meio de produção, cfr. MARSHAL, A., *Principles of Economics*, 8ª ed., reimp. London, 1986, pág. 115 e segs.; ALMEIDA GARRET, J. R., *Lições de Economia Política*, Porto, Universidade Portucalense, 1985/86, pág. 27 e segs. em geral, sobre os factores produtivos, cfr., ainda, SAMUELSON, P./NORDHAUS, W., *Economia*, 12ª ed., Coimbra, 1991, pág. 407; CESAR DAS NEVES, J. L., *Introdução à Economia*, Verbo, Lisboa, 1992, pág. 173 e segs.; AVELÁS NUNES, A. J., *Economia Política*, vol. I, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1989-1990, pág. 196 e segs.; CONSTÂNCIO, M.

instrumentos ou meios, para a circulação de mercadorias que vieclam o capital, enquanto forma de valor.

Porém, com a criação da moderna empresa industrial, o direito comercial dissocia-se do factor interno do trabalho em massa, que passa a ser disciplinado pelo direito do trabalho.

### II – Comércio/Produção

Aqui, o acento tónico incide na criação de utilidades, tanto através da indústria (que cria utilidades que, desde logo, ficam incorporadas na matéria, falando-se a este propósito, de indústria extrativa, agrícola, transformadora, transportadora ou comercial) ou dos serviços<sup>(8)</sup>, e que servem para satisfazer necessidades, bens estes que podem ser materiais (entidades do mundo externo, sensível ou corpóreo, com autonomia suficiente para serem objecto de domínio) ou imateriais, isto é, os serviços.

J., *Noções Básicas de Economia*, Lisboa, 1992, pág. 20 e segs. Todavia, o panorama parece ser bem mais complexo. Com efeito, o divórcio ocorrido, a partir dos anos quarenta entre a propriedade do capital das empresas e a direcção dos negócios provocou, no *management* das *empresas-organizações*, a transformação dos *antigos* capitães das famílias da indústria e do capital financeiro, numa *nova nomenclatura* — os *managers* — apoiada por uma organização burocrática, por vezes, entrecruzada com o poder político. Só que, a *revolução invisível* dos investidores institucionais (v.g., os Fundos de Pensões, nos E.U.A.), na década de oitenta, aí onde se destacou o papel dos *raiders* (na cisão ou fusão, por várias formas, das empresas colectivas), destruiu o tradicional papel dos *managers*. Tende, por isso, hoje, igualmente, a salientar-se o papel da Educação, na formação dos quadros especializados das empresas, ao menos, na assimilação do núcleo de competências básicas (por parte dos *executivos*) de uma qualquer pessoa instruída que lhes permita entender e ligar-se a outros saberes que os habilitem, por exemplo, a transferir-se para outras especializações e carreiras (em tecnologias da segunda ou terceira vaga). Para criar valor já não basta, pois, alimentar o crescimento (económico) com capital, tecnologia e trabalho (os *velhos empregos*). Vale isso por dizer que o *saber*, o *conhecimento*, tomou-se, ao menos para o patriarca do *management*, PETER DRUCKER, o único factor de produção, na medida que os antigos factores (a terra, o capital e o trabalho) mais não serão do que suas ferramentas. Sobre isto, cfr., PETER DRUCKER, *Sociedade Pós-Capitalista*, (trad. port.). Difusão Cultural, Lisboa, 1993.

<sup>(8)</sup> Isto é, *acções humanas que satisfazem imediatamente necessidades de outros homens*. Assim, TEIXEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 87 e segs.; SOARES MARTINEZ, *ob. cit.*, pág. 101.

Ora, pode até já avançar-se que, no direito constituído português, parte desta actividade económica produtiva não é regida pelo direito comercial, como é o caso de algumas indústrias extractivas, o artesanato, a produção de serviços dos profissionais liberais, (v.g., médicos, arquitectos, economistas, advogados, revisores oficiais de contas, solicitadores<sup>(9)</sup>, etc.) e a actividade agrícola (cfr. arts. 230º, §1 e 464º, nºs 2 e 3 do Cód. Comercial), silvícola e pecuária, a não ser em termos marginais: v.g., para efeitos de declaração de falência.

Só que, compreendendo-se, hoje, o direito comercial em função do mercado e do tipo de capital (mercantil) em que o mesmo se revê, topar-se-ia uma menos-valia do específico jaez dessa produção, à luz dos diferentes factores produtivos, pois que o direito comercial se formou, enquanto normatividade jurídica do mercado do comércio, subjacente ao factor do capital mercantil e só depois regulou directamente o factor de trabalho necessário à estrutura e devir desse mercado (v.g., transportadores, fretadores, agentes, comissários, mandatários e demais auxiliares)<sup>(10)</sup>.

### III – Comércio/troca

A troca é uma cessão mútua, onerosa, sinalagmática, operação mediante a qual se cedem coisas para se obterem

(9) Nem o é, noutros ordenamentos, ao menos, quanto às *profissões liberais*, pois que a tais *actividades intelectuais* faltaria a organização de tipo empresarial, o escopo lucrativo (GRAZIANI, *L'impresa...*, pág. 26). Só que de inscrição nas respectivas associações públicas (v.g., Ordem dos Advogados) e sujeição à disciplina e fiscalização das actividades exercida, tem-se entendido que é, outrossim, um critério substancial aquele que explica a exclusão destas actividades do domínio do direito comercial. Esse tem a ver com o jaez eminentemente intelectual dos serviços prestados por esses profissionais. Cfr., CAMPOBASSO, G. F., *Diritto Commerciale, I, Diritto dell'impresa*, 2ª ed., Torino, 1993, pág. 46 e segs; IBBA, in *Rivista de Diritto civile*, 1982, II, pág. 354 e segs.

(10) Cfr., GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, trad. esp. da 2ª ed. Madrid, 1980, pág. 202; PAULO SENDIM, *Art. 230: Código Comercial...*, cit., pág. 911, nota, nota 1; BARROS, J. J., *Regime geral dos actos de comércio*, in *As operações comerciais*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 20 e segs.

outras coisas<sup>(11)</sup>, através, normalmente, do mercado, qual encontro entre a oferta e a procura de bens<sup>(12)</sup>, ínsita ao próprio capitalismo.

Vem isso para afirmar que na *linguagem-gramática* do direito comercial, a mobilidade dos bens sempre integrou o conjunto das necessidades específicas deste ramo de direito, no sentido da abstracção, inicialmente individualizada, da *especulação mercantil*, enquanto fim dos actos mercantis dos comerciantes (quer enquanto classe profissional, seja como unidade económica organizada, produtora de bens, a empresa).

### IV – Comércio/Lucro

O excedente do preço de venda sobre o preço de custo<sup>(13)</sup> em que, na economia, se analisa o lucro comunga, igualmente, do *thelos* especulativo que, no direito comercial, caracteriza os actos dos comerciantes.

Com efeito, o direito comercial tem sido analisado em função do comércio, da *intermediação especulativa*, da circulação e especulação, denominadores comuns das operações que formam a matéria jurídica-comercial, ainda que aqui e ali fundado na empresa<sup>(14)</sup>.

(11) TEIXEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 7.

(12) Sobre a definição de mercado, cfr., NAPOLEONI, C., *Elementi di Economia Política*, 4ª reimp. da 2ª ed., Firenze, 1973, pág. 40; RITTERSHAUSEN, H., *Economia*, trad. port., Lisboa, 1967, pág. 359.

(13) BARRE, R., *ob. cit.*, 134; LANGE, O., *Economia Política*, I, trad. ital., 2ª ed., Roma, 1973, pág. 160; CARLOS LARANJEIRO, *Capital, juro e lucro*, Coimbra, 1985.

(14) RIPERT, *Traté de droit commercial*, 14ª ed., Paris, 1991; HAMEL-LAGARDE, *Traté de droit commercial*, I, Paris, 1954, nºs 2 e segs., 144, 149; FERRER CORREIA, *ob. cit.*, pág. 126; ESCARRA, J/RAULT, *Principes de droit commercial*, I, Paris, 1934, nºs 2, 39, 135, pág. 149 e segs.

Importa, no entanto, precisar que, tanto na gramática jurídico-comercial, como no concomitante regime dos actos que devem ser comerciais, das pessoas que são comerciantes e das actividades que atribuem essas características a tais entidades, o *intuitu lucrativo* não pode impôr-se como nota essencial, indefectível, das relações jurídicas que ao direito comercial quadram<sup>(15)</sup>. É o que ocorre, como adiante se verá, por exemplo, com os agrupamentos complementares de empresas (Lei nº 4/73, de 4-7 e DL nº 430/73, de 25-8), com as empresas públicas e as cooperativas, pois que, em jeito de antecipação, nada parece haver no nº 1 do artigo 13º ou, se se quiser, no art. 230º, ambos do Cód. Comercial, que impeça estas entidades de serem comerciais, se e quando o seu objecto consista no exercício de actividades jurídico-mercantis, isto é, quando as referidas empresas são comerciais. Que o mesmo é dizer, quando os actos (negócios jurídicos, operações, actos jurídicos) ou actividades realizadas através destas entidades sejam actos de interposição nas trocas, ou actos previstos nos diversos nºs do art. 230º do Cód. Comercial ou outros actos previstos na lei como comerciais, pela 1ª parte do art. 2º do Código Comercial<sup>(16)</sup>, como é o caso, por exemplo, dos seguros (art. 425º e segs. do mesmo código), dos transportes, etc., actos, ao cabo e ao resto, *objectivamente comerciais*.

<sup>(15)</sup> Contra cfr., JOÃO MIRANDA/ALBINO VAZ/AFONSO QUEIRÓ, *Direito Comercial* (segundo as preleções de MÁRIO DE FIGUEIREDO ao 3º ano Jurídico de 1935-35), Coimbra 1936, pág. 94-95; PINTO COELHO, J. G., *Lições de Direito Comercial*, 1º vol., Lisboa, 1942, pág. 157; BRITO CORREIA, L., *Direito comercial*, cit., I, pág. 193-194; FERRER CORREIA, ob. cit., I, pág. 126; FERNANDO OLAVO, ob. cit., pág. 256 e 404; LOBO XAVIER, V. G., *Comerciante*, Polis, vol. I, 1983, col. 987. No sentido do texto, cfr., OPPO, G., *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Rivista di Diritto Civile*, nº 1, 1992, pág. 15 e segs.; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo 2, Padova, 1990, pág. 18 e segs. e esp. pág. 20 e segs.; CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1974, pág. 31.

<sup>(16)</sup> Desde que, obtempere-se, não sejam *actos de comércio meramente formais*. cfr. *infra*.

## § 2. O DIREITO COMERCIAL. ENQUADRAMENTO

## §2. O Direito Comercial. Enquadramento.

### A. Doutrina. Teoria. Metódica.

O estudo do Direito Comercial pode fazer-se a partir de duas posições metodologicamente diferentes. Ou se adopta uma perspectiva *dogmático-juscomercialista*, voltada para o estudo de um ramo de direito pertencente a uma ordem jurídica concreta (doutrina do direito comercial) ou se perscruta uma visão *teorético-juscomercialista*, interessada, primordialmente, na fixação, precisão e aplicação de conceitos de direito comercial, desenvolvidos a partir de uma construção teórica e não com base numa perspectiva jurídico-positiva.

A perspectiva metodológica que aqui vai ser adoptada assenta na ideia de o discurso do *comércio* ganhar sentido juridicamente útil quando centrado naquilo que são as normas do direito comercial positivo e não num discurso jurídico ideal, de conteúdo abstracto, transcodificado em uma ordem económica ideal. Interessa, sobretudo, compreender e analisar a força, sentido e valor normativos de uma ciência do direito comercial concreta, histórica e economicamente situada; vale dizer, uma ciência desenvolvida ao derredor de uma ordem jurídico-comercial positiva.

A adopção deste enfoque não significa que a *doutrina* do direito comercial se possa divorciar de uma *teoria juscomercialista*. É que esta última ilumina criticamente os limites e as possibilidades do direito comercial e contribui para a *investigação, descoberta e refutação* das soluções jurídico-comerciais concretas, aí onde a autonomia do direito



comercial é, novamente, posta em causa, em face da hodierna internacionalização e, concomitante *uniformação*, dos problemas e soluções do comércio transfronteiriço, que tende a derrogar a disciplina privatística do direito dos comerciantes/empresários em ordem à consideração da qualidade de um novel sujeito dessa clássica relação-jurídica, justamente, o *consumidor*<sup>(17)</sup>,

(17) Sobre a noção jurídica de, consumidor, a primeira nota a sublinhar é a que aponta para a sua diluição nos termos do art. 2 da Lei de Defesa do Consumidor [Lei n. 29/81]. Noção essa que se, pode, destarte, decompôr nos seguintes elementos: a) um *elemento subjectivo (todo aquele)*; b) um *elemento objectivo (bens ou serviços)*; c) um *elemento teleológico (para uso privado)*; d) um *elemento relacional*.

Em primeiro lugar, o consumidor é uma pessoa, *ente-sujeito*, que não um *objecto de direito*. Decerto, e antes de mais, uma pessoa humana, embora se possa discutir a possibilidade de ser também uma pessoa jurídica (de escopo não lucrativo, v.g., cooperativas, sindicatos, associações de direito privado). Quanto ao elemento objectivo identifica-se, como é tradicional, *bens com coisas* (cfr. ALMEIDA COSTA, *Noções de Direito Civil*, 2ª ed., Coimbra, 1985, pág. 401; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., 1ª reimpressão, Coimbra, 1986, pág. 339 e segs.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 2ª reimpressão, Coimbra, 1966, pág. 199 e segs.). Essencial é que, segundo um outro critério de qualificação, se trate de *bens de consumo* e não de *bens (meios) de produção, reclusos* que se trate de *bens de consumo final* [bem de consumo é tudo o que é apto a satisfazer directamente necessidades humanas (Assim, GALGANO, F., *Direito Privato*, 3ª ed., Padova, 1985, pág. 97)]. Pelo que respeita ao elemento teleológico – isto é, destinarem-se os bens a *uso privado* – pretende significar-se um *uso com uma finalidade estranha ao mercado* (assim, LOPES SANCHEZ, N., *Las condiciones generales de los contratos en el derecho español*, in *Revista General de Legislación Y Jurisprudencia*, 1987, nº 4, pág. 635), ou para *uso que possa ser considerado como estranho à actividade profissional*, para uso pessoal, familiar ou doméstico (cfr., FERREIA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, Lisboa, 1982, pág. 210, notas 30 e 31). No mais, deve entender-se que a relação de consumo deve integrar, quanto à *delimitação quantitativa dos sujeitos*, o agregado familiar do consumidor mas já não as pessoas que, integrando o seu círculo de convivência, não fazem parte do agregado familiar. Na mesma ordem de ideias, o critério da destinação dos *bens* ou *serviços* não é o da destinação subjectiva – ou seja, o que atende à vontade do sujeito-consumidor – mas o da *destinação objectiva*, isto é, a lei vê o consumidor como um não profissional. No que tange ao *elemento relacional (sejam fornecidos por pessoa singular ou colectiva que exerça...)*, a Lei de Defesa do Consumidor configura a designada *relação de consumo* como uma relação estabelecida necessariamente entre um não profissional [o consumidor final, ou um sujeito que, nessa específica aquisição actue como tal] e um *profissional* [tendencialmente, uma *empresa*, devendo aqui exigir-se, seguindo ORLANDO DE CARVALHO (*Nótuas de Direito das empresas*, Coimbra, policopiado, pág. 7-8), uma forma relativamente estável de exercício de uma actividade económica em sentido amplo, a englobar seja as empresas públicas, seja as privadas, as empresas cooperativas, os profissionais liberais, constituídos ou não em sociedades civis sob forma comercial].

Há, porém, ainda incertezas quanto à definição da categoria *contratos celebrados pelos consumidores*. Assim, a Convenção de Roma de 1980 (sobre a lei aplicável às obrigações contratuais) refere-se, no seu artigo 5º, aos contratos que têm por objectivo o fornecimento de bens mobiliários corpóreos ou serviços a uma pessoa para um *uso que se possa considerar estranho à sua*

a impor o reequilíbrio dos riscos e programas contratuais. Procurar-se-à, assim, obter a conjugação de dois planos: (1) o da teoria do direito comercial, onde se discutem os problemas deste ramo do direito sob um prisma teórico-jurídico (v.g., o sentido actual da autonomia do direito comercial, as relações entre as normas qualificadoras do específico sujeito desta relações-jurídicas – o *comerciante* – a natureza do estabelecimento comercial, etc.); (2) o da doutrina do direito comercial que estuda, descreve e problematiza as estruturas fundamentais e regime das normas de direito comercial positivo.

Todavia, a doutrina do direito comercial pressupõe, hoje, uma metódica adequada. Em termos aproximados, esta metódica procura fornecer os métodos de trabalho aos

*actividade profissional*. Por seu lado, o §41 da Lei Austríaca sobre direito internacional privado fala, tão só, em consumidor, enquanto que o art. 120 da Congénere Lei Suíça diz respeito aos *contratos que se referem a uma prestação de consumo corrente, destinada a um uso pessoal ou familiar do consumidor e que se não encontre relacionada com a actividade profissional ou comercial deste*.

Doutra sorte, as soluções são mais harmónicas no direito internacional privado, no domínio dos contratos de compra e venda. Assim, o artigo 2º, alínea a) da Convenção de Viena de 1980, sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias, menciona *as vendas de mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico*. E a Convenção de Haia de 1986, sobre a lei aplicável ao contrato de compra e venda internacional de mercadorias, segue o mesmo caminho definatório. Também o projecto de convenção aprovado em 1980 pela XIV sessão da conferência de Haia, sobre a lei aplicável às vendas aos consumidores, se dirige a certos contratos de compra e venda internacional de mercadorias adquiridas *principalmente* para um uso pessoal, familiar ou doméstico, quando o vendedor actua no quadro da sua actividade comercial ou profissional e saiba, ou tenha obrigação de saber, em qualquer momento, anterior à conclusão do contrato, que essas mercadorias são compradas *principalmente* para um tal uso. Por último, o artigo 13º da convenção de Bruxelas de 1968 (sobre a competência judiciária e a execução de decisões em matéria civil e comercial) e, bem assim, o mesmo artigo da convenção de Lugano de 1988, relativa ao mesmo tema, consideram consumidor a pessoa que celebra um contrato para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional. Sobre isto, cfr., ainda FALLON, M., *Le droit des rapports internationaux de consommation*, Clunet, V. 111, (1984), pág. 765 e segs.; IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, 1981; sobre a noção de consumidor cfr., ainda, BOURGOIGNIE, T., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, 1988, pág. 51; no direito inglês, por exemplo, ANSON, G., *Law of contract*, Guest, 1979, pág. 189; no direito austríaco, ECCHER, B., *Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori*, in *Revista di Diritto Civile*, 1980, I, pág. 278; no direito francês, CALAIS-AULOY, J., *Vers un nouveau droit de la consommation*, Collection des rapports officiels, Paris, 1984, pág. 13; em Itália, ALPA, G., *Consumatore*, in *Rivista de contratto e impresa*, nº 1, 1987, pág. 316.

aplicadores-concretizadores das normas e princípios do direito comercial. Através da metódica captam-se as diferentes funções jurídicas das leis comerciais, investigam-se os vários procedimentos de realização e concretização dessas normas. À metódica do direito comercial cumprirá, ainda, trabalhar e compreender este ramo de direito, de modo que o trabalho jurídico possa otimizar e/ou descobrir as normas e os princípios especificamente jurídico-comerciais do *mundo ambiente* das actividades económicas de produção e interposição nas trocas, de utilidades, materiais ou imateriais.

Vale o anteriormente exposto por significar, por outras palavras, que a *doutrina* do direito comercial tem como objecto o estudo do direito comercial vigente em determinado ordenamento, através da investigação, compreensão e externalização daquilo que, com base no direito comercial positivo, é considerado como juridicamente vinculante, por mor dos interesses e valores que subjazem a certo tipo de relações jurídicas (mercantis). Tudo se reconduz, pois, ao estudo, quer da *commune* designada *Parte Geral* do Direito Comercial (v.g., a classificação dos actos de comércio, as regras gerais que plasmam a especificidade dos actos e obrigações comerciais em geral – prescrição, juros, forma, responsabilidade por dívidas, comerciais, solidariedade passiva – os sujeitos da actividade comercial, a organização do comerciante, *maxime*, o estabelecimento comercial, os sinais distintivos do comércio – firma, logotipo, nome e insígnia do estabelecimento, marca - e demais mecanismos da protecção da empresa, no quadro da propriedade industrial – patentes de invenção, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, recompensas, denominações de origem – e bem assim a defesa da concorrência), como da denominada *Parte Especial* (a envolver os contratos comerciais em especial, v.g., o contrato de sociedade, a compra e venda, mútuo, penhor, abertura de crédito, depósito mercantil, o reporte, o contrato de agência, de comissão, de representação comercial, conta-corrente, de seguro, de fretamento e os novéis instrumentos negociais do hodierno tráfico jurídico-comercial – v.g., o contrato de *factoring* ou *franchising*,

a locação financeira, o *merchandising*, os contratos de transferência de *know-how*), com o objectivo de investigar e captar as soluções de um determinado problema concreto (sistemática => metódica do direito comercial).

Já, doutra banda, à *teoria* do Direito Comercial quadra, fundamentalmente, discutir, descobrir e criticar os limites, as possibilidades, a autonomia e a força normativa do direito comercial; que o mesmo é dizer: a ela incumbe descrever e explicar os seus fundamentos, as suas condições de desenvolvimento, no que toca, por exemplo, às *peçoas* que devem ou não ser comerciantes e os negócios que são ou não comerciais. E sem que se olvide que a *teoria* do direito comercial serve, igualmente, para a *racionalização da pré-compreensão* do intérprete das normas deste ramo de direito, isto é, para evitar que os preconceitos (jurídicos, filosóficos, religiosos, éticos, ideológicos) acabem por prejudicar a tarefa de aplicação do direito, segundo regras racionais, sempre que, v.g., nesse trabalho, se posterguem alguns dos valores essenciais positivados do direito comercial, quais sejam, a liberdade de iniciativa económica, de cariz liberal-social (não socialista) ou de natureza social democrata (com alguns acenos socializantes), no quadro do princípio da democracia económica e social (de natureza, aqui, negativo-defensiva), a mobilidade das pessoas das mercadorias e serviços, a liberdade de concorrência, a interpenetração transfronteiriça das relações económicas, o lucro, etc.

## B. O Direito Comercial como ramo do Direito Privado

### 1. O direito comercial como direito privado

O direito comercial é, desde logo, um ramo do direito privado (interno) de uma ordem jurídica global: a ordem jurídica portuguesa, conquanto não tenha as mesmas fontes (cfr., infra) que a generalidade dos outros ramos de direito posto que subsistem factos normativos que disciplinam

certas relações jurídicas mercantis e que surgem nas relações entretidas entre Portugal e outros sujeitos de direito internacional público e que vigoram na ordem interna portuguesa (v.g., Direito Comunitário Comercial). Não obstante as dificuldades da distinção, é tradicional afirmar-se que o direito comercial pretence, juntamente com os outros ramos do direito – direito das obrigações, direito da família, direitos das sucessões, direito das coisas, direito do trabalho, direito internacional privado, teoria Geral do Direito Civil – ao direito privado<sup>(18)</sup>.

O enfoque do direito comercial no direito privado só é, aqui, aceite tendo em conta, contudo, três considerações fundamentais, a saber: (1) a distinção entre direito público/direito privado deve afastar-se de uma pré-compreensão ideológica<sup>(19)</sup> que, por vezes, lhe subjaz; (2) a distinção direito público/direito privado não marca uma fronteira susceptível de captação apriorística, devendo, outrossim, assentar na ordem jurídica positiva; (3) a dicotomia direito público/direito privado não se analisa, hoje, num mero dualismo absoluto e perfeitamente recortável das relações jurídicas públicas/relações jurídicas privadas, falando-se antes no ordenamento jurídico como *ordem plurista de relações jurídicas*<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> Não se aborda aqui o problema *estrutural* das grandes divisões do direito. Cfr., para uma visão global, entre nós, BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pág. 63 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., I, Coimbra, 1990, pág. 20.

<sup>(19)</sup> Neste sentido, Kelsen, *Teoria pura do direito*, trad. port., 2ª ed., Coimbra, 1962, pág. 167 e segs. salientando o jaez ideológico do referido dualismo.

<sup>(20)</sup> Cfr., D. SCHMIDT, *Die unterscheidung von privaten und öffentlichen Recht*, 1985; MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 2ª ed., A.A.F.D.L., Lisboa, 1987/88, pág. 14 e segs.; HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral do Direito Civil)*, Coimbra, 1992, pág. 34 e segs.; GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. 2, Lisboa, 1990, pág. 353 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, Lisboa, 1987, pág. 23 e segs.

Em primeiro lugar, é mister rejeitar a pré-compreensão ideológica que supõe que o direito público é mais poder que direito, descortinando-se este, antes, nas relações horizontais inter-privados; a de que o direito público tem carácter autoritário e o direito privado consensual<sup>(21)</sup>; e que o direito público visa a posseção do bem comum, ao passo que o direito privado apenas tutela os interesses privados, subsistindo, pois, uma espécie de *espaço livre* do direito em benefício dos poderes públicos.

Em segundo lugar, é perante cada ordem jurídica positiva que se deve determinar as dimensões privatísticas ou publicísticas das várias relações jurídicas [v.g., à obrigações de escrituração mercantil tanto pode subjazer uma dimensão privatística – cfr., arts. 40º, 44º do Cód. Comercial – como publicista – cfr., os livros previstos nos arts. 50º e 65º do código do Imposto sobre o valor Acrescentado e arts. 98º e 100º, do Cód. sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas].

Por último, constata-se a convergência de aspectos publicísticos e aspectos privatísticos em muitas relações jurídico-mercantis [v.g., a promoção e serviços feita pelo comerciante, no âmbito do seu comércio, têm de pautar-se por certas regras sancionadoras da publicidade enganosa (cfr., DL nº 330/91, que aprovou o novo código da Publicidade); os juízes estão inibidos, por normas de direito público, de exercer o comércio – art. 13º da Lei nº 21/85, de 30-7; são normas de direito administrativo que regulamentam o acesso ao exercício da actividade de intermediação nos mercados de valores mobiliários – bolsas de valores – cfr., DL nº 142 - A/91, de 10-4, assim como aquelas que regem o licenciamento dos estabelecimentos comerciais e industriais – cfr., DL nº 109/91, de 15-3 (na redacção do DL nº 282/93, de 17-8) e Decreto regulamentar nº 25/93, de 17-8 (que regulamenta o exercício da actividade industrial); ou aquelas que condicionam o exercício do comércio por banda dos funcionários públicos (cfr., entre outros, o DL nº 427/89, de 7-12).

<sup>(21)</sup> Porém, a figura dos direitos potestativos mostra, em zonas pacificamente reconhecidas como privadas, o aparecimento de sectores de supremacia e autoridade.

### 1.1. Justificação

O direito comercial é direito privado, qualquer que seja a teoria prevalentemente adoptada para alicerçar a distinção entre o direito público e direito privado. De acordo com o *critério da posição dos sujeitos* enquanto que o direito privado se caracteriza por relações essencialmente igualitárias, ao direito público quadram relações de supra infra-ordenação, conferindo-se ao Estado e outras entidades públicas os respectivos direitos ou poderes. Se daqui resulta a existência do exercício de um poder de autoridade através de formas e procedimentos típicos (v.g., actos administrativos), além, o direito pressupõe a igualdade de todos, valendo para todos<sup>(22)</sup>. Esta teoria é, porém, insuficiente pois que: (1) pressupõe a existência de relações de igualdade em todo o direito privado, o que contraria a hodierna institucionalização de mecanismos procedimentais e regras materiais que garantem a compatibilização da racionalidade económica empresarial, em face da *desigualdade material* contratual dos intervenientes no tráfego, plasmada na aplicabilidade do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, inclusivamente nas relações entre comerciantes (art. 15º de DL nº 446/85, de 25-10), atenta a normal supremacia negocial da posição do comerciante *predisponente* das cláusulas e a inferioridade *psicológica, motivacional* e económica do comerciante *aderente*<sup>(23)</sup>. Além disso, contraria a actual *eficácia externa*

<sup>(22)</sup> HEINRICH HÖESTER, *A Parte Geral* ..., cit., pág. 38-39.

<sup>(23)</sup> Cfr., em especial, ULMER/BRADNER/HENSEN-BRADNER, *AGBG-Gesetz*, 6ª ed., KÖLN, 1990, AGBG, Rdm. 14; MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, KÖTZ, § 9 AGBG, Rdm. 18, nota 28, (2ª ed., München, 1984-1990); KOCH, E./STÜBING, J., *AGBG-Gesetz*, Frankfurt, 1977, § 9 AGBG, Rdm. 6; WOLF, M./HORN, N./LINDACHER, W. F., *AGBG-Gesetz*, 2ª ed., München, 1989, § 11, Nr. 16 AGBG, Rdm. 16; BGHZ 103, 316, 328; BGHZ 90, 273, 278, aqui onde são relevados os interesses típicos do círculo de contraentes negociantes que

dos direitos fundamentais alicerçada na existência de relações de subordinação entre entidades particulares, atentas certas *estruturas económicas de domínio*, se e quando prefigurarem situações desigualitárias<sup>(24)</sup>; (2) por outro lado, não toma em conta a existência de relações tendencialmente igualitárias entre os poderes públicos e os cidadãos (v.g., o contrato de compra e venda de material informático para as repartições públicas); (3) deixa por explicar a configuração das relações inter-orgânicas dos órgãos de soberania, posto que podem ser reconduzíveis, *stricto sensu*, a relações de supra-infra-ordenação (*Subjektionstheorie*).

A *teoria dos interesses* preferentemente protegidos numa relação jurídica ou através de uma norma jurídica [protecção de interesses individuais → direito privado; protecção de interesses públicos → direito público]

participaram no negócio, vale dizer, o tipo de acto de comércio em causa, o ramo de comércio ou indústria, com os seus usos próprios, o estágio de produção ou comercialização.

Sobre isto, cfr. SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990, pág. 183 e segs.; SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia», separata, Coimbra, 1992, pág. 8-10, nota 13; ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, Anotações do Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro de 1986; PEDROSA MACHADO, *Sobre cláusulas contratuais gerais e o conceito de risco*, in Revista da Fac. de Direito de Lisboa, 1988; MOTA PINTO, *Contratos de Adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1973, pág. 124; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais intuídas pelo Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1986, pág. 765 e segs.; FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Texto e Enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, 1992, pág. 897 e segs.; em geral, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, vol. I, 7ª ed., Coimbra, 1991, pág. 261 e segs.; BROX, H., *Allgemeins Schulrecht*, 18ª ed., München, 1990, pág. 29 e segs.; LARENZ, K., *Allgemeines teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., München, 1989, pág. 550 e segs.

<sup>(24)</sup> Cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, 1991, pág. 602 e segs.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, anotação ao artigo 18º; ABRANTES, J. J., *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, 1990; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, 1988, pág. 291.

acha-se, hoje, praticamente abandonada, pois que existem sectores importantes do direito privado – como os que visam estabelecer as relações de filiação, a constituição e dissolução do *status* matrimonial, os que impõem formas menos exigentes para a celebração de negócios jurídicos (arts. 396º – mútuo mercantil – 400º – penhor mercantil – ambos do Cód. Comercial), que visam tutelar interesses públicos.

### 1.2. Dimensões específicas do direito privado

A despeito da inexistência de um critério único e seguro para distinguir entre direito público e direito privado<sup>(25)</sup>, a caracterização do direito comercial como direito privado tem uma função didáctica e prática, pois que autoriza pôr em relevo algumas manifestações típicas deste direito: (1) enquanto direito privado é, tendencialmente, caracterizado pelo predomínio da autonomia privada (a igualdade e a liberdade da contratação => quando contratar -> com quem contratar -> o que contratar), enquanto que o direito público é, tendencialmente, caracterizado pela adopção de formas de acção unilateralmente ditadas (lei,

<sup>(25)</sup> Note-se que, além de razões históricas oriundas do direito romano, esta distinção é o resultado da separação do Estado da Sociedade civil, após o iluminismo. Ponto de partida e de referência é o indivíduo, autodeterminado, igual, livre e isolado. Limitam-se os fins e tarefas do Estado à garantia da liberdade e da segurança das pessoas e da propriedade individual. Na transição para o Estado de Direito formal, este reduz-se a um sistema apolítico de defesa e distanciação perante o Estado, acentuando-se a componente burguesa, do mesmo passo que o Estado se separa da economia, aí onde o direito privado regula a sociedade civil, pois que, só desse modo, a burguesia assegurava a distribuição dos bens existentes (propriedade privada, contrato, liberdade de profissão e de empresa), não permitindo a sua conceituação no sentido de fins sociais. De resto, por mor desta separação ocultava-se, conscientemente, a possibilidade de concentração de poderes não estaduais – monopólios económicos – e a desprotecção de camadas cada vez mais numerosas da população. Sobre isto cfr., entre nós, HEINRICH HÖESTER, *ob. cit.*, pág. 33-34; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 352 e segs.; LOBO XAVIER, B. da G., *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa, 1992, pág. 23 e segs.

regulamento, acto administrativo); (2) os sujeitos privado desfrutam de tendencial liberdade na conformação das relações jurídicas (embora haja, igualmente, tipicização de competências ou de atribuições nas relações jurídicas de certos ramos de direito como os direitos reais, o direito de família, o direito das sucessões, etc.); (3) a actuação dos sujeitos privados não se subordina a princípios constitucionais inderrogáveis, mas a diferentes graus de *contra legem*, como a boa fé, a ordem pública, os bons costumes e o abuso de direito; (4) o controlo jurisdicional das relações jurídicas privadas faz-se através dos tribunais judiciais, enquanto que o controlo jurisdicional dos actos das entidades públicas justifica a criação e funcionamento de tribunais de outra ordem de jurisdição e correspondente processos específicos (controlo da legalidade -> tribunais administrativos; responsabilidade civil do Estado e entidades públicas a efectivar junto dos tribunais administrativos, tribunais tributários, aduaneiros, militares) e bem assim tribunais especiais (tribunal constitucional -> processo de inconstitucionalidade; tribunal de contas).

### C. Caracteres distintivos e constitutivos do Direito Comercial

O direito comercial é um ramo de direito dotado de certas características especiais. Tem uma *voz* específica por força das necessidades próprias do comércio enquanto actividade económica. Necessidades estas que imprimiram certas especificidades a esta disciplina jurídica, a saber: entre outras: (1) o reforço do crédito; (2) a rapidez e facilidade na conclusão dos actos, operações e negócios jurídicos; (3) a tutela reforçada da boa fé; (4) a fácil movimentação dos valores.

## I. Delimitação doutrinal do direito comercial

A cada uma das fases da sua evolução histórica corresponde um paradigma<sup>(26)</sup> delimitador do direito comercial que cumpre destacar.

### 1. O direito comercial como direito do comércio

É a concepção que corresponde ao paradigma vigente da Antiguidade, não obstante tenha sido mantido por autores modernos como THÖL e GOLDSCHMIDT<sup>(27)</sup>. Esta teoria pressupõe a determinação do que se entende por *comércio*: num primeiro momento, servia para referir os actos mais correntes, através dos quais se exteriorizava a actividade mercantil, maxime, a compra para revenda: *commercium est emendi vendendique invicem ius* (ULPIANUS); e o contrato de transporte, posto o comércio era e é atinente a uma actividade de mediação ou interposição e esta implica, por sua vez, a transferência real de mercadorias de um lugar para outro.

Posteriormente, uma vez afinado o sentido jurídico do comércio, relevante passou a ser a vontade que através dele se exterioriza, *rectius*, a finalidade que dessa forma se persegue, ou seja, a actividade de mediação habitual entre a produção e o consumo, com escopo lucrativo.

<sup>(26)</sup> Ou seja, um *consenso científico* enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão deste ramo do direito.

<sup>(27)</sup> Cfr., GOLDSCHMIDT, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, I, Abteilung 1, 3ª ed., Stuttgart, 1891, § 3, pag. 10 e segs. onde refere que a concepção abstracta e niveladora que sujeita o comércio às normas gerais do tráfico de valores económicos nunca se verifica, pois que, ao invés, na civilização europeia, o direito comercial, por causas internas e históricas, seria o *direito especial do comércio*; THÖL, *Das Handelsrechts*, I, 6ª ed., Leipzig, 1879.

## 2. O direito comercial como o direito de uma classe profissional determinada

O direito comercial, segundo esta concepção, é o direito que disciplina os actos ou a actividade do comerciante.

É a partir do mercado do comércio, da erupção do *capital mercantil*, que se postula a classe dos *comerciantes*. É o direito profissional, o desses sujeitos económicos e da sua actividade de produção e circulação da riqueza, posto que é *ius mercatorum rationae mercatura*<sup>(28)</sup>.

Esta realidade, que representa a existência de um direito comercial como normatividade profissional entre comerciantes, que se estabelece como central e decisiva, não pode, todavia, prescindir de uma certa *objectivação* do sistema, idónea a tornar aplicável o direito comercial a certos actos de comércio isolados. Brecha esta que foi, desde logo, aberta no sentido da consideração da *letra de câmbio* como *acto objectivo de comércio*, para a eficaz tutela do interesse do crédito da classe dos comerciantes. Daí que se tenha matizado este *paradigma subjectivo* do direito comercial com a ficção do *comerciante acidental*, ou seja, a aplicabilidade do direito comercial a actos de comércio ocasionais praticados por quem não fosse comerciante. O que vale por se ter constatado, que não a *adulteração* deste sistema, outrossim a sua expansão a *comerciantes* que o não poderiam ser pela matrícula na respectiva corporação, já

<sup>(28)</sup> Esta característica do direito comercial dos comerciantes e entre comerciantes, emergente na Idade Média, perdura tanto no édito de Carlos IX, de 1563, na Ordenação de 1673 (tit. XII, arts. 2º e 4º), no *Project Miromesmil* do código comercial em França de 1782, (tit. VII, art 1º), nos *Progetti di codice di commercio del Regno d'Italia*, de 1807-1808, nos códigos italianos para o Reino das duas Sicílias, de 1819 [cap. VII, art. 3º]), como na Lei 15 Germinal, ano VI, em França, de 4 de Abril de 1798 (vigente mesmo após a promulgação do *code de commerce* de 1807); cfr., MARIAGE, *Evolution historique de la législation commerciale*, Paris, 1951, pág. 88; BERLINGUER, *Progetti di codice di commercio del Regno d'Italia*, Milano, 1970, pág. 52; GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, trad. esp. da 2ª ed., Madrid, 1980.

que lhe era proibida essa profissão (v.g., os militares, os nobres e clérigos<sup>(29)</sup>).

### 3. O direito comercial como ramo do direito que regula os actos de comércio.

O direito comercial vai aqui entendido como um conjunto de regras e princípios jurídicos que, avessos à ideia de um direito especial estabelecido e santificado em função das pessoas – os comerciantes – se converte em direito de *actos objectivos, rectius*, direito dos actos de comércio, seja praticados profissionalmente pelos comerciantes, seja praticados isoladamente por não comerciantes, contanto que tenham natureza comercial (v.g., a compra esporádica de um automóvel por um magistrado para revenda). Dito doutra forma: converte-se o direito dos comerciantes em direito de actos-objectos, cuja aplicabilidade não depende da categoria ou *status* do executante<sup>(30)</sup>. Pelo que deixa, neste sistema, de ser necessário presumir que os autores de actos de comércio são comerciantes, ficando sujeito ao direito comercial quem, de facto, o não era, mas praticara, no entanto, actos de comércio<sup>(31)</sup>. Com o que o acto de comércio, na perspectiva mais *pura* deste sistema, se desliga do seu

<sup>(29)</sup> GOLDSCHMIDT, *Handbuch...*, cit., I, 2ª ed., 1875, nota 14, pág. 439. Deste modo, a concepção subjectiva acaba, materialmente, por se radicar em elementos objectivos, pois que, por exemplo, para determinar o que seja um comerciante é mister elaborar uma lista de profissões ou actividades consideradas comerciais, quais normas objectivamente qualificadoras. Assim, BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 9.

<sup>(30)</sup> Cfr., BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, 1965, pág. 47; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, pág. 54 e segs.

<sup>(31)</sup> Cfr., BROSETA PONT, *La empresa...*, cit., pág. 55; ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pág. 121-122, nota 64.

autor, de sorte que a realização destoutros *atrai* o ordenamento mercantil, sejam ou não comerciantes os que os realizam<sup>(32)</sup>.

Ora, na pureza desta concepção, o direito comercial, igualmente, deveria disciplinar os actos de comércio *isolados*, sendo que tais actos careciam dos específicos caracteres que permitissem diferenciá-los dos actos (ou negócio) jurídicos civis. Por isso que, tendo em vista expurgar qualquer *subjectivismo*, exigir-se-ia a realização de actos *objectivos* em massa. Só que, desta sorte, o acto deixa de ser isolado, mas integrante do desenvolvimento e organização de uma actividade empresarial mercantil. Como se vê, sob pena de tautologia, não é dogmaticamente viável – e os códigos já o reconheceram – a adopção de concepções puras, seja subjectiva ou objectivamente, nos termos que adiante veremos.

Esta concepção delimitadora do direito comercial, de jaez objectivo, não pode, obviamente sustentar-se, na pureza dos seus princípios e concomitantes soluções de direito positivo, pois que é impossível definir, material e unitariamente, o que seja *acto de comércio*, ainda que se recorra à ideia, seja de *acto de circulação de riqueza*, de *intermediação nas trocas de bens ou produtos*, de *especulação mercantil*, de *lucro*, ou *contrato produtivo*. O carácter heterogéneo dos actos, factos, operações e negócios jurídicos, regulados pelas leis comerciais, impossibilita a erupção pacificadora de um conceito unitário de acto de comércio<sup>(33)</sup>.

<sup>(32)</sup> CASTRO LUCINI, F., *Temas de Derecho Mercantil*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 16.

<sup>(33)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 18.

No que tange ao critério do escopo lucrativo, conquanto a generalidade dos actos de comércio tenha directamente um fim lucrativo, actos de comércio existem sem finalidade lucrativa imediata.

Com efeito, a *prática argumentativa* do comerciante pode conduzir à aceitação da proposta contratual em função de certas variáveis (v.g., idade, -sexo, condição sócio-económica). Em todo o caso, duas tipologias argumentativas se descortinam presentes, quais sejam, por um lado, a redução da prestação (preço) exigida ao adquirente (consumidor ou outro comerciante) e, por outro, o aumento da prestação por parte do profissional.

Analisando, tão só, o *argumento da gratuidade*, caracteriza-se ele por se colocar à disposição do consumidor produtos ou serviços a título gratuito ou, ao menos, em condições mais vantajosas que o normal.

É o caso dos *brindes* que representam a atribuição acessória de um produto ou serviço a título gratuito ou em condições, explícita ou implicitamente, mais vantajosas, no seguimento de um negócio jurídico bilateral subjacente e oneroso (comercial bilateral ou unilateralmente).

Uma vez que, segundo o entendimento tradicional, certos actos a título gratuito, podem, por essência, ser estranhos ao conceito de acto de comércio (ainda que unilateral), nem por isso, segundo a lei portuguesa, isso ocorre, pois que tal atribuição patrimonial gratuita é realizada em conexão com o comércio do profissional, não é de natureza exclusivamente civil (pois sempre constitui o núcleo característico de uma das empresas a que se refere o art. 230º do Cód. Comercial) e do *próprio acto* (factualismo coetâneo à própria liberdade, amoldado pela teoria da impressão do declaratório) não resulta que não é comercial, porquanto é praticado pelo comerciante no exercício do seu comércio. Isto é, em face da lei portuguesa, *rectius* da 2ª parte do art. 2º do Cód. Comercial, a qualificação destes actos como comerciais parece ser líquida (sem que, para tal, tenha, como veremos de se recorrer à teoria do acessório).

É, ainda, o caso das *lotarias, jogos e concursos*, que são práticas comerciais que fazem depender a esperança de um ganho ou vantagem, da obrigação de adquirir um produto ou um

serviço<sup>(34)</sup>, contando que seja a título oneroso, através de uma oferta ao público em geral e se revista de carácter aleatório. É, igualmente, pensável a existência de semelhantes práticas, sempre que o *concurso, jogo* ou *lotaria* faça apelo à sagacidade, inteligência ou outras qualidades pessoais dos participantes. Demais, no caso das *lotarias*, quando o sorteio tem lugar ainda antes do momento da oferta (esta última a envolver, já se vê, o esforço patrimonial do consumidor), quedamo-nos perante o que se tem designado por *sweepstakes*, isto é, contrariamente aos tradicionais sorteios, a tiragem ocorre antes da proposta contratual. Também aqui pode dizer-se que há um fim lucrativo imediato, num acto de atribuição patrimonial gratuito, conquanto aleatório, conexionado com o exercício do comércio do comerciante.

Outro tanto se verifica no *crédito gratuito* ao consumo. Nesta hipótese, existe um negócio jurídico bilateral através do qual, v.g., um comerciante concede um crédito a um consumidor (isto é, pessoa singular que actua com objectivos alheios à sua actividade profissional), sob a forma, por exemplo, de diferimento de pagamento de um outro negócio jurídico (v.g., a venda feita por esse comerciante ao consumidor). Com efeito, através deste outro negócio é concedido um crédito, sob múltiplas vestes, sem que (aparentemente) o consumidor seja onerado com qualquer encargo efectivo; ou seja, desta forma, o crédito concedido nada custa, sendo pois um acto de comércio por conexão sem intuito lucrativo. Todavia, isto pode não ser exactamente assim, posto que a vantagem financeira oferecida pelo comerciante representa, necessariamente, um custo por ele repercutido, invariavelmente no preço final de aquisição do produto ou serviço, em atenção à qual nasceu o outro contrato bilateral gratuito de concessão de crédito<sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> Isto é, são contrapartida de um sacrifício patrimonial do participante. Cfr., GOYET, C., *La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal*, in Revue trimestrielle de droit commerciale, 1975, pág. 35 e segs.

<sup>(35)</sup> Cfr., sobre isso, o nosso, *A promoção de produtos e serviços e os direitos dos consumidores*, in I Seminário Internacional de Direito do Consumo (23 a 25 de Janeiro de 1992), Universidade Lusáda, Porto (Comunicação existente na Biblioteca da Universidade Lusáda do Porto). CAS, G./DIDIER, F., *Traité de Droit de la consommation*, P.U.F., 1986, pág. 326 e segs.; CALAIS-AULOY, J., *Droit de la consommation*, Dalloz, 1992, nº 24 e segs.; DOMONT-NAERT, F., *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement (contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation)*, Louvain-la-neuve, 1992, pág. 186 e segs.



Mais duvidosa é a qualificação de acto de comércio por conexão dos designados *presentes*, isto é, a tradição de bens materiais ou a prestação de serviços, a título gratuito, realizada pelo comerciante ao consumidor (ou a outro comerciante) sem que haja qualquer nexo, jurídico-genético ou funcional, directo com uma venda de produtos ou serviços, feita pelo comerciante (*tradens*) ao consumidor-donatário. Porém, não repugna subsumir-se esta atribuição patrimonial gratuita a um acto de comércio, nos termos da 2ª parte do art. 2º do Cód. Comercial.

Fazer depender a qualificação daquilo que seja acto de comércio da actividade de intermediação nas trocas ou de mediação entre a oferta e a procura é, também, um critério claudicante, posto que: (1) os actos de comércio deste tipo, isolados, objectivos, têm escasso alcance positivo, já que na prática é, pelo menos, difícil a comprovação real de muitos destes actos de compra e revenda ou de compra para revenda; (2) a doutrina sempre se mostrou divergente sobre o problema de saber se este elemento subjectivo-finalístico da intenção de revenda deve ser ou não *especulativo* (daí que se tenha configurado o requisito da comercialidade da revenda como o da *intenção de especulação* através da revenda<sup>(36)</sup>); (3) há actividades industriais em que o produtor vende directamente os seus produtos ao consumidor.

<sup>(36)</sup> HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, I, Paris, 1954, pág. 173, nº 154; LYONCAEN-RENAULT, *Traité de droit commercial*, I, 4ª ed, Paris, 1906, nº 113, pág. 173; RIPERT, *Traité élémentaire...*, cit., nº 309; MARGHERI, *Studi di Diritto Commerciale*, Napoli, 1878; MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3, cod. di comm.*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1912, pág. 420 e segs.; MANARA, *Ali atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente codice commerciale italiano*, Torino, 1887, pág. 51, nota 1; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, 2ª ed., Milano, 1914, pág. 66 e segs. Todavia, ROCCO (*Principi di diritto commerciale*, 1928, pág. 215 e segs.) não considerava o ânimo de especulação como parte integrante do requisito plasmado na intenção de revenda.

Estamos, pois, em face de vendas a retalho efectuados por empresas industriais (tituladas por empresários em nome individual ou por sociedades comerciais) directamente ao consumidor, de produtos emergentes da sua produção.

Estas vendas são, regra geral, altamente concorrenciais perante os demais comerciantes do sector. Além de que se revelam vantajosas no enfoque dos interesses dos consumidores, posto que, popiciam a redução do preço final do bem, através da supressão de vários agentes económicos, no processo de produção, comercialização e distribuição.

O Decreto-lei nº 253/86, de 25-8 sujeita as vendas directas ao consumidor a um controlo administrativo prévio, por banda da Direcção-Geral do comércio interno, ainda que, contrariamente a outros ordenamentos (v.g., em França) não se faça depender a sua licitude de autorização prévia da autoridade administrativa competente. Mister é que, entre nós, sejam realizadas somente com o fim de permitir o escoamento acelerado das existências (elemento funcional), sujeitas a comunicação prévia à referida Direcção-Geral (elemento modal), a qual deve conter:

- a) os factos que a justificam;
- b) a identidade dos produtos e quantidades a vender;
- c) a presumível duração (que não pode exceder 30 dias);
- d) o local da venda;
- e) a data de início da operação.

Também se mostra insatisfatória a ideia que defende que a matéria delimitativa do direito comercial é a dos actos de comércio na sua *complexidade orgânica*, nos seus actos de repetição habitual, *actos em série* ou em massa<sup>(37)</sup>, (posto seria insuficiente o carácter mercantil ocasional), na medida em que há actos de comércio isolados, sujeitos, entre nós, ao regime do direito comercial, como são os actos relativos ao nascimento e circulação das letras de câmbio e livranças (ou um empréstimo mercantil ocasional). Ademais, há actos

<sup>(37)</sup> Era esta a concepção de GUILHERME MOREIRA, *Actos de commercio*, Coimbra, 1889, pág. 165 e segs.; MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente, ...*, cit., pág. 50, nota 1; NAVARRINI, *ob. cit.*, nº 52, pág. 69, a exigirem uma *série de operações semelhantes*.

praticados em série que, por se inserirem em actividades económicas que o direito comercial não regula (o artesanato: arts. 230º, § 1 e 464º, nº 3 do cód. comercial; a agricultura: arts. 230º, § 2 e 464º, nº 2 do mesmo diploma), não são actos de comércio (é ainda o caso das prestações de serviços por profissionais liberais, salvo se, e se a lei o permitir, possam conformar a sua actividade através da criação de sociedades civis, sob forma comercial – v.g., Sociedade de Arquitectos, S.A.).

#### 4. O direito comercial como o direito que regula as empresas.

A concepção e delimitação do direito comercial faz-se aqui ao arrimo da chamada teoria jurídica da empresa comercial como critério qualificador.

Deflui daqui que o sentido do direito comercial identificar-se-ia como uma disciplina de formas e mecanismos jurídicos cuja génese visaria servir as necessidades das empresas – quais organizações jurídica e económica de produção, tituladas por pessoas singulares e colectivas, que, do ponto de vista objectivo, congregam elementos corpóreos e incorpóreos, tendo em vista o exercício de uma actividades económicas de produção de bens destinados a uma troca popiciadora de receitas (excedentes, lucros, ou receitas que, pelo menos, cubram os custos de produção) – do actual mercado e seus sujeitos económicos.

Este novo enfoque do direito mercantil, que vê na empresa o seu centro e razão de ser, inicia-se com WEILAND e MOSSA<sup>(38)</sup>,

<sup>(38)</sup> Cfr., MOSSA, L., *Significación del nuevo derecho mercantil europeo*, in Revista de Derecho Mercantil, nº 5 (Setembro-Outubro), 1946, pág. 7 e segs.

no curso jurídico de 1926-1927, na Universiada de Pisa, tendo posteriormente múltiplos seguidores (CASANOVA, ASCARELLI, GARRIGUES, BROSETA, URÍA, VICENT, GÍRON TENA, ORLANDO DE CARVALHO, FERRER CORREIA) em termos de se rever, hoje, como a posição esmagadoramente prevalecente<sup>(39)</sup>.

Como realidade dinâmica em que se revê, o direito comercial sofreu uma adaptação às condições económicas e sociais do tecido a que se aplica, passando a admitir no seu seio, além do exercício profissional de uma dada actividade, a prática isolada, por qualquer pessoa, de actos que até aí se integravam na actividade profissional dos comerciantes. Passou-se do *subjectivismo* ao *objectivismo jurídico-mercantil*. Todavia, esta translação, aqui e alhures mais ou menos mitigada, não constituiu remédio eficaz, pois que, consoante o critério adoptado para definir o acto de comércio, assim se retrocedia ao subjectivismo – isto é, eram actos de comércio os praticados por quem tenha a qualidade de comerciante, e esta adquire-se pela prática, como profissão, de actos de comércio – ou se caía na pura *transcodificação* discursiva do domínio do económico, quando se fazia, pura e simplesmente, apelo às teorias da *intermediação nas trocas* ou às da *especulação mercantil*.

Partindo-se da concepção de que o direito comercial, enquanto direito dos actos realizados em massa, é um direito das organizações onde se sustentam esses múltiplos actos, ele será um direito das *organizações características do*

<sup>(39)</sup> Cfr., URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1993, pág. 6; BROSETA PONT, *Manual de derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, pág. 63; BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, 1965; GIRON TENA, *El concepto de derecho mercantil*, in Anuario de derecho civil, 1954, pág. 695 e segs.; VICENT CHULIÀ, *Compendio de derecho mercantil*, 3ª ed., tomo I, vol. I, Barcelona, 1991, pág. 33; OLIVENCIA, M., in JIMÉNEZ SANCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, 2ª ed., Barcelona, 1992, pág. 22 e segs.; VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, 4ª ed., Barcelona, 1991, pág. 29-30; AULETTA, G./SALANITRO, N., *Diritto commerciale*, 8ª ed., Milano, 1993, pág. 6-7; HAMEL, J./LAGARDE, G./JAUFRET, A., *Droit commercial. Introduction. Règles communes a tous les personnes du droit commercial. Les commerciants individus*, 2ª ed., tomo 1, Paris, 1980, nº 148, 296, pág. 317 e segs.; CAMPO BASSO, G. F., *Diritto Commerciale. I Diritto dell'impresa*, 2ª ed., Torino, 1993, pág. 2-4, 20-21; CAPELLE/CANARIS, C-W., *Handelsrecht*, München, 1988, pág. 8 e segs.

*comércio sistemático*<sup>(40)</sup>, ou seja, fundamentalmente, o direito da empresa mercantil.

Não obstante o desenvolvimento crescente da indústria, na pretérita centúria, e a importância do respectivo tipo de capital, o regime de mercado liberal das economias continentais europeias, durante todo esse século e boa parte do nosso, permanece estruturado em função do comércio. Daí que possa dizer-se que a categoria básica mais perene deste ramo do direito tem sido o *mercado* e a sua historicidade<sup>(41)</sup>, com o conseqüente efeito da categoria dogmática de um direito comercial elaborado em função desse mercado. Com efeito, a especificidade do direito comercial, conquanto o seu objecto não coincida com a actividade económica do comércio, centra-se no ponto de vista jurídico no modelo de um mercado que tem no comércio o seu pólo de atracção e a partir dele se expande para, *juridicamente*, no comércio integrar, seja a produção de riqueza pelas unidades industriais e de serviços, seja a actividade do tráfico dos bens (corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, fungíveis, não fungíveis, perecíveis, duradouros,

<sup>(40)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 187. Saliente-se que, não obstante a mudança de paradigmas económicos, esta concepção não deixa de ser neo-subjectivista.

<sup>(41)</sup> O que vai dito no texto não pretende identificar o *mercado* com o mercado capitalista ou com o próprio capitalismo. Ainda que a maioria das definições (económicas) de empresa [cfr., LOMBARDINI, S., *Corso di Economia Política*, vol. I, Milano, 1976, pág. 133; NAPOLEONI, C., *Elementi...*, cit., pág. 37; ALFREDO DE SOUSA, *Análise Económica*, Lisboa, 1987, pág. 93; FERNANDES FERREIRA, R., *Empresa, III - Perspectiva Económica*, Polis, vol. 2, 1984, col. 938; ABRAHAM-FROIS, G., *Economie Politique*, Paris, 1982, pág. 235] aceitam a nota caracterizadora da troca, do mercado (o encontro entre a oferta e a procura de mercadorias), parece-nos que o mercado e a empresa não desaparecem com graus, mais ou menos acentuados, de fixação administrativa de preços. O que ocorre é que nessa medida - e só nela - o mercado se altera, ou melhor, se modifica o modo de formação dos preços no mercado, tendo em vista os modos típicos dessa formação no capitalismo. É, aliás, normal a fixação, não só de margens máximas de comercialização de preços finais ou intermédios de forma imperativamente absoluta, maxime, em algumas empresas públicas ou sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos. Até porque, alguns factores de produção, v.g., o trabalho, ainda são *administrativamente* fixados, pela via da *concertação social*, cuja racionalidade se move no domínio da ciência política e da outra *concertação* ao nível das relações colectivas de trabalho, aí onde, anualmente, se altera o conteúdo do salário mínimo constante dos instrumentos de regulamentação colectiva. De resto, o mercado não desaparece quando é a própria oferta das empresas monopolistas (EDP, TELECOM, Serviços Públicos Municipalizados, etc.) a estabelecer os preços.

de produção, intermédios de consumo). Ora, se até à década de trinta, a teoria dos actos de comércio foi o *instrumentarium* jurídico da categoria histórica do mercado liberal, baseado no comércio, a revolução tecnológica, a *automação*, a *produção em série* e a *distribuição em cadeia* dos produtos na hodierna *sociedade de abundância* [que acelera e procura estimular o consumo de massas, através, v.g., do incremento do crédito ao consumo, simples, rápido e acessível - vendas a prestações, cartões de crédito, etc. - a proliferação de condições negociais gerais prédispostas, para servir a contratação em massa; o refinamento das técnicas de produção de promoção de vendas - *marketing*<sup>(42)</sup>] deixou de estar dependente da actividade do comércio. Ora, este deixou de pautar a circulação e consumo dos bens produzidos, posto que a produção industrial e de serviços exige, hoje, a análise do mercado do seu consumo (*marketing*), em face da nova e sofisticada estratégia de dirigir, comandar ou, mesmo, *manipular* o comportamento e preferências do consumidor (e até de alguns grossistas e retalhistas). Donde, também, a cisão entre a produção e o comércio e a desfuncionalização deste, com o que isso significa de alterações nas relações entre consumidores (finais ou não) e vendedores, principalmente no que tange ao desaparecimento da relação de confiança que os unia, por mor da multiplicação das redes de distribuição e a massificação dos contratos, que despersonalizam as relações económicas.

Por outra via, fala-se, igualmente da *desfuncionalização* do comércio [(*Entfunktionalisierung des Handels*) entendido segundo um modelo de mercado ancorado na actividade económica do comércio, sem que se estenda a outras zonas - da indústria e serviços - que são julgadas instrumentais e complementares daquela actividade], no sentido de se salientar a alteração da função do comerciante: de *conselheiro* ou *perito* do adquirente passa a simples distribuidor, mero elo de ligação entre o produtor e o consumidor e, concomitantemente, mero armazenador e

<sup>(42)</sup> Sobre isto, cfr., ELIE ALFANDARI, *Droit des Affaires*, Dalloz, Paris, 1979, pág. 109 e segs.; BAUDRILLARD, J., *La société de consommation*, 2ª ed., Paris, 1986; SMITIS, S., *Grundfragen der Produzentenhaftung*, Tübingen, 1965, pág. 8; TEIXEIRA RIBEIRO, *Os sistemas económicos* (Lições as 2º ano jurídico de 1958-1959), Coimbra, pág. 24 e segs.; CALVÃO SILVA, *Responsabilidade civil do Produtor*, Coimbra, 1990, pág. 17 e segs.

distribuidor de produtos<sup>(43)</sup>.

Retoma-se, assim, a ideia de que o direito comercial é um direito profissional (neo-subjectivismo), mas de uma profissão em que prima, ou tende a primar, a organização<sup>(44)</sup>.

Adentro, desta concepção, conquanto mitigadamente encontram-se autores como os Prof. **FERRER CORREIA**<sup>(45)</sup> e **ORLANDO DE CARVALHO**<sup>(46)</sup> que defendem ser o direito comercial um direito (privado) especial que, como tal, se deve manter enquanto o comércio (aqui, obviamente, estendido a outras zonas, as da indústria e dos serviços) continuar a ser *exercido por organizações adrede constituídas para esse fim*<sup>(47)</sup>. Não que o direito comercial deva ser o direito de *todas* as empresas e da empresa no seu todo, posto que, por causa da não homogeneidade dos sectores que seria forçado a abranger (Direito Fiscal, Direito da Economia, Direito do Trabalho, Direito Processual, etc.) poderia constituir, no plano didáctico, uma nova disciplina, mas não um ramo autónomo do sistema jurídico<sup>(48)</sup>.

<sup>(43)</sup> Neste sentido, PALANDT, O., *Bürgerliche Gesetzbuch*, 50ª ed., Beck, München, 1991, § 823; MOTA PINTO/CALVÃO SILVA, *Garantia de bom funcionamento e vícios do produtor (Responsabilidade do produtor e do distribuidor)*, in Colectânea de Jurisprudência, 1985, tomo III, pág. 20.

<sup>(44)</sup> Assim, ORLANDO DA CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 138.

<sup>(45)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 38-40; *idem*, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44 (1984), I, pág. 5 e segs.

<sup>(46)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, ult. lug. cit.

<sup>(47)</sup> FERRER CORREIA, *Sobre a projectada reforma...*, cit., pág. 8-9.

<sup>(48)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 62. Defende, igualmente, esta posição, PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., pág. 31; numa posição *empesarialista* pura, cfr. PAULO SENDIM, *Lições de Direito Comercial e de Direito da Economia*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1979-1980, pág. 211 e segs.; de *iure condendo*, aceitando, porém, no plano do direito constituído as posições FERRER CORREIA e ORLANDO DE CARVALHO; cfr., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa, 1986, pág. 169 e segs.; OLIVENCIA,

Mas será satisfatória a ideia de empresa como zona delimitadora do direito comercial? Uma leitura apressada do artigo 230º do cód. comercial poderia propiciar uma vigorosa resposta afirmativa. De facto, mesmo os autores, como o Prof. **FERRER CORREIA**<sup>(49)</sup>, que se colocam na esteira das teses empesarialistas (mas tentando expurgar destas os elementos que provocaram a sua não aceitação pela doutrina), (ainda que em termos não construtivos, mas de interpretação e aplicação do direito comercial) vêm o seu objecto centrado na zona da empresa comercial, na norma do artigo 230º do Cód. Com. que o qualifica e delimita, norma esta, como se verá, segundo cremos, independente, e autonomamente qualificadora da do artigo 2º do mesmo diploma.

Todavia, vê-se que a noção de empresa, também, não serve, só por si, para delimitar as fronteiras do direito comercial.

*Prima facie*, substituir os conceitos de comerciante e de acto de comércio pelo de empresa (entidade organizada juridicamente para a produção e circulação de produtos e serviços), conduz à circunstância de se incluir no Direito Comercial, não só os actos de constituição, modificação e extinção dessas *empresas* e bem assim aqueles que são atinentes à sua vida interna, ou seja, que, tendo por objecto *empresas-actividades*, são disciplinados, que não pelo Direito Comercial outrossim, por exemplo, pelo Direito Administrativo (licenciamento de estabelecimentos industriais e comerciais), Direito do Urbanismo (localização, no âmbito dos planos municipais de ordenamento do território, ou dos Planos Regionais de ordenamento do território e dos Planos de ocupação do litoral, entre outros,

RUIZ, *Derecho mercantil y derecho de la empresa*, in Derecho Mercantil, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dir. e coord.), cit., pág. 21-25; BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 61 e nota 1.

<sup>(49)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 127 e segs.

dos equipamentos industriais e sua inserção no conjunto de actividades humanas, numa dada parcela do território), Direito do Trabalho (os aspectos que regulam o *factor de produção* trabalho e sua inserção na organização da empresa - entidade patronal), Direito Fiscal (os fluxos de entrada e saída de capitais e imobilizado geram proventos, rendimentos, sujeitos a tributação, ao que acresce as demais obrigações acessórias de declaração de rendimentos, acesso da fiscalização tributária às instalações da empresa, obrigação de retenção na fonte de parte da remuneração do factor trabalho, etc.).

Por outro lado há empresas que não são reguladas pelo Direito Comercial positivo<sup>(50)</sup>, como é o caso das empresas

<sup>(50)</sup> Contrariamente tende, hoje, quase unanimemente, no direito estrangeiro, a considerar-se que o direito comercial é aquela parte do direito privado que tem por objecto a actividade e os actos das empresas. Ou seja, o direito privado da empresa, que não somente o direito do comércio (e indústria) e do comerciante. E isto é assim na medida em que se superou, além fronteiras, a radical contraposição entre, por um lado comércio e indústria e, por outro, agricultura e artesanato, substituindo-se a figura do comerciante pela do empresário (imprenditore) - cfr., art. 2195º do código civil italiano - do mesmo passo que se delinea, geral e unitariamente, a noção de empresário (art. 2082º, *idem*), de empresa agrícola (art. 2135º, *ibidem*), empresa de artesanato (art. 2083, *ibidem*) e empresa pública (art. 2093, *ibidem*). Cfr., CAMPOBASSO, G. E., *Diritto Commerciale, I. Diritto dell'impresa*, 2ª ed., Torino, 1993, pág. 12 e segs.; AULETTA, 1882-1982. Cento anni del codice di commercio, Milano, 1984, pág. 82 e segs.

Dá que, mesmo no direito constituído português, se pode adoptar, para efeitos de delimitar o âmbito material de aplicação do direito mercantil, o conceito tipológico de empresa orientado teleologicamente. Vale dizer o direito comercial como o direito privado especial da actividade privatística das empresas, com exclusão das empresas agrícolas, das artesanais e das constituídas por profissões liberais (salva a possibilidade de se constituírem sob forma comercial). O que se compreende, posto que, não há um conceito único de empresa, inclusivé no próprio campo do direito comercial: para efeitos de patentes, concorrência desleal ou falência pressupõem-se distintas noções de empresa. De facto, a teleologia destes diversos sectores normativos justifica as correspondentes diferenças, no seu recorte material de aplicação. Neste sentido cfr., também, WIELAND, *Handelsrecht*, vol I, München, Leipzig, 1931 (reimp. da ed. de 1921), pág. 59; RAISCH, P., *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatischen Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965, pág. 34 e segs.; SCHMIDT, K., *Handelsrecht*, 3ª ed., 1987, pág. 58; GIRONTEA, *El concepto del derecho mercantil*, in Anuário de Derecho Civil, 1954, (separata), pág. 108; GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 126 e segs. Replica-se, a propósito, a extensão da comercialidade às actividades agrícolas industriais, por força da lei de 13-5-1976; cfr., KOVARIK, M., *Contribution a l'étude du droit allemand des sociétés commerciales: qualité de commerçant, la Firma*, in *Revue des Sociétés*, 1973, pág. 249; GUYÉNOT, J., *Cours de Droit Commercial*, Paris, 1992, pág. 92.

agrícolas a não ser que se constituem como sociedades civis sob forma comercial (pecuária, silvicultura, cultivo, transformação de produtos agrícolas, industrias acessórias de uma exploração agrícola, etc.), e, contanto que revistam, também, objecto comercial; as empresas de artesanato [a não ser que o elemento trabalho do empresário não seja o único ou preponderante e subsista alguma nota de intermediação na produção de bens materiais ou imateriais - os serviços], algumas empresas públicas e cooperativas e bem assim certos agrupamentos europeus de interesse económico<sup>(51)</sup>, agrupamentos complementares de empresas<sup>(52)</sup> e consórcios<sup>(53)</sup>.

Acresce que nem todo o direito comercial português é, em absoluto, o direito das empresas comerciais, posto que há *actos isolados* que a lei entende submeter ao regime jurídico comercial, abstraindo, por vezes, da natureza do negócio jurídico que lhes subjaz. É o caso de alguns títulos de crédito, como é o caso das letras (art. 483º e 484º do cód. comercial) e livranças. Estes papéis, ainda que titulem *actos de comércio formais* - aos quais nem sempre subjaz um *acto de comércio substancial* - sujeitam-se ao regime da lei comercial<sup>(54)</sup>.

Doutra sorte, o POC (Plano Oficial de Contabilidade)<sup>(55)</sup>,

<sup>(51)</sup> Cfr., DL nº 148/90 de 9-5 (que transpôs para o direito interno o Regulamento (CEE) nº 2137/85, do Conselho, de 25-7-1985, in J. O., nº L 199, de 31-7-1985), maxime quanto aos agrupamentos cujo objecto não seja comercial, isto é, se neles não intervierem comerciantes nos termos dos arts. 2º, 2º parte, 13º e 230º, todos do cód. comercial, ou não se destinarem a praticar actos de comércio, em série, substancialmente comerciais; cfr., art. 3º do DL 148/90.

<sup>(52)</sup> Cfr., DL nº 4/73 de 4-6, e DL nº 430/73 de 25-8, sempre que não haja convenção expressa que o ACE tenha fim acessório lucrativo (art. 1º do DL 430/73).

<sup>(53)</sup> DL nº 231/81 de 28-7 (arts. 1º a 20º).

<sup>(54)</sup> LOBO XAVIER, V. da G., *Direito Comercial...*, cit., pág. 47 e segs.

<sup>(55)</sup> Cfr., Decreto-lei nº 410/89, de 2-11 (alterado pelo Decreto-lei nº 29/93, de 12-2)

conquanto contem matéria comercial (a dos arts. 31º a 35º do cód. com.) aplica-se, igualmente, a entes dotados de personalidade jurídica, que não são comerciantes<sup>(56)</sup>, como sucede com algumas empresas públicas e com os centros tecnológicos<sup>(57)</sup>. De resto, igualmente se deve estender a outros comerciantes a nova redacção dada ao art. 102º, § 3, do cód. comercial, pelo Decreto-lei nº 262/83, de 18 de junho, relativamente à taxa legal de juros moratórios para os créditos das empresas comerciais, maxime às empresas públicas, cooperativas, centros tecnológicos, agrupamentos europeus de interesse económico e agrupamentos complementares de empresas que exerçam, ainda que acessoriamente, uma actividade comercial em moldes empresariais.

Por último, não só o *código de Processos Especiais de Recuperação e de Falência*<sup>(58)</sup> se aplica às cooperativas (arts. 8º e 75º do código cooperativo, aprovado pelo Decreto-lei nº 454/80) como às sociedades civis (sob forma comercial ou não), aqui incluindo as empresas agrícolas, as sociedades de profissionais, os empresários em nome individual<sup>(59)</sup>; como

<sup>(56)</sup> Art. 2º d/e/f/g, do DL nº 410/89, de 21-11.

<sup>(57)</sup> Decreto-lei nº 249/86, de 25-8, os quais, segundo cremos, são pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública, que, se praticarem com jaez de profissionalidade actos incluídos na indústria dos serviços do § 1 do art. 230º do cód. comercial, uma vez que a sua comercialidade seja definida pela 1ª parte do art. 2º do mesmo diploma (ou, se presumem comerciais, na medida em que fornecem o exercício profissional do seu comércio), não podem deixar de qualificar-se como comerciantes. Ora é isso que pode suceder com alguns centros tecnológicos já instalados. É que, como se verá, o art. 230º do cód. comercial delimita as empresas com a correspondente qualificação do empresário como comerciante e seus negócios como comerciais.

<sup>(58)</sup> Aprovado pelo Decreto-lei nº 132/93, de 23-4 (rectificado pela Declaração de rectificação nº 141/93, de 31-7).

<sup>(59)</sup> Isto é assim, na medida em que o artigo 2º das disposições preliminares do referido decreto-lei, que aprovou o código dos Processos especiais de recuperação de empresa e de Falência, se referiu ao conceito de empresa no sentido de organização de factores produtivos, destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços.

estão sujeitos a registo comercial<sup>(60)</sup> diversos factos relativos aos entes atrás assinalados.

Nestas particularidades de regime se perscruta, pois, um conceito de empresa mais amplo, que extravassa as fronteiras do direito comercial propriamente dito, referido também a empresas não comerciais.

É, pois, lícito afirmar que o direito comercial não é o direito de *todas* as empresas mas é um direito privado das empresas ou à volta das empresas. A noção de empresa não pode, pois, de *iure condito* delimitar, rigorosamente, nem é o critério qualificador absoluto do direito comercial.

##### 5. O direito comercial como o direito do capitalismo ou do factor capital.

Segundo esta teoria o direito comercial constitui aquela parte do direito privado (especial), adequado ao espírito das organizações capitalistas e que disciplina grande parte da vida económica, especialmente o tráfico e o poder sobre valores corpóreos ou incorpóreos, mobiliários, incluindo certos aspectos da riqueza imobiliária<sup>(61)</sup>.

No desenvolvimento do moderno capitalismo podem distinguir-se, em traço muito grosso, três etapas: o seu início, com a codificação liberal, a da ordem económica natural, fundada sobre a propriedade e a liberdade, resultando em equilíbrio harmonioso (a celebre *mão invisível de ADAM SMITH*), aí onde, de seguida, se dissocia o factor capital do factor trabalho, encarando-se a actividade humana como um mero factor de

<sup>(60)</sup> Cfr., Código de Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-lei nº 403/86, de 3-12.

<sup>(61)</sup> Assim, RUBIO, J., *Sobre el concepto de derecho mercantil*, in *Revista de Derecho Mercantil*, (Maio-Junho), 1947, pág. 317 e segs.

produção, sujeita à lógica do mercado<sup>(62)</sup>; o seu apogeu, que marca o distanciamento entre as realidades sociais e económicas (a grande empresa, a concentração económica, os monopólios, oligopólios, cartéis); o liberalismo, solidário com a institucionalização, na segunda década deste século, do associativismo profissional e as tentativas de co-gestão, aí onde avulta, a partir de finais dos anos vinte, o *corporatismo de Estado*, síntese política, económica e social, conquanto artificial, da espontânea solidariedade dos grupos sociais, realizada por um Estado (autoritário), fortemente intervencionista, para disciplinar a concorrência e impôr a paz social<sup>(63)</sup>; e, por último, o neo-capitalismo, essencialmente caracterizado por um nóvel intervencionismo estatal, porém, ao arrimo do princípio da democracia económica e social, que se não reconduz só a uma política de *intervenção e estímulo*, com o fim de criar instrumentos de *integração* necessários à *organização capitalista* da economia, mas pressupõe intervenções qualitativas de transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9º, d, da Constituição; cfr., hoje, o Programa do PEDIP II e demais mecanismos actuativos de desenvolvimento económico e social noutros sectores da actividade económica portuguesa)<sup>(64)</sup>.

Todavia, a teoria do capitalismo mercantil é, hoje, uma concepção superada quando se pôs em destaque os seus

<sup>(62)</sup> Sobre isto, cfr., entre nós AVELÁS NUNES, *Os sistemas económicos*, Coimbra, 1973, pág. 85 e segs.

<sup>(63)</sup> Cfr., VITAL MOREIRA, *Direito corporativo*, Lisboa, 1973, pág. 112 e segs.; em geral, RUI MACHETE, *Os princípios e classificações fundamentais do corporativismo*, in *Scientia jurídica*, nºs. 99-100, 1969; CABRAL BASTO, *A ordem natural e a organização plural*, in *Estudos Sociais e Corporativos*, nº 24; SÉRVULO CORREIA, *A natureza jurídica dos organismos corporativos*, in *Estudos Sociais e Corporativos*, nº 24; MANUEL DE LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, 2 vols., 1976; TEIXEIRA RIBEIRO, *Princípios e Fins do Sistema Corporativo*, Coimbra, 1939; ROGÉRIO SOARES, *Lições de Direito Corporativo*, (org. por CRUZ MARIANO), Coimbra, 1959; no plano económico, ARMANDO DE CASTRO, *As corporações e o custo da produção*, in *Bol. Fac. Dir., supl. V*; no plano crítico, FERNANDO ROSAS, *O Estado novo nos anos trinta*, Lisboa, 1986; *Idem*, *Portugal entre a paz e a guerra*, Lisboa, 1990; CASAGNI, S., *Il Corporativismo italiano*, in *Studi Senesi*, 1993, fascículo 1, pág. 15 e segs.

<sup>(64)</sup> Cfr., LUCAS PIRES, *A teoria da constituição de 1976. A transição dualista*, Coimbra, 1988, pág. 184 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., I, pág. 357 e segs.; vol. IV, pág. 343 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., pág., 471 e segs.

excessos e se implementaram medidas correctoras (v.g., legislação sobre delimitação dos sectores da actividade económica, a defesa da livre concorrência e o controlo das posições dominantes, a disciplina constitucional e legal de protecção dos direitos dos consumidores, as teorias que permitem o *levantamento* da personalidade jurídica das pessoas colectivas), de modo que o ideário que vê no direito comercial o resultado de um processo de transformação do direito civil patrimonial na época capitalista jaz completamente abandonado<sup>(65)</sup>.

Conquanto se perspective como o direito do *factor capital* na empresa nem assim os desconfortos diminuem, posto o direito comercial disciplina a vida dos *comerciantes por natureza* – justamente as sociedades comerciais – naquilo que de pessoal nelas se contem, como é o caso, por exemplo da *natureza* e do valor das *entradas* dos sócios, nas sociedades comerciais de responsabilidade ilimitada (sociedades em nome colectivo e em comandita), que podem consistir, já se vê, em *participações de indústria (sócios de indústria)*, isto é, prestações de serviços que devem realizar após a constituição definitiva da sociedade (art. 126º, alínea a), do cód. das soc. comerciais), da possibilidade de constituição de sociedades comerciais entre cônjuges (art. 8º do mesmo diploma), das várias formas de prestação de serviços aos comerciantes e às empresas (v.g., o mandato, a comissão, a agência, o *factor* trabalho como elemento do estabelecimento comercial ou industrial e que o *acompanha* em caso de transmissão por qualquer forma).

<sup>(65)</sup> Sobre ela, veja-se CONDE, *La transformación del derecho patrimonial en la época del capitalismo*, in *Revista de Derecho Mercantil*, nº 11, (1947), pág. 167 e segs.

## 6. Conclusões

O que vem de dizer-se permite, desde já, salientar o *caracter fragmentário* do direito comercial. À minguia de uma delimitação unitária *substancial*, de *iure constituto* delimita-se a respectiva matéria segundo um critério *formal* positivo. Que o mesmo é dizer: o direito comercial português, assentando, originariamente, no código comercial e sendo prenda de rarefações mais ou menos intensas em leis avulsas e outras codificações (v.g., código das sociedades comerciais) abarca o conjunto de normas que regem os actos qualificados pelo direito como comerciais, como tais considerados ou por se integrarem numa actividade organizada de produção ou distribuição de produtos e serviços e que, ao cabo e ao resto, respondem às interrogações: Quem é comerciante? Que actos são comerciais? Como é que, neste domínio se tutela a empresa? Todavia, as normas sómente são identificadas, com maior ou menor densidade, como jurídico-comerciais, incluindo no seu âmbito certas matérias que, em concreto, se estendem, por comerciais, na medida em que se sustentam em princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência axiológica-jurídica e que encontram recepção expressa nas normas qualificadoras do direito comercial. Podem ser identificados na ordem jurídica positiva juscomercialista, constituindo um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito comercial<sup>(66)</sup>. Estes princípios (ou os valores que

<sup>(66)</sup> Têm, pois, uma *função negativa*, que os torna particularmente relevantes nos *casos limites* da descoberta do que, perante um caso concreto, seja matéria comercial, posto se situem em zona mais ou menos confluentes com o regime jurídico de relações jurídicas pertencentes a outros ramos do direito. E também, aspiram a uma *função positiva*, *informando* materialmente os actos poderes públicos, maxime a função legislativa no que toca à exigibilidade, adequação e oportunidade de intervenções legislativas em matérias mercantis sensíveis.

eles exprimem) constituem exigências de optimização; são o fundamento de regras jurídicas mercantis; têm uma *idoneidade irradiante*, em termos de, mesmo neste *direito fragmentário*, *ligar* ou cimentar, objectivamente todo o sistema jurídico-mercantil e carecem de procedimentos (administrativos) ou processos (jurisdicionais) que lhes garantam operacionalidade prática.

Tais princípios (ou os valores que exprimem) podem ser reconduzidos a três proposições básicas: a) celeridade; b) não formalismo; c) confiança.

A regra da celeridade<sup>(67)</sup> corresponde às necessidades presentes de circulação mobiliária e imobiliária a que o comércio dá corpo. Uma vez tomadas certas decisões pelo comerciante é mister que sejam prontamente executadas (v.g., ordens de compra ou venda de valores mobiliários, em bolsas de valores), sob pena de, por alteração do contexto situacional que os rodeiam, elas se concretizem em condições já desfazadas com a realidade.

O não formalismo tendo atinências, como é bom ver, com a celeridade vai mais longe. Sabe-se que no direito civil<sup>(68)</sup> e noutros sectores mais formalizados<sup>(69)</sup>, as

<sup>(67)</sup> Cfr., por exemplo, o art. 471º do cód. comercial que faculta ao comprador de coisas não à vista e sobre amostra (compra e vendas mercantis) no prazo peremptório de oito dias a correr a partir da entrega, contanto que nesse acto não tenha reclamado contra a sua qualidade, o direito potestativo de resolução do contrato sem prejuízo, se fôr caso disso, da aplicação das regras, constantes do cód. civil sobre a venda de coisas defeituosas. Vejam-se, ainda, os arts. 473º (prazo para entrega das coisas vendidas) e 475º (prazo de cumprimento da compra e venda a contado em feira ou mercado), do mesmo diploma.

<sup>(68)</sup> Não obstante a regra ínsita no art. 219º do cód. civil.

<sup>(69)</sup> No *direito contratual do consumo*, maxime, exigindo-se documentação particular, no contrato de compra e venda realizado fora dos estabelecimentos comerciais (vendas ao domicílio, vendas por correspondência, vendas por catálogo, telefone, telefax, televisão, por computador e ainda no contrato de crédito ao consumo); cfr. o Decreto-lei nº 272/87, de 3-7 (arts. 3º, nºs. 1, 2 e 3, 10º, nºs. 1 e 2), nas vendas superiores a Esc. 20.000\$00 (Portaria nº 536/91, de 20-6) e o Decreto-lei nº 359/91, de 21-9 (art. 6º), no que toca ao crédito ao consumo.



operações jurídicas tornam-se, não raro, lentas, por via das operações acessórias que procedem ou acompanham os actos [v.g., envio dos documentos, reconhecimento das assinaturas, assinatura e audição da leitura das escrituras públicas, etc.]. No giro comercial tais delongas são, por vezes, impensáveis. É que estas necessidades são facilmente ultrapassadas pelos condicionalismos subjacentes às operações jurídico-mercantis. É sabido que tradicionalmente, a exigência de formalidades legais na prática dos actos e negócios pretende:

a) proteger as próprias partes contra a sua inflexão;  
 b) facilitar a prova desses actos ou negócios; c) tornar conhecidos ou cognoscíveis tais actos e negócios<sup>(70)</sup>.

No tráfico jurídico-comercial todos estes sectores têm canais próprios de protecção.

A simplificação de formas que aqui se permite reflecte-se, por exemplo, na disciplina do art. 97º do cód. comercial, que torna viável a prestação do consentimento para toda e qualquer espécie de negócio quando transmitido por telegrama (e, como veremos, por *teles e telefax*), perscrutando-se um regime mais favorável, quanto à forma, valor probatório e ónus da prova dos actos ou negócios jurídicos mercantis veiculados à distância, em face do regime do direito civil (cfr., arts. 373º/1/4, 376º e 379º, todos do cód. civil). Igualmente, o art. 396º do cód. comercial consagra, para o empréstimo mercantil um regime menos complexo que o prescrito para o mútuo civil (art. 1143º do cód. civil)<sup>(71)</sup>.

<sup>(70)</sup> Ainda que, hoje, se ponha em dúvida que a exigência de forma para certos actos jurídicos preencha quaisquer valores autónomos, posto que, incxiste qualquer conexão entre a utilidade económica dos actos ou negócios a realizar e o grau de formalização exigido para a sua celebração.

<sup>(71)</sup> Além disso, os empréstimos concedidos por instituições de crédito também não estão sujeitos ao formalismo do art. 1143º do cód. civil. Inscrindo-se nas operações de banco, a que genericamente alude o art. 362º do cód. com., o mútuo bancário é regulado, quanto à forma, pelo Decreto-lei nº 32765, de 29 de Abril de 1943, cujo art. único dispõe que os contratos de mútuo celebrados por estabelecimentos bancários podem provar-se por documento particular, seja ou não comerciante a outra parte.

Pelo que respeita ao penhor mercantil, sendo um contrato real *quod constitutionem*, desde o direito romano que a entrega da coisa empenhada ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade sobre ela, é elemento essencial deste contrato (cfr., art. 669º do cód. civil). Só que, no penhor mercantil (art. 398º do cód. com.) admite-se que a entrega da coisa seja meramente simbólica.

No penhor constituído em garantia de créditos bancários, a relação jurídica produz efeitos entre as partes e em relação a terceiros, independentemente da tradição da coisa (art. 1º do Decreto-lei nº 29833, de 17 de Agosto de 1939; só que, neste caso, o documento deve constar de documento autêntico ou autenticado): o que se intui, na medida em que, na maioria das situações, a tradição ou entrega da casa empenhada como garantia de créditos bancários, tornaria bem mais difícil ou inviável a constituição do penhor e, por consequência, a concessão do crédito.

É, ainda, o caso da livre transmissibilidade, por endosso ou por simples entrega, de certos títulos de crédito, como é bom de ver na Guia de Transporte<sup>(72)</sup>, nos conhecimentos de carga<sup>(73)</sup>, nos conhecimentos de depósito de Géneros e Mercadorias feitos em armazéns gerais<sup>(74)</sup> e nos Extractos de Facturas para as vendas a prazo<sup>(75)</sup>.

Noutros casos, os títulos de crédito, sendo títulos executivos<sup>(76)</sup>, gozam de um regime parcialmente favorável, ao se dispensar o reconhecimento notarial das assinaturas neles inscritas<sup>(77)</sup>.

<sup>(72)</sup> Arts. 369º e segs. do cód. comercial.

<sup>(73)</sup> Arts. 538º, *idem*.

<sup>(74)</sup> Art. 408º, *ibidem*.

<sup>(75)</sup> Cfr., Decreto nº 19490, de 21 de Março de 1931.

<sup>(76)</sup> Nos termos do art. 46º/C, do cód. Proc. civil.

<sup>(77)</sup> Art. 51º do cód. Proc. civil.

Outras disposições do cód. comercial se referem a meios de prova dos actos do comércio, nem sempre distinguindo este aspecto das questões atinentes à forma, enquanto condição de validade (arts. 44<sup>o</sup> e 98<sup>o</sup> do cód. com.).

Deflui daqui que – para além de outros exemplos – se verifica neste ramo de direito uma verdadeira *funcionalização da forma* em atenção à prontidão, eficácia, operacionalidade e viabilização dos actos de comércio.

Ainda que todo o enunciado jurídico tenha uma determinada forma, o elenco das variações leva a que certas declarações negociais exigem uma forma especial [mínimo formal típico; cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, 1992, pág. 668 e segs.]. Tal é o que acontece, neste domínio na constituição da relação de arrendamento comercial (art. 110<sup>o</sup> do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-lei n<sup>o</sup> 321-8/90, de 15-10), pois que está sujeito a escritura pública (art. 89<sup>o</sup>/j, do cód. do Notariado). A escritura pública está também sujeito o trespasse de estabelecimento comercial ou industrial (art. 115<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 3 do R.A.U.)<sup>(78)</sup>.

(78) Igualmente o contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial (locação de estabelecimento) deve ser reduzido a escritura pública (art. 89<sup>o</sup>/k, do cód. do notariado). Se o não for é nulo. E a nulidade significa em termos práticos que o negócio realizado não pode valer como tal, isto é, como locação de estabelecimento. Quer isto dizer que tudo se passa, desde o início, como se não tivesse existido o apontado contrato, porquanto a finalidade do legislador é a de negar valor jurídico ao negócio formal que é celebrado com desrespeito das formalidades legais.

Ora, na prática, este efeito pode ser importante, pois tudo se passa como se o inquilino (arrendatário comercial) tivesse onerosamente cedido o gozo do estabelecimento (onde se inclui o arrendamento) a terceiros (os cessionários do estabelecimento). É que, se se arredar a existência e relevância da referida cessão de exploração, por força da aludida nulidade, persiste todavia, uma situação de facto em que o arrendatário comercial cede a terceiros o gozo e fruição de parte do imóvel arrendado (onde funciona o estabelecimento), não comunicando, eventualmente essa cedência ao senhorio (proprietário do imóvel). Sendo assim, o arrendatário comercial viola o preceito do art. 1038<sup>o</sup>/f, do cód. civil, dando azo a que o senhorio possa resolver o contrato de arrendamento comercial. Com efeito, dada a nulidade de que padece o referido negócio, a transmissão tornou-se ilícita, essencialmente porque passou a ficar desligada da transferência onerosa do estabelecimento mercantil incorporado no local arrendado.

Outro tanto ocorre para outros actos negociais jurídico-formais. É o caso, v.g., dos vários actos e negócios sujeitos a registo [arts. 2<sup>o</sup> e segs. do cód. de Registo comercial, sendo que alguns são obrigatórios, nos termos do artigo 15<sup>o</sup> do mesmo normativo e doutras disposições legais] e de exigências de particular formalismo para a constituição e transmissão de direitos de Propriedade Industrial [arts. 86<sup>o</sup> e 119<sup>o</sup> – quanto a marcas – 150<sup>o</sup> – quanto ao nome e insígnia de Estabelecimento – 24<sup>o</sup> – na transmissão de patentes de invenção – art. 64<sup>o</sup> – quanto à transmissão de modelos e desenhos, etc., todos do cód. de Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-lei n<sup>o</sup> 30679, de 24 de Agosto de 1940].

Particulares exigências de forma se descortinam na constituição de sociedades comerciais [art. 18<sup>o</sup> do cód. das Sociedades comerciais, ao se exigir a realização de escritura pública como forma de atribuição de personalidade jurídica].

Vale isto dizer que as necessidades de prontidão e de eficácia, por um lado, e a presença de moldeš para acautelar os valores prosseguidos, noutras áreas normativas, com recurso às regras formais por outro, conduzem a um princípio geral de *não formalismo* no tráfico mercantil.

A *confiança*, por último, apresenta-se, hoje, como um aspecto essencial de todo o tráfico mercantil. Na sua base está a ideia de que a pessoa, levada por outrem a acreditar em certo estado de coisas, tem direito à protecção do direito. E esta protecção poderá perspectivar-se de duas maneiras: a consolidação do próprio estado de coisas em que se foi levado a acreditar, de tal modo que qualquer alteração superveniente surja como uma violação, com a inerente pretensão de indemnização (ou anulabilidade, resolução dos contratos) contra quem tenha dado azo à situação em causa.

Deve, por isso, e a título exemplificativo, fazer-se uma interpretação abrogante da regra do n<sup>o</sup> 2 do artigo 253<sup>o</sup> do cód. civil, sempre que essas *sugestões* ou *artifícios usuais* sejam

admitidas de acordo com os *usos do comércio* ou os *usos da praça*, em termos de não se admitir a predisposição unilateral de cláusulas contratuais gerais, mesmo nas relações entre comerciantes que, por aderirem a esses *usos*, se revelem contrárias à boa fé [arts. 15º, 16º, 18 e 19º do Decreto-lei nº 446/85, de 25-10], ainda que, no *quadro negocial padrão* de um específico sector de actividade económica, commumente se utilizem.

A *confiança*, devidamente objectivada, funciona em estreita interdependência com a *celeridade* e o *não-formalismo*.

Estes princípios possuem, ainda, um duplo papel:

- a) são auxiliares de interpretação, permitindo retirar das diversas fontes de direito comercial as regras sistematicamente mais adequadas com o ordenamento jurídico-comercial;
- b) desfrutam de *aplicação directa* sempre que, por remissão implícita ou explícita das regras existentes ou por necessidade de integração de lacunas, haja que recorrer a elas.

Esta remissão pode ocorrer, por exemplo, através do recurso a conceitos indeterminados, como o da boa-fé, dos *bons costumes*, da *justa causa* ou do *abuso do direito*, que, ao remeterem para os dados básicos do sistema, automaticamente invocam a aplicação destes princípios [cfr., por todos, MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé no Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1984, pág. 590 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 1ª vol., reimp., Lisboa, 1987, pág. 149 e segs. e 304 e segs.].

Conclui-se, por conseguinte que o direito comercial é um ramo especial do direito privado, enformado por certos vectores que se precipitam e ancoram na liberdade de

iniciativa económica<sup>(79)</sup>, na liberdade de concorrência<sup>(80)</sup>, na especulação, no mercado, na produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços, na vocação internacionalista e que se predispõe apto para, ao derredor das empresas, servir, juridicamente, a realidade económica que as matiza.

É, destarte, à *volta das empresas* – não de todas as empresas – que se justifica formal e substancialmente a coesão jurídica deste ramo de direito.

Pelo que, cumprirá estudar, entre outros, os seguintes aspectos, a saber:

- a) a caracterização dos sujeitos e a delimitação jurídica da empresa e do estatuto do comerciante;
- b) o acervo dos negócios jurídicos ligados às empresas e que só existem, no mundo do direito, por causa delas (v.g., transporte, seguro, locação financeira, factoring, agência, franchising, etc.);
- c) os contratos que incidem sobre o *estabelecimento* como objecto de negócios (v.g., trespasse, locação do estabelecimento, usufruto), os instrumentos de defesa do estabelecimento e os demais direitos de propriedade industrial (v.g., patentes de invenção e modelos de utilidade), cujo uso e fruição é possível à margem do estabelecimento;
- d) as normas aplicáveis às sociedades mercantis;

<sup>(79)</sup> No quadro do princípio constitucional da democracia económica, social e cultural, que tanto contem os impetus do poder público, em face dos particulares, como auto-limita a acção das empresas, de acordo com as leis do mercado. Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, I vol., 1986, pág. 7 e segs.

<sup>(80)</sup> Sobre o dualismo intervenção económica do Estado/concentração das empresas, cfr., SCHÖNWITZ, D./WEBER, J., *Wirtschaftsordnung / Eine Einführung in theorie und politik*, 1983, pág. 218. Sobre a diferença entre a concorrência desleal e o direito da concorrência, vide, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito português da concorrência (análise breve do Decreto-lei nº 422/83)*, in Revista da Ordem dos Advogados (Dezembro, 1990), pág. 581 e segs.

- e) o regime substantivo da falência;
- f) o conjunto de matérias que, não sendo embora de exclusiva pertinência às empresas, nem necessariamente as envolvam são-lhe de tal modo indispensáveis que delas não podem prescindir, a saber: os títulos de crédito, as operação de bolsa.

#### D) O Problema da autonomia do direito comercial.

##### I - O Problema.

A autonomia de um ramo de direito pode ser analisada fundamentalmente tanto de um ponto de vista *formal*, como de uma perspectiva *substancial*.

No dizer de F. OLAVO<sup>(81)</sup> um ramo de direito é formalmente *autónomo* quando as respectivas normas fundamentais se inserem em um código ou corpo de leis próprio. Ao invés, há autonomia substancial sempre que um conjunto de categorias jurídicas se subtrai à disciplina do direito comum e se disciplina através de um complexo de regras, que geram um certo sistema, aí onde se precipitam certos princípios jurídicos (e os valores que lhes transportam) que lhe são inerentes. É claro que é este último entendimento que, ao cabo e ao resto, importa dilucidar.

##### II - A Doutrina.

Em consonância com o ideário revolucionário francês, avesso à ideia de um direito comercial especial, assim

<sup>(81)</sup> FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, pág. 18.

qualificado em função da condição das pessoas, o código comercial francês de 1807 converteu o direito dos comerciantes em direito de actos objectivos – actos comerciais objectivos, independentemente da qualidade profissional do sujeito que os realizava. Estava, pois, criado o ambiente, ainda que o movimento objectivista não comportasse, expressamente, parâmetros unificadores, para se suscitar a discussão acerca da manutenção da dicotomia no Direito Privado (Direito civil/Direito comercial).

Por isso que, a partir de VIVANTE<sup>(82)</sup> o direito comercial (objectivo) foi visto pelos corifeus da tendência uniformizadora como um produto da fusão gradativa do direito comercial e do direito civil, através da generalização a múltiplas esferas da actividade humana dos interesses que historicamente explicaram a especialidade do direito comercial<sup>(83)</sup>.

#### 1. A unificação.

A retórica argumentativa da *perspectiva unificadora* assenta em vários *tópicos* a saber: (1) na dificuldade em definir um conceito unitário (ou um critério suficientemente inequívoco) de actos de comércio; (2) na homogeneidade da

<sup>(82)</sup> VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, 4ª ed., Milano, 1911.

<sup>(83)</sup> Sobre isto, vide, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 123-124; BROSETA PONT, *La empresa...*, cit., pág. 211; MARTY, J. -P., *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la legislation contemporaine*, in *Revue trimestrielle de Droit commerciale et de droit Economique*, nº 4, Oct.-Dec., 1981, pág. 287; BARBOSA DE MAGALHÃES, *A revisão geral do código civil, a autonomia do direito comercial e o problema da codificação*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano X, pág. 24-25.

vida económica; (3) no uso comum (ou generalizado uso) dos diversos institutos e figuras do direito comercial; (4) na constelação típica dos princípios, comum, tanto ao direito comercial, como ao direito civil; (5) na complexidade crescente do exercício profissional da actividade económica.

Defende-se, neste sentido, que a unificação entre o Direito civil e o Direito comercial já estaria concluída no *terreno* da vida económica, isto é, não na estrutura económica, mas também em sede de direito processual e na homogeneização de princípios e institutos (a *comercialização* do direito civil).

Com efeito, no que tange ao ponto (1), a existência do mencionado dualismo originaria a incerteza sobre qual fosse o diploma aplicável a actos e contratos que todas as pessoas podem praticar, mesmo isoladamente. Vale isto por dizer que o assinalado dualismo seria contraditado pela indiferenciação de práticas, ao nível dos agentes, dos actos e contratos e, por isso, artificialmente sustentado.

Pelo que respeita ao ponto (2), observa-se a extensão das actividades económicas a todos os grupos sociais, no sentido de uma profunda interpenetração da *vida civil* na *vida comercial*, pois que, os fenómenos da intermediação, da especulação de crédito, da circulação da riqueza, não são privativos da vida comercial, antes se estendem ao mercado económico – quer mobiliário, imobiliário – onde actuam agentes comerciantes e não comerciantes.

No ponto (3) vem-se de significar a homogeneidade e generalização, em sede de estrutura económica, dos instrumentos jurídicos típica e tradicionalmente oriundos do direito comercial clássico. É o caso de utilização de livranças e letras de câmbio por não comerciantes, a disseminação no tráfego jurídico dos (múltiplos) contratos

de seguro e contratos bancários<sup>(84)</sup> e, bem assim, as operações de bolsa<sup>(85)</sup>; a falência abrange, hoje, também, os não comerciantes<sup>(86)</sup>, além de que a disciplina das práticas restritivas da concorrência<sup>(87)</sup> aplica-se a todas as actividades económicas exercidas no território português, nos sectores privado, público e cooperativo<sup>(88)</sup>, disciplinando, por isso, entre outros, os artesãos e as empresas agrícolas. De resto, os *sinais distintivos do comércio* passam a disciplinar a indústria agrícola, florestal, pecuária, bem como os produtos naturais ou manufacturados (logo, o artesanato)<sup>(89)</sup>.

Ao derredor da homogeneidade ao nível da estrutura económica e a generalização do uso dos instrumentos jurídicos, tradicionalmente pertinentes à área do direito

<sup>(84)</sup> O sistema do direito bancário é dominado, na Europa ocidental, no que diz à sua actuação – isto é, nas relações jurídicas a que dá origem – pelo *direito privado*, sujeitando-se, seja ao direito civil, seja ao direito comercial. Assim, cfr., FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht*, I, 1983, pág. 506; cfr., CANARIS, C.-W., *Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsdürftigen Bankkunden*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels und Konkursrecht*, 1979, pág. 122; MENEZES CORDEIRO, *A erosão das garantias clássicas no direito bancário*, conferência efectuada na XXXI convenção de juristas das Caixas Económicas, 1989; VASSEUR, M., *Droit et Economie bancaires – les opérations de banque*, 1988/89, fascículos III e IV; ANTÓNIO DE CAMPOS, *Direito bancário – notas de doutrina e jurisprudência*, in *Revista da Banca*, nº 14, 1990, pág. 81 e segs.; *Idem, ibidem*, nº 16, 1990, pág. 181 e segs.; CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, 3ª ed., Berlim, 1988; AUGUSTO DEATHAYDE/LUÍS BRANCO, *Operações bancárias*, in *Direito das Empresas, Instituto Nacional de Administração*, 1990, pág. 285 e segs.

<sup>(85)</sup> Cfr., CORRADO, R., *Borsa (contratti di borsa valori)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1958, vol. III, pág. 540 e segs.; ZÖLLNER, W., *Wertpapierrecht* 19ª ed., 1987, München, pág. 8 e segs.; D'ESPINOZA, L. B., *Borsa valori/contratti di borsa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. V, 1959, pág. 592 e segs.; BROX, H., *Handelsrecht und wertpapierrecht*, 16ª ed., 1987.

<sup>(86)</sup> Arts. 1º/1 e 2º do Decreto-lei nº 132/93, de 23-4 (Código de Processos Especiais de Recuperação de empresa e de falência).

<sup>(87)</sup> Cfr., Decreto-lei nº 370/83, de 29-10 (arts. 1º e 4º, sobre práticas restritivas da concorrência) e o Decreto-lei nº 371/93, de 29-10.

<sup>(88)</sup> Cfr., art. 1º do Decreto-lei nº 371/93, de 29-10; vide, ainda a ampla e indeterminada noção de empresa, para esse efeito, nos arts. 6º e 9º do mesmo diploma.

<sup>(89)</sup> Cfr., art. 2º do Código da Propriedade industrial.

mercantil, assiste-se, pelo que concerne ao ponto (4), à absorção e consolidação, no direito das obrigações, dos caracteres, alegadamente específicos do direito comercial, quais fossem, a tutela da boa-fé (arts. 227º e 792º do cód. civil), a solidariedade passiva das obrigações (art. 513º, do cód. civil; porém, não se arvorou em regra, como veremos que ocorre no cód. comercial), as obrigações de juros<sup>(90)</sup>.

No ponto (5) quer chamar-se a atenção para a circunstância de, para além de alguns contratos estarem duplamente regulados (na lei civil e na lei comercial). De facto, o exercício da actividade económica ou pressupõe relações entre dois comerciantes, actuando como tal, ou entre comerciantes e consumidores (ou actuando como tal, isto é, agindo com fins alheios à sua própria profissionalidade). Ora, este complexo quadro gera, por um lado, seja a sujeição dos não comerciantes à lei mercantil<sup>(91)</sup>, seja, por outro, a sujeição dos comerciantes a disciplina jurídica qual seja do direito dos consumidores<sup>(92)</sup>. Ao que acresce a impossibilidade de se contrapor, infrangivelmente o direito comercial à actividade

<sup>(90)</sup> Os juros são *frutos civis*, constituídos por coisas fungíveis, que representam o rendimento de uma obrigação de capital, isto é, a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital.

Circunstância não despidiendá do que vai dito no texto foi a que ocorreu no domínio do Decreto-lei nº 262/83, de 16-6, que alterando o texto do art. 102º do cód. comercial, mandou aplicar aos juros comerciais o disposto nos arts. 559º, 559º-A e 1146º do cód. civil.

<sup>(91)</sup> V.g., nos casos das dívidas dos credores comerciantes, por actos de comércio unilaterais, em face de devedores não comerciantes: art. 10º do cód. comercial.

<sup>(92)</sup> V.g., o direito potestativo de resolução de um contrato de compra e venda no prazo de sete dias (unilateralmente mercantil, isto é, só por banda do vendedor comerciante, posto que ele comprou, por exemplo, para revender) realizada fora do estabelecimento comercial do vendedor, por banda de um adquirente que, nesse negócio, tenha a qualidade de consumidor. Cfr., arts. 4º e 11º do Decreto-lei nº 272/87, de 3-7.

Note-se que esta declaração de resolução é recipiendá, isto é, deve ser dirigida a outrem. Como diz VAZ SERRA (*Perfeição da declaração de vontade*, in B.M.J., nº 103, pág. 5) *tal é o que acontece com a aceitação ou a recusa desta (em geral), com a maior parte das declarações potestativas (v.g., a resolução de contratos, a compensação)*.

Ora, nos termos daquele normativo o consumidor adquirente pode resolver o contrato nos sete dias úteis seguintes à sua assinatura (ou até sete dias úteis ulteriores à entrega da mercadoria, se esta fôr posterior: arts. 4º/1 e 11º/1). Este prazo têm-no o adquirente para decidir se vai ou não manter o contrato. Não se diz que tem que levar ao conhecimento do vendedor, dentro de 7 dias úteis, a sua vontade de resolver o contrato.

agrícola, dada a industrialização da agricultura e a recepção que nela se faz das técnicas comercialísticas: v.g., títulos de crédito de financiamento, seguro de colheitas, sujeição das empresas agrícolas à falência, constituição de sociedades agrícola (civis) sob forma comercial, ou sob forma cooperativa (com objecto comercial), etc.

## 2. A perspectiva autonomista.

Nesta vertente a retórica argumentativa inverte-se, posto que a autonomia do direito comercial subsiste para prover: (1) à *celeridade das transacções* (comerciais); (2) à *simplicidade de formas*; (3) ao *rigor das formas*; (4) à *normalização das formas*; (5) à *facilidade da prova*; (6) à *tutela eficaz do crédito*; (7) ao *jaez universalista do Direito Comercial*; (8) ao seu *carácter eminentemente consuetudinário*; (9) às *especiais características das operações comerciais em massa*; (10) à *instabilidade dogmática* deste ramo.

Daqui deflui que o Direito Comercial tem a vocação de facultar os instrumentos jurídicos que possibilitem a rápida circulação de mercadorias e capitais<sup>(93)</sup>. Em segundo lugar

Vale isto dizer que o comprador pode exercer este direito, quer no primeiro dia, quer no sétimo. Daí que se deva ter em conta, como ponto de partida, tal prazo e não aquele em que o vendedor vier a tomar conhecimento da vontade de resolver.

Ademais, este prazo de 7 dias deve qualificar-se como de caducidade. Como diz o nº 2 do art. 298º do cód. civil *quando por força de lei ou vontade das partes, um direito deve ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade a menos que a lei se refira expressamente à prescrição*. Além disso, só impede a caducidade, a prática dentro do prazo legal ou convencional do acto a que a lei ou convenção atribuía efeito impeditivo (art. 331º/1, cód. civil).

Este prazo de 7 dias úteis destina-se à emissão da declaração receptícia e não à sua recepção pelo destinatário.

De igual modo, a lei foi explícita quanto à contagem do prazo, pois que só fala em dias *úteis*, justamente para evitar algumas dificuldades interpretativas quanto à questão de saber se, mesmo sem essa referência (*dias úteis*) o prazo se suspenderia aos domingos e feriados (ou também aos sábados, visto que nestes dias as estações de correio estão fechados).

<sup>(93)</sup> Cfr., art. 473º, 1ª parte: *Se o prazo para entrega das coisas vendidas não se achar convencionalado, deve o vendedor pô-las à disposição do comprador dentro das vinte e quatro horas seguintes ao contrato, se elas houverem sido compradas à vista.*

é notória, como vimos, a *simplicidade de formas*: art. 97º, 396º, 400º, 334º, etc., do cód. comercial. Mas doutra sorte, o *princípio do rigor das formas* facilita a fluidez do tráfego jurídico mercantil, pois que pré-determina o esquema jurídico a adoptar. São as hipóteses, v.g., dos arts. 115º/3 do Regime do Arrendamento Urbano (para o trespasse de estabelecimento comercial e industrial), 18º do cód. das sociedades comerciais (para a constituição das sociedades comerciais)<sup>(94)</sup>, do *princípio da literalidade dos títulos de crédito*, aí onde o conteúdo e a extensão do direito incorporado no documento escrito são aqueles que dele constam, valendo o direito com esse conteúdo e extensão<sup>(95)</sup>.

Um outro aspecto é o que se prende com a *normalização das formas*, no caso da contratação através de *cláusulas preformuladas com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebração pelo predisponente ou por terceiro*. Ao normalizar-se, para a massa dos clientes, as condições contratuais propicia-se uma notória simplificação e aceleração do processo de celebração dos contratos.

Munido-se previamente de uma regulamentação exaustiva e invariável, a empresa pode concluir, de forma rápida e fácil, um número exponencialmente mais elevado de contratos, bastando para isso, a indicação rotineira das prestações principais e de certos dados individuais (v.g., identificação da contraparte, etc.). Do mesmo passo, ao se furtar à negociação, eventualmente morosa, de todos os detalhes conformadores do contrato (posto já fixados, outrossim, de antemão, e de uma vez por todas, através de

<sup>(94)</sup> Ao invés do que se passa com a constituição de sociedades civis, consignada no art. 981º do código civil.

<sup>(95)</sup> O art. 373º do cód. comercial estatui que *todas as questões acerca do transporte se decidirão pela guia de transporte, não sendo contra a mesma admissíveis excepções algumas, salvo de falsidade ou erro involuntário de redacção*. E ainda o princípio vigente, mais ou menos intensamente, v.g., nas livranças, nas letras de câmbio, nos conhecimentos de depósito de mercadorias em armazéns gerais, nos warrants, no conhecimento de carga, nos cheques, nos extractos de factura.

acto de predisposição, por exemplo, em formulários) a empresa ou o comerciante obtêm, logo aí, ganhos consideráveis em termos de economia de gestão, por mor da redução directa dos *custos de contratação*. Donde, igualmente, se permita a descentralização e ramificação da actividade negocial da empresa ou do comerciante (v.g., através de agentes filiais, rucursais), sem pôr em causa a unidade da direcção central. Além disso, a uniformização contratual que daqui brota é um instrumento indispensável ao exercício das modernas técnicas de gestão previsionial por objectivos. (v.g., cláusulas que, aparentemente, só visam a diminuição dos custos – por exemplo, a *imposição* de um pacto privativo de jurisdição, cláusulas de exoneração da responsabilidade – têm na sua base cálculos empresariais mais elaborados, operando em face de empresas concorrentes). Uma quarta razão para o emprego de cláusulas contratuais gerais reside na sua fácil instrumentalização como meio de obtenção de lucros, em sentido económico mediante o favorecimento da posição jurídica do utilizador desta forma de contratação em face da contraparte (v.g., através de prazos de cumprimento, de elevação dos preços, de modificação do conteúdo da prestação, da auto-concessão de faculdades de livre deminência e resolução, etc.). Sobre isto, cfr., **ULMER**, in **ULMER/BRANDNER/HENSEN**, *AGB-Gesetz...*, cit., 19; **LARENZ**, *Allgemeiner teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6ª ed., München, 1983, pág. 542 (na 7ª ed., de 1989 este autor omite o tema da função das cláusulas contratuais gerais); **RODOTÀ**, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contra-ente debole*, Milano, 1970, pág. 82; entre nós, sobre isto, cfr., **SOUSA RIBEIRO**, *Claúsulas contratuais gerais...*, cit., pág. 56 e segs.

A recente intensificação, pelo menos no nosso país, desta prática contratual, aliada à situação de inferioridade e submissão em que ficam colocados os aderentes levantou no direito o problema da adequada tutela dos interesses destoutros<sup>(96)</sup>.

<sup>(96)</sup> Entre nós, através do Decreto-lei nº 446/85, de 25-10, onde se estabelecem medidas compensatórias desta tipificação e despersonalização dos negócios em que as cláusulas em referência se inserem, por forma a que o exercício de amplos poderes, por parte dos privados, de conformação das suas relações jurídicas, esteja em conformidade com os parâmetros objectivos de justiça, isto é, se evitem distorções graves do sistema de trocas, em prejuízo de largas camadas de contraentes.

Deve, no entretanto, salientar-se que este processo de estandardização contratual foi fruto de um processo de objectivação e despersonalização da figura do contrato – insito na lógica do processo de autonomização e universalização do mercado – posto que ao ser absorvido pelo universo da empresa, o contrato teve que satisfazer irrecusáveis exigências de estabilidade e racionalização, perdendo,

Ademais, por que as formas são simples, por um lado e *rigorosas*, por outro, estando os contratos *normalizados* ou *standardizados*, é que a prova deles é menos complexa ou exigente. Exemplo disto é o artigo 44º do cód. comercial, ao estabelecer um regime de prova entre comerciantes, baseado na obrigatoriedade da escrituração mercantil, consignada nos arts. 18º e 29º e segs. do mesmo código.

Pelo que concerne ao argumento (dos autonomistas) da *tutela eficaz do crédito*, sendo este um factor essencial à actividade mercantil, outorga-se ao *credor comerciante* (e *do comerciante*) as garantias suficientes para o libertarem da inibição de o conceder<sup>(97)</sup>. É o que se reflecte em algumas soluções, a saber: o artigo 100º do cód. comercial, onde se prescreve a regra da solidariedade passiva nas obrigações mercantis; o mesmo se passa na fiança mercantil (art. 101º do cód. com.); o mercado dos títulos de crédito é naturalmente estruturado para promover a activa circulação dos créditos; o instituto da falência estrutura-se de forma a assegurar à que os credores dos *empresários* e das *empresas* (abrangidos no código dos Processos Especiais de recuperação de

pois, terreno as concepções voluntarísticas do *mutus consensus*. Desvalarizou-se, destarte a intenção real e efectiva do declarante, ao passo que ganhou peso crescente o próprio comportamento declarativo, tal como exteriormente observado. Cfr., ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pág. 58, 264 e segs e 274 e segs. (há trad. portuguesa); GALGANO, F., *L'imprenditore*, Bologna, 1982, pág. 4; entre nós, salientando que a vontade negocial não tem por referente uma realidade psíquica autonomizável, que o negócio jurídico é um acto (performativo) que tem efeitos conformes ao seu significado, apurando-se o *significado negocial* através do juízo que o intérprete faz acerca da *compreensão* que o declaratório possa ter tido perante o conjunto de enunciados relevantes, sendo que os enunciados negociais são conjuntos de sinais que exprimem um ou mais elementos de uma declaração negocial, cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., vol. II. Por isso que, para este autor, a declaração negocial é uma entidade ideal que integra todos os elementos adequados à formação de um negócio jurídico. De resto, o *consenso*, o *acordo de vontades* que culmina no contrato não é uma *atitude psicológica*, porquanto este *consenso* verifica-se *de fora*, sendo o resultado de uma descoberta que culmina o desenvolvimento da actividade interpretativa (*ob. cit.*, vol. II, pág. 856 e segs.).

<sup>(97)</sup> Cfr., FERNANDO OLAVO, *Notas sobre a reforma da legislação comercial*, Bolctim do Ministério da Justiça, nº 293, pág. 6 e segs.

empresas e de falências) vejam garantidos na medida do possível os seus direitos; o artigo 1691º, alínea d) do código civil e o artigo 10º do cód. comercial permitem ao credor comerciante executar imediatamente não só a meação dos bens comuns, mas também bens ou direitos que, em concreto integram essa meação, sem esperar pela dissolução do casamento do devedor.

A necessidade de intercâmbio entre os agentes económicos situados nos vários Estados pressupõe, dada a troca transfronteiriça que acarreta, a uniformação das teorias e dos princípios, por forma a que a exploração de mercados diferentes não seja dificultada pela diversidade das soluções (mercantis) nacionais. O que, aliás, impôs a unificação do regime jurídico de certas relações jurídico-mercantis (v.g., A Lei Uniforme sobre Letras e livranças, as conveções internacionais relativas à Propriedade industrial, ao transporte marítimo e rodoviário de mercadorias, ao direito marítimo e Aéreo, etc.).

Por outro lado, ao se realçar o carácter eminentemente consuetudinário do direito comercial, chama-se à colação a influência determinante, nalgumas ordenamentos jurídico-mercantis, dos *usos comerciais*.

Acresce que o direito comercial, para esta concepção, se revê nas especiais características das operações em massa, posto que, a objectivação da relação jurídica<sup>(98)</sup> levou a prescindir-se do elemento pessoal (v.g., a incorporação de coisas em certos títulos de crédito, como sejam a guia de transporte e o conhecimento de depósito em armazéns gerais, o compra e venda mercantil, sob amostra ou as operações de bolsa, em que se prescinde do *contacto* com o objecto do negócio, etc.).

<sup>(98)</sup> Cfr., *supra*, nota 96.



Por último, os institutos jurídico-mercantis têm um ritmo de criatividade bastante mais acentuado do que os seus congéneres do direito civil (mormente no direito das obrigações), a implicar uma constante reformulação de princípios e o surgimento de nóveis figuras contratuais (v.g., o contrato de *factoring*, de locação financeira, de *franchising*, *merchandising*, de concessão de *know how* e respectiva assistência técnica, de *engineering*, *leveraged buy-out*, etc.)<sup>(99)</sup>.

### 3. Conclusões

Sempre que se problematiza a questão da autonomia do direito comercial perspectivam-se basicamente três orientações, a saber:

- a) a que sustenta a autonomia do direito comercial face ao direito civil;
- b) a que vai ao arrimo da ideia de uma fusão dos dois ramos da ciência jurídica;
- c) a que defende a transfiguração qualitativa do direito comercial;

Nenhuma destas posições é imune a críticas. É certo, porem, que commumente se recontece a existência de um

<sup>(99)</sup> Cfr., sobre isto, por todos, FRIGNANI, A., *Factoring, leasing, Francising, Venture capital, beverage buy-out, Hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, Know-how*, 5ª ed., Torino, 1993; BUSSANI/CENDON, *I contratti nuovi (casi e materiali di doutrina e giurisprudenza)*, Milano, 1989; CLARIZIA, *I contratti di finanziamento (leasing e factoring)*, Torino, 1989; MENDELSON, M., *The Guide to Franchising*, 3ª ed., Oxford, 1982; BOEHM/KUHN/SHAUPY, *Checklist Franchising*, München, 1980; FRIGNANI, A., *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1986, pág. 186 e segs (sobre *countertrade*); CEHMANN, *Zur stellung des werbenden und sterbenden Grosshandels im evolutiven Entdeckungsverfahren wettbewerb*, in Festschrift fur R. KLAHA, München, 1987, pág. 59 (sobre *cash and carry*); GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, III, 1, 1990, pág. 162 (sobre o contrato de *Know-how*); MONTALENTI, *Il leveraged buy-out*, Milano, 1991.

núcleo de matérias que reclamam regulamentação segundo princípios próprios, tanto do ponto de vista das pessoas, das coisas e das actividades (económicas) exercidas.

A *via autonomista* implica, por exemplo, a necessidade de se dilucidar a substanciação do carácter objectivo ou subjectivo do direito comercial.

Na *concepção objectivista*, a dificuldade – *rectius*, a impossibilidade – denota-se, desde logo, em saber qual seja o critério que permita classificar como mercantil determinado acto ou negócio jurídico. Geram-se, pois, dificuldades de delimitação do âmbito de aplicação das normas. Uma vez que se proponha a *intermediação* como característica essencial do acto de comércio, escapariam ao direito comercial contratos como v.g., a conta-corrente, o arrendamento (para comércio ou indústria), o contrato de cheque<sup>(100)</sup>.

De igual modo, na *concepção subjectivista* reduz-se drasticamente o seu campo de aplicação. E isto porque considerar que serão comerciais (ou melhor, submetidos à lei comercial) os actos a que preside o espírito do comércio (agitando-se, uma vez, o anátema da *transcodificação*, ao se devolver e acto de comércio para o campo da ciência económica) ou os praticados por uma determinada classe ou categoria de indivíduos (os comerciantes) obriga, para além da discriminação no exercício de certos actividades económicas (e da violação do princípio da igualdade), impor um dúplice tratamento da generalidade das situações que seriam consideradas comerciais. Para um dos sujeitos da relação jurídica (v.g., a compra e venda) o acto seria comercial já que praticado por um comerciante. Mas para o

<sup>(100)</sup> Cfr., SOFIA GALVÃO, *Contributo para o Estudo do contrato de cheque*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, (Abril 1992), pág. 45 e segs.; G. COTTINO, in Trattato di Diritto Commerciale e de diritto publico dell'economia, Padova, cedam, 1991.

Panorama idêntico se passa quanto a qualquer dos outros critérios – v.g. especulação mercantil, actos em série que quadrariam à qualificação mercantil de certas matérias.

outro sujeito, tal acto seria civil. O que, em teoria, poderia levar qualquer dos intervenientes a reclamar a aplicação do seu *direito*. De resto, levado ao extremo, uma concepção deste jaez, classificaria como comerciais sómente os actos praticados entre comerciantes. Disciplina esta que teve o seu ocaso nos primórdios do séc. XIX.

Por isso que, tão só uma concepção não-subjectivista mitigada, de *iure condito*, pode emprestar algum rigor na delimitação substancial do hodierno direito comercial português. Porém, um neo-subjectivismo que retire do conceito de *empresa* uma rigorosa delimitação dos vectores que dela é lícito utilizar na nossa disciplina.

É mister, por tal, decompôr, em termos mais analíticos e *jus-comercialmente orientados* – os seus elementos:

a) um elemento subjectivo (*agentes, beneficiários e/ou sujeitos*).

A primeira nota sublinhar é que a empresa é uma pessoa singular (empresário) ou colectiva (v.g., sociedade) ou grupos de pessoas singulares (empresários que *arriscaram* numa mesma ou em várias *organizações*);

b) um elemento teleológico

Recorta-se aqui a produção de utilidade, isto é, os produtos e serviços, para o mercado, com ou sem escopo lucrativo.

c) um elemento objectivo

Vale isto por referir o conjunto de bens ou recursos utilizados por aquelas pessoas para produzir utilidades. Isto é: os direitos sobre coisas (móveis ou imóveis), materiais (o navio, a aeronave), imateriais (os sinais distintivos do comércio e os restantes bens integrantes da propriedade industrial), ainda que estes últimos integrem um *lastro* material ou corpóreo de bens (é o caso, como veremos, do estabelecimento comercial).

d) um elemento relacional

Com o que chama a atenção para as funções eficiente (os elementos com aptidão para gerar a *performatividade*

da actuação da empresa) e económico-social (a satisfação, seja das necessidades pessoais dos consumidores finais, seja dos restantes agentes do circuito económico)<sup>(101)</sup> caracterizando a actividade desenvolvida pelas pessoas ou grupos de pessoas, que utilizam os recursos referidos em b) que, com jaez de profissionalidade, no direito constituído, só podem ser aquelas inscritas no artigo 230º do cod. comercial (ainda que por analogia), as demais que se analisem através da prática de actos de comércio objectivos e bem assim as operações, factos ou negócios jurídicos praticados por comerciantes, no exercício do seu comércio. Há, pois, todo um conjunto de negócios e instrumentos específicos que carecem de específica regulamentação, obedecendo a regras mais ou menos uniformes. É o caso das operações de bolsa e bancárias, o transporte terrestre, marítimo, aéreo, o mandato comercial, a agência, a concessão ou representação comercial, o Know-how, a compra e venda mercantil, o arredamento para comércio e industriais, os títulos de crédito, etc.

Do mesmo modo, este elemento relacional não abarca todas as relações jurídicas que tenham por sujeito qualquer empresário (empresa-pessoa, no quadro do elemento subjectivo).

Com efeito, é já sabido que, no plano do direito constituído<sup>(102)</sup>, inexistente um direito comercial comum a todos os empresários. Não obstante a existência de um código recenseador das Actividades Económicas (*Classificação Portuguesa de Actividades Económicas*),

<sup>(101)</sup> Por outras palavras, a função económico-social é o elemento através do qual se indica a finalidade metajurídica fundamental e global pressuposta pela reunião dos restantes elementos.

<sup>(102)</sup> Ainda que, no plano do direito a constituir, não seja despicienda a aproximação gradativa das várias espécies de *empresários* (agrícolas, artesão, comerciais, industriais). Cfr., O despacho nº 13/85, de 8-2 do Ministro da Justiça, que nomeou uma comissão de revisão da legislação mercantil, tendente à feitura de um novo código comercial, cujos resultados se esperam actuantes ainda na presente década.

constante do Decreto-lei nº 182/93, de 14 de Maio (que substitui idêntica elencação, datada de 1973), o actual direito comercial desinteressa-se, quase por completo<sup>(103)</sup> das empresas agrícolas (e de actividades acessórias das utilidades que através dessas empresas se podem propiciar), das empresas artesanais, das empresas de profissionais liberais e, para efeitos do art 230º do cód. com, as empresas atinentes às industriais extractivas<sup>(104)</sup>.

De resto, as relações entre a *empresa* e o *sector público* administrativo são disciplinadas por uma variegada gama de disposições atinentes, v.g., ao direito constitucional, administrativo, fiscal, da Segurança Social. E, para além disso, as relações entre a empresa e os seus trabalhadores são, também regulados pelo direito do trabalho.

O direito comercial é, destarte hoje, um ramo de direito que, embora *fragmentário, itinerante*, assume, conquanto frustradamente, autonomia formal, didáctica e substancial por que e na medida em que gravite ao derredor de certo tipo de empresas<sup>(105)</sup>.

E sem que se obvidem as críticas dirigidas à teoria dos actos de comércio, constelação esta que repousaria num quadro de distinções subtis (actos de comércio objectivos, subjectivos,

<sup>(103)</sup> A expressão referida no texto vai referida no sentido em que, sendo o instituto da falência até há pouco, privativo dos comerciantes, a recente legislação sobre recuperação de empresas e falência pretende aplicar-se às empresas comerciais, industriais e bem assim às agrícolas e de prestação de serviços (cfr., art. 2º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de empresa e de Falência, aprovado pelo Decreto-lei nº 132/93, de 23-4).

<sup>(104)</sup> Tal como surgem enumeradas na tabela de classificação de actividades industriais (para efeitos de licenciamento industrial), aprovada pela Portaria nº 744-B/93, de 18-8, *ex vi* do Decreto-lei nº 109/91, de 15-3, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 282/93, de 17-8): nºs 10 a 15 da C.A.E. (Rev. 2).

<sup>(105)</sup> Defendendo, entre nós, igualmente, de *iure condito* a autonomia FERNANDO OLAVO, *Direito comercial*, cit., I, pág. 11 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, pág. 20 e segs e 38 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, cit., I, pág. 28 e segs.; PUPO CORREIA, *Direito comercial*, cit., pág. 35 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito comercial*, cit., I, pág. 45 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 2; contra, por exemplo, BARBOSA DE MAGALHÃES, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 10, nºs 1 e 2, pág. 1 e segs.

substancias, formais, absolutos e por conexão, causais e abstractos, literais e unilaterais), irracionais e falaciosas, qual fosse o círculo vicioso da seguinte retórica argumentativa: Quem é comerciante? É aquele que realiza actos de comércio. Como reconhecer um acto de comércio? É todo aquele que é realizado por um comerciante. Este tenebrosso silogismo, prenhe de especulações metafísicas sobre a anterioridade do *ovo* ou da *galinha* aliado a razões outras (v.g., o fosso que separa o pequeno comerciante da grande empresa, a objectivação e funcionalização do contrato, a profissionalidade organizativa do artesanato e da agricultura, etc, provocaram a ruptura sectorial da construção juscomercialista do séc. XIX. A nova configuração do mercado em que a noção de comércio se inverte potenciou a perturbação causada inicialmente por fenómenos periféricos (além dos já referidos, salienta-se, ainda, o tratamento, juscomercial dos responsáveis pela distribuição e comercialização dos produtos e serviços: agentes, representantes, concessionários, franchizados, etc). Fenômenos este, quais dissidências que, a breve trecho, prefiguraram o *assalto* destes *direitos profissionais* ao clássico direito comercial, amputando-o, pervertendo-o, ou simplesmente, com ele concorrendo. Daí o *rapto* do direito societário pelo direito fiscal. E a multiplicação dos *direitos profissionais*: na actividade bancária, seguradora, bolsista, na mediação imobiliária. E a *comercialização e industrialização* de actividades tradicionalmente analisadas em sede de relação jurídica-civil, que originaram, aqui e ali, novos direitos: direito do urbanismo, da construção, da empresa agrícola.

Assistiu-se, por isso, ainda que noutros ordenamentos, ao nascimento do *direitos dos negócios (droit des affaires)*, a operar na síntese dos contributos publicistas e privatísticos dos problemas de organização da empresa, regendo, não pessoas (em razão da sua profissão), mas operações, independentemente da qualidade dos operadores e da jurisdição (civil, comercial, penal, administrativa, tributária, aduaneira). O direito comercial é, hoje, igualmente, *comprimido* pelo direito económico (ou direito público da economia) e pelo *direito do consumo* (cfr., *O código dos direitos do consumidor* francês, aprovado pela Lei 93/121, de 27-7-1993, maxime as secções IV, V e VI do capítulo I: concursos, sorteios, lotarias, vendas directas ao consumidor, vendas à distância, brindes, etc.). Cfr., por todos, CHAMPAUD,

C., *Le droit des Affaires*, P.U.F., Paris, 2ª ed., 1984, pág. 20 e segs.; CABRAL MONCADA, *Direito Económico*, cit., pág. 7 e segs.; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit.; CALAIS-AULOY, *A codificação do direito do consumo*, in Seminário Internacional de Direito do Consumo, Porto, 23 a 25 de Janeiro de 1992, Universidade Lusíada (existente no fundo bibliográfico da Universidade Lusíada do Porto).

Cabe, ademais, referir quanto a internacionalização das questões jurídico-comerciais, ao invés de, hodiernamente, se confortar no reforço da autonomização deste ramo de direito, suscitar a sua unificação com o direito civil. Tributária desta tendência é a *comissão para o direito europeu dos contratos*, constituída em 1980, e as iniciativas que se voltam para um futuro *código Europeu dos contratos* (cfr., LANDO, O., *Principles of European Contract Law. An alternative or a Precursor of European Legislation*, in *Rabelzeitschrift*, 1992, pág. 261; DROBNIG, *Ein vertragsrecht für Europa*, in *Festschrift Steindorf, Tübingen*, 1990, pág. 1141; GANDOLFI, *Per un codice europeo dei contratti*, in *Revista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1991, pág. 781; RUFFINI GANDOLFI, *Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1991, I, pág. 665).

Porém, por outro lado, e contraditoriamente, assiste-se à contra-corrente tendente à formação de um *direito europeu dos contratos comerciais*. Tendência que parece confirmar-se por mor do importante projecto de unificação do grupo de trabalho do UNIDROIT. E unificação que faz depender a aplicação dos princípios e particularidades de regime jurídico-comercial da circunstância de as partes terem a qualidade de comerciantes (*commercants, Kaufleute*), excluindo-se do seu âmbito da aplicação os contratos realizados com *consumidores finais*, cfr., FRIGNANI, A., *Il contratto internazionale*, cit., pág. 32 e segs.; UNIDROIT, *Working group for the preparation of principles for international commercial contracts*, ch. I, General provisions, Revised comment, Rome, May, 1992; CARBONE/LOPEZ DE GONZALO, in *Nuove leggi civile commentate*, 1989, 6 (sobre o contrato de compra e venda internacional de bens móveis, consignado na convenção de Viena).

Quer o caminho se faça num ou noutro sentido, dificuldade assinalável é aquela que se defronta com a *assimilação*

*internacionalista* do ordenamento britânico. Cfr., WHINCUP, M. H., *Contract Law and Practice. The English system and continental comparisons*, Deventer, 1990; SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, pág. 154 e segs.; ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 4ª ed., Oxford, 1989, pág. 322 e segs.

## E) A evolução histórica do direito comercial.

### I - Metodologia.

A história do direito comercial português está por fazer<sup>(106)</sup>. Pese embora existam *histórias globais* sobre o comércio e estudos parcelares suficientemente *iluminantes* da *história económico-social* portuguesa<sup>(107)</sup>, bem como monografias e estudos parcelares respeitantes à idêntica matéria, as tentativas empreendidos em sede de história do direito comercial português são insuficientes. Ainda assim, acaso existissem, seria necessário rejeitar: a) propostas

<sup>(106)</sup> Vejam-se algumas pistas em BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 65 e segs.

<sup>(107)</sup> Cfr., LÚCIO DE AZEVEDO, *Epocas de Portugal Económico. Esboços de História*, 4ª ed., Lisboa, 1978; MAGALHÃES GODINHO, U., *Os descobrimentos e a economia mundial*, Lisboa, 1965; *idem*, *A Estrutura da Antiga Sociedade Portuguesa*, 3ª ed., Lisboa, 1977; BORGES DE MACEDO, *A situação económica no tempo de Pombal*, Porto, 1951; *idem*, *Problemas da História da Indústria Portuguesa no século XVIII*, Ed. da Associação Industrial Portuguesa, Lisboa, 1963; *Dicionário de História de Portugal* (dir. por JOEL SERRÃO), Lisboa, 1963 (artigos: *Burgueria; Capitalismo; indústria; mercantilismo; Preços e conjuntura do séc. XV ao séc. XIX; círculo complexo Histórico-geográfico*); VIRGÍNIA RAU, *Subsídios para o Estudo das Feiras Medievais Portuguesas*, Lisboa, 1943; MAGALHÃES GODINHO, *A economia dos Descobrimientos Henriquinos*, Lisboa, 1962; ARNANDO CASTRO, *História Económica de Portugal*, 6ª ed., Caminho, Lisboa; OLIVEIRA MARQUES, *Ensaio da História Portuguesa*, 2ª ed., Lisboa, 1980; ARNANDO DE CASTRO, *A Revolução industrial em Portugal no Século XIX*, Porto, 1974; MIRIAM H. PEREIRA, *Política e Economia - Portugal nos Séculos XIX e XX*, Lisboa; VILLAVERDE CABRAL, M., *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no séc. XIX*, Lisboa, 1977.

metodologicamente ultrapassadas, assentes numa concepção positivista da história do direito (*história das fontes*); b) o fenómeno de dissolução da *história portuguesa* numa *história do direito comercial integral*.

O direito comercial, como *direito conformador das empresas*, vivendo do *magma* do mercado económico, é necessariamente o direito de uma realidade social, historicamente determinada. A indissociabilidade do económico do jurídico, aponta para uma *história comercial*, concebida não apenas como história das leis e, mais tarde da codificação comercial, mas também como *história social*. Que o mesmo é afirmar, não se trata, sómente, da *história dos textos*, outrossim, e sobretudo, a *história do contexto* (a dos modelos de organização das zonas do processo económico produtivo em função do mercado e dos interesses públicos e privados; a da interligação destes fenómenos com as suas próprias resultantes fundamentais, v.g., a expansão para novos sectores económicos, a centração, no mercado, em sucessivos e diversos tipos de capital). O que coloca esta história no âmago da própria produção histórica e social<sup>(108)</sup>.

O que vai dito corre, porém, alguns riscos de indeterminação quanto ao objecto. De facto, se a história do direito comercial não se reduz ao direito – e muito menos às fontes escritas e à dogmática – pode obtemperar-se dizendo que, desta forma, é difícil manter a autonomia do *jurídico* relativamente às outras instâncias (político-ideológicas, económico-sociais, culturais, religiosas). Daí que, sob pena de *dispersão estrutural*, a história comercial deverá, ao menos, ser uma *história parcial*, ainda que com numerosas conexões com o conjunto dos outros factores históricos.

<sup>(108)</sup> Cfr., em geral, sobre esta metodologia, A. M. HESPANHA, *História do direito na história social*, Lisboa, 1978, pág. 9 e segs.

Impõe-se, por isso, uma leitura *institucional* das questões estruturais do direito comercial nacional e universal, combinada com uma outra leitura, justamente a que assenta na análise dos textos que se foram sucedendo na história do direito comercial. E isto porque a *verdade jurídico-comercial* é, não raro, uma *história externa* aos documentos (v.g., a implantação da economia e da sociedade burguesas, o fomento industrial e bancário, o abandono gradual das práticas de autoconsumo, a influência de economias estrangeiras, as feiras como local de desenvolvimento do crédito comercial e bancário, etc.)<sup>(109)</sup>. Por isso que se deve perspectivar, por maioria de razão, no plano historiográfico do direito comercial, a vida político-social, estabelecendo a conexão entre o quadro das *Instituições* (v.g., órgãos de produção legislativa, agentes da concretização jurídica – maxime, *in casu*, os agentes económicos – as escolas, etc.) e a estrutura normativa.

## II - Problemas fundamentais na História.

O comércio e a disciplina do tráfego comercial relevam das épocas mais remotas da civilização humana. Na verdade, até os povos mais antigos conheceram particulares regras para o tráfego comercial, sobretudo o marítimo: os fenícios, qual civilização de navegadores e mercadores, os egípcios, os assírios, os babilónicos, os etruscos, os cartagineses e

<sup>(109)</sup> Perspectiva que se intui na medida em como salientou FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980, pág. 16), o discurso histórico revê-se como um *conjunto de estratégias que formam parte das práticas sociais*. A história é, pois, uma *descodificação* onde é mister captar o sentido implícito dos *textos* e dos *factos* quando relacionados com outros *textos* e *factos*. Cfr., SCHOLZ, M., *La constitution de la justice commerciale capitaliste em Espagne et au Portugal*, in *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, vol. 2, Lisboa, 1982, pág. 65 e segs.

quejandos. Particulares normas de Hamurabi ±2000 a. C.)<sup>(110)</sup>, designadamente respeitantes ao depósito, ao mútuo, à venda, à comissão, ao transporte, etc.<sup>(111)</sup>. Conquanto, nesta esparsa disciplina, já se surpreendesse o *germen* daquilo que mais tarde veio a formar o direito comercial faltava um *sistema orgânico*, vale dizer uma sistemática concatenação dessa disciplina e concomitantes normas, nem paradigma de princípios – nelas precipitados – que autorizassem se delineasse um qualquer *direito especial*, o do comércio, distinto das restantes disciplinas jurídicas, com princípios próprios e autónomo desenvolvimento.

### 1. Direito Grego.

Na Antiguidade grega as relações de cidadania eram disciplinadas pelo direito da *polis*. Porém, a partir dos séculos VI e V a.C. desenvolveu-se um *direito consuetudinário* idóneo à disciplina uniforme das relações mercantis que ocorriam fora da *polis*, maxime, as relações marítimas, dando azo ao surgimento de um *direito comum marítimo*<sup>(112)</sup>. Este direito, conquanto tivesse penetrado na *polis*, permanecia, contudo, autonomizado<sup>(113)</sup>, sendo, aqui e acolá, transposto

<sup>(110)</sup> Cfr., REHME, P., *História universal del derecho mercantil*, Madrid, 1941 (trad. em castelhano), pág. 18, 26, 45.

<sup>(111)</sup> Cfr., REHME, P., *ob cit.*, pág. 45. Pode, aliás, dizer-se que o comércio nasce com a formação de qualquer comunidade humana, como seu natural pressuposto (assim, COHN, G., *Drei Rechtswissenschaftliche vortrage*, 1888, pág. 45 a 64; GIANNINI, *Il diritto commerciale nella storia e nella legislazione comparata*, Milano, 1907).

<sup>(112)</sup> Cfr., GERNET, L., *Droit et société dans la Grèce antique*, reimp., 1964, pág. 173 e segs.; EDOUARD-E. COHEN, *Ancien Athenian Maritime Courts*, Princeton, 1973.

<sup>(113)</sup> Assim, também, PAOLI, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1935, pág. 56 e segs.; PLEIONIS, L., *The influence of the Rhodian Sea Law to the other Maritime codes*, in *Revue Hellénique de droit international*, 1968, pág. 171 e segs.

através das *nomói emporikoi*, exercitadas judicialmente mediante as *dikái emporikái*.

Conquanto se curasse de um *germen* do direito comercial, ainda se estava longe da consagração de um direito especial orgânico do tráfico mercantil, que pudesse qualificar-se como *direito comercial* em sentido próprio<sup>(114)</sup>.

### 2. Direito Romano préjustiniano (até ao séc. VI a.C.)

Em Roma a situação não se apresentava diversa. Pelo contrário, as estruturas normativas, neste particular, eram menos desenvolvidas e, por maioria de razão, acentuadamente fragmentárias e prolixas.

Com efeito, o *ius civile*, que disciplinava as relações entre os cidadãos adentro da *civitas* dificilmente podia consignar regras juscomercialísticas. E isto porque a manufactura e o tráfico comercial eram consideradas actividades menores, vistas com desprezo. Por isso que, tão só os *clienti* e os *libertos* se dedicassem às actividades atinentes ao pequeno comércio e indústria. Além de que, a indústria, propriamente dita, situava-se, prevalentemente, para além dos muros de Roma, e até mesmo da península itálica. De modo que, as necessidades do consumo eram, principalmente, saciadas por mor da *predação* que, então, se fazia às riquezas dos países subjugados (colónias). Ainda que se surpreendesse um limitado comércio bancário interno (nos *argentarii* e nas *societates argentariorum*), o certo é que, no interior da *civitas*, inexistia

<sup>(114)</sup> Sobre isto, cfr., GRAZIANI, A., *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1955; VALERI, G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1946; DE MARTINI, A., *Corso di Diritto Commerciale*, vol. I, Milano, 1983; GOLDSCHMIDT, L., *Storia universale del diritto commerciale*, trad. ital., Utet., Torino, 1913.

qualquer grupo, minimamente organizado, de sujeitos exercentes, profissionalmente, de uma qualquer actividade comercial. Actividade esta que, fragmentariamente, os *cives*, aqui e acolá, desenvolviam por intermédio dos seus escravos, com a inerente limitação da responsabilidade, carendo-se, deste modo, de uma elencação tipificada dos actos de comércio que superasse a desconexa relevância de certos *contratos em especial*, como era o caso dos *argentarii*.

De sorte que o *comercio* em sentido próprio desfrutava, em Roma, de um jaez marcadamente *externo*. Regulado que era pelos *ius gentium* e aplicado pelo *Praetor peregrinus*. E atinava ele ao tráfego jurídico dos *peregrini*, prevalentemente exercitado por estrangeiros (v.g., comerciantes gregos, italianos), que não pelos *quirites* (cidadãos romanos).

Todavia, nem se diga que este *ius gentium* relevava de um direito unitário especial, distinto do *ius civile*, apto a determinar o nascimento de um *sistema* de direito comercial, prenhe de princípios comuns e autonomia e energia evolutivas. A plasticidade do *ius praetorium*, ao atribuir ao *praetor*, seja *urbanus*, seja *peregrinus*, os mais amplos poderes de julgar *ex bona fida* possibilitava a contínua adaptação e elaboração do direito privado. Sem que, portanto, se carecesse da cristalização de um verdadeiro e próprio sistema normativo de direito comercial. Por outra banda, esta plasticidade das características do direito romano pretório autorizava a possibilidade de o *praetor urbanus* estender, quando a boa fé o impusesse, a regras do *ius gentium* aos cidadãos de Roma. O que, ao cabo e ao resto, acabava por conduzir a uma homogénea e coerente uniformidade metodológica da disciplina jurídica, obstaculando a qualquer tentativa de autonomização do direito comercial, em face do

*ius civile*<sup>(115)</sup>. Autonomização esta que, acaso o *ius civile* fosse rígido e fechado, facilmente ocorreria. Tanto é assim que o Edito de Caracala (212 d.C.) aboliu, pelo menos formalmente, a distinção entre *ius civile* e *ius gentium*, conquanto na sua substância, os institutos e figuras jus-comerciais continuassem a relevar características comuns<sup>(116)</sup>.

Com efeito, na época clássica tardia (212-230 d.C.) a inflação da cidadania romana originou uma inflação de *iurisprudencia*, na medida em que o *ius romanum* foi, doravante, aplicado a todos os súbditos do império: que o mesmo é dizer que se *provincializou* e vulgarizou [cfr., SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano – Introdução*. Fontes, 4ª ed., Coimbra, 1984, pág. 212]<sup>(117)</sup>.

À falta, no direito romano, de um institucional e orgânico *direito comercial*, distinto do *ius civile*, corresponde a ausência de *textos* em matéria especificamente comercial. De resto, o verdadeiro sentido do vocábulo *commercium*, usado pelo jurista ULPIANUS<sup>(118)</sup> enquanto *emendi*

<sup>(115)</sup> THALLER, *De la place du commerce dans l'histoire generale*, in *Annales de Droit commerciale*, 1892; HUVELIN, *Études d'histoire du Droit commerciale romain*, 1929, pág. 81; BERCOVITZ, *Notas sobre el origen histórico del derecho mercantil*, in *Estudios Homenaje Prof. J. GARRIGUES*, Madrid, 1971, pág. 3 e segs.; VINCENT Y GELLA, *Derecho mercantil comparado*, 4ª ed., pág. 41; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, pág. 51; HEYMANN, *Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht*, 1932, pág. 92-93.

<sup>(116)</sup> Cfr., HUVELIN, *Études d'histoire du droit romain*, Paris, 1929, t. II, nº 1542; sobre o direito marítimo romano, cfr., ROUGÉ, J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, 1966.

<sup>(117)</sup> O *ius honorarium* era o *ius romanum* não *civile*, introduzido pelos edictos de certos magistrados (pretor urbano, pretor peregrino, governadores das províncias romanas, etc.), isto é, um direito próprio dos magistrados, criado pelos magistrados. Por isso que, o *ius praetorium* consubstanciava a parte mais substancial do *ius honorarium*, sendo, pois, um sistema diferente do *ius civile*, no sentido em que o adaptava à dinâmica das relações sociais e económicas. *Ius civile* e *ius praetorium* eram, destarte, dois grandes sistemas dentro do mesmo direito: o *Ius Romanum*. Ainda hoje, no direito inglês, subsiste entre *common law* e *equity* muito semelhante aquela *ius civile* e *ius honorarium*. Cfr., RAUL VENTURA, *Manual de Direito Romano*, I, 1, Lisboa, 1964, pág. 195 e segs.

<sup>(118)</sup> ULPIANUS (Lib. 1 Regularum), §§ 4 e 5. Cfr., a edição crítica desta obra em SCHULZ, *Die epitome Ulpiani des codex vaticanus Reginae 1128*, Bona, 1926.

*vendique invicem ius* é duvidoso; ainda que tenha o sentido de compra e venda, pouco terá a ver com o sentido actual de comércio (em sentido jurídico), como actividade de produção de utilidades e de interposição nas trocas.

### 3. Direito Justinianeu.

No período que vai desde 520 d.C. (início da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*) até 565, data da morte do imperador Justiniano, o *Ius Romanum* chega ao termo da sua evolução, codificando-se para se perpetuar. Ora, é neste momento que algumas figuras jurídicas atinentes ao *ius civile* se generalizam e se começam a utilizar difusa e amplamente, sobretudo no domínio do tráfico jurídico-comercial. É o caso da *emptio — venditio numerorum*, o *mandatum*, o *depositum*, a *societas* e os *recepta argentariorum, nautarum, stabulariorum, cauponum*, e bem assim a *actio institoria*<sup>(119)</sup>, a *actio exercitoria*, o *foenus nauticum*, etc. Contudo, ainda aqui se não perscruta um direito comercial como disciplina jurídica autónoma e especial do comércio.

### 4. Os bárbaros e o direito romano comun.

A confusão política e a desordem normativa que se seguiu às *descida* da miríade de povos, inicialmente mais ou menos sedentarizados na Europa Central e na Escandinávia, para o sul no sentido das civilização já há muito estabelecidas ao redor da bacia Mediterrânea, não popiciou, obviamente, a formação do direito comercial. Para além do pluralismo de

<sup>(119)</sup> Com efeito, graças à *actio institoria* os terceiros que tivessem realizado operações comerciais com um *filius familiae* poderiam exigir directamente o pagamento do preço ao *pater familias*.

ordenamentos jurídicos nascentes, se detectou o ordenamento rígido e formalista da Igreja, a coarctar a natural elasticidade e celeridade do tráfico jurídico-comercial. De resto, o direito romano, a partir de 476 d.C. até ao início do séc. XI foi-se erodindo e progressivamente se transformando, por mor do direito bárbaro (trazido pelos visigodos e suevos, à Península Ibérica e sul de França e pelos lombardos, francos e normandos à Península Itálica) e canónico— este último integrando princípios e normas que se designou por *direito romano comum*, destinado a permanecer nas centúrias subsequentes e a coexistir, em contrapolo, com o estatutário *direito comercial das corporações*, germe evolutivo de um nóvel e dúctil sistema normativo especial, qual fosse o *direito comercial* propriamente dito.

O período das invasões de povos oriundos da Europa Central e da Escandinávia favoreceu o surgimento de uma economia caracterizada pela *ruralização* da sociedade, centrada no feudo<sup>(120)</sup>.

A debilidade do poder real e o estado de insegurança social, agravado pelas incursões levadas a efeito nos séculos IX e X pelos normandos, húngaros e muçulmanos que, das suas posições no mediterrâneo, atacavam sistematicamente vastas regiões da Provença e da Itália, favoreceu, naturalmente, a apropriação de funções inerentes ao poder público pelos grandes proprietários, que estavam em condições de as exercer não só relativamente à população dos próprios domínios, mas também aos pequenos proprietários que a eles se *encomendavam*, para obter protecção. Por outro lado, a mesma necessidade de defesa havia de impor aos vassallos do rei a prestação de serviço militar, que, exigindo a manutenção de auxiliares que lhes estivessem directamente subordinados, além de um certo número de cavalos, exigia a posse de determinada extensão territorial; e daí a transformação da ideia de *feos*, bens móveis que asseguravam o sustento do vassallo, em bens imóveis

<sup>(120)</sup> Sobre o direito comercial na Idade Média, vide, GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 94 e segs.; REHME, *ob. cit.*, pág. 82 e segs.; HAUSER, *Les origines historiques des problèmes économiques actuels*, Paris, 1930.



que passaram a ser-lhes entregues em *benefício*, que assim se assimila a *feudo*. O *feudo* é, assim, um verdadeiro benefício transformado a que particularmente se vincula o serviço militar. Cfr., sobre isto PAULO MEREIA, *Introdução ao Problema do Feudalismo em Portugal*, in *História de Portugal*, ed. Barcelos, vol. II; *idem*, *Sobre a concessão da terra Portucalense a D. Henrique*, in *História e Direito* (Escritos Dispersos), t. 1, Coimbra, 1967, pág. 233 e segs.; SANCHEZ-ALBORNOZ, *El prestimonio*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXV (1955).

Todavia, aí comecaram também a operar organizações de mestirais (*Artes, curiae, Fratriae Universitates*) a partir do momento em que (séc. XI-XII) ocorreu, na bacia mediterrânica, o florescimento do mercado aliado a reconquistada segurança nas comunicações. Associações de profissionais livres, organizados em *corporações*.

##### 5. O direito comercial corporativo.

O direito comercial começa, pois, a formar-se e a afirmar-se na nascente civilização comunal, produto histórico-social cuja origem se surpreende na consolidação das primícias da sociedade burguesa.

A comuna caracterizou-se desde o início por um paradigma civilizacional de trabalho livre (contrariamente às economia servil de Roma) e o seu florescimento foi precedido por uma não despreciada transformação da organização da propriedade agrária.

Na segunda metade do século XII, por influência da expansão comercial das cidades italianas e flamengas, artesãos e comerciantes associaram-se nas designadas corporações de artes e ofícios, que compreendiam os *mestres* de cada *ofício* e, a seu lado, em posição de subordinação jurídica e económica, os *aprendizes*. A inserção na corporação pressupunha, no entanto, a participação na vida pública, na organização política da comuna. De entre as *corporações*

se destacava a dos comerciantes, diferenciados, destarte, dos artesãos. Estas associações livres reuniam, para além dos pequenos comerciantes, de mentalidade artesã, os grandes comerciantes, que, após os séculos XIII e XIV começaram a operar no tráfico jurídico internacional. Foram, pois, as comunas que tomaram em ombros a tarefa de elaborar um direito novo, adaptado, doravante, às necessidades sentidas por uma específica classe profissional. Classe esta que exigia celeridade e segurança nas suas transacções. De modo que este nascente e autónomo direito comercial é um direito, essencialmente burguês e comunal, vale dizer, local. Os privilégios mercantis têm o valor de estatutos locais ou municipais. O que se comprova, desde logo, com a conversão de VENEZA no primeiro e mais importante centro comercial do complexo histórico-geográfico do século X.

E o mesmo sucede com outras cidades. Assim, AMALFI (*Tabula Amalfitana*, 1131), Pisa (*Constitutum Usus*, de 1160 e *Curia Maris*, de 1298), Génova, Milão (*Liber consuetudinum Mediolani*, de 1170), VENEZA (*Capitulae nauticum*, de 1255), TRANI (*Ordinamenta et consuetudo maris*, de 1063)<sup>(121)</sup><sup>(122)</sup>.

<sup>(121)</sup> Igualmente, no Levante espanhol ocorreu idêntico movimento codificador. É o caso do *Consuetudo Maris*, de Barcelona. No *Fuero JUZGO* reconhece-se o poder de julgar dos *consules* (vide, infra, em texto) — *telonarius suis* — e se disciplina o mútuo, diferentemente do princípio que o regia, no quadro do direito canónico: *mutum, date nihil inde sperantes* (qual traço do princípio da onerosidade no âmbito do tráfico mercantil), e nas *Partidas* de Afonso X de Castela, onde igualmente se surpreendem normas de tutela do tráfico mercantil. Cfr., ARIAS BONET, *El derecho mercantil en las partidas*, in *Revista de derecho mercantil*, 1966, pág. 91 e segs.

Igualmente, na Europa setentrional se compilaram e publicaram costumes e jurisprudência consular, que depois integraram as ordenações gerais da Hansa teutónica no séc. XVI. Os próprios estatutos municipais de Lübeck, Hamburgo, de 1270 (revisados em 1292 e 1497), Munique, de 1347, contêm preceitos e regras que disciplinam a actividade comercial.

<sup>(122)</sup> Sobre este ordenamento jurídico-comercial, cfr., DOREN, *Le arti fiorentini*, 1939; DAVIDSOHN, *Geschichte von Florenz*, 1956; VICENT Y GELLA, *ob. cit.*, pág. 45; VALLS TABERNER, *Consolat de Mar*, Barcelona, 1930; OLIVER, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia, Código de las costumbres de tortosa*, 4 vols., 1876-1881; MOLINE Y BRASES, *Les costums maritimes de Barcelona universalmente conegudas per libre del consolat de Mar*, Barcelona, 1941; WARNER, *Sobre els orgens del consolat de Mar*, in *Revista Juridica de Catalunya*, 1917.

Os comerciantes e mercadores organizavam-se, pois, em grêmios e corporações, com normas e tribunais próprios, aptos a compor, sumariamente, conflitos de interesses relativos a negócios jurídicos mercantis (*sine strepitu et figura iudicis*), segundo os usos (*secundum bonas et veteres usus*) e de acordo com a equidade e verdade material (*ex aequo et bono sola veritate rei inspecta*). Aparece, por tal, o direito mercantil como direito consuetudinário, compilado a partir do século XI.

Não faltavam, de resto, manuais de informação acerca deste direito, ainda que compilado no direito escrito, nos regulamentos das corporações: assim, a *Pratica della mercatura* de FRANCESCO BALDUCCI PEGOLOTTI. Este direito comercial, de base prevalentemente consuetudinária representava uma continuação ou revivescência do *ius gentium* romano. Dito de outro modo: era um direito absolutamente novo, nascido das práticas do tráfico jurídico-económico, nos mercados, nas feiras, autonomizado, a partir do séc. XIII do *direito romano comum*.

O direito comercial revê-se, nesta fase da evolução, nos caracteres de direito profissional dos comerciantes, direito autónomo e especial, dotado de potencialidades expansivas.

Os *cônsules*, por outro lado, asseguravam a observância deste direito consuetudinário codificado. O que, se por um lado, permitiu o desenvolvimento dos *Estatutos* das corporações (através da consignação de regras financeiras, administrativas, técnicas), ou seja verdadeiras normas jurídicas de direito privado, por outro contribui para o aparecimento de jurisprudência dos cônsules, na medida em que se lhes exigia, igualmente a administração da justiça no seio da corporação. As suas *responsi e decisioni*, que constituíam uma espécie de precedente judiciário, contribuíram, também, à formação do novo direito comercial.

Tanto assim que foram, pouco a pouco, transpostas para os próprios *Estatutos* das corporações. É claro que os cônsules resolviam os conflitos de interesses recorrendo que não ao direito comercial, mas aos costumes, ao direito escrito nos *Estatutos* e à equidade, de forma célere e sumária, nos termos dos trâmites aí previstos.

Foi, aliás, a partir deste paradigma de aplicação do direito, que, segundo alguns, se afirmou a origem *processual* do conceito de matéria mercantil (La LUMIA); ou que o direito comercial teve as suas primácias no poder de certos sujeitos poderem exigir a tutela judicial para um direito violado. O processo, o direito processual sobrelevava o direito substantivo no nascimento desta disciplina jurídica. Como quer que seja, o direito consuetudinário mercantil recebido e aplicado por aqueles magistrados, constituiu um *prius* em relação às suas decisões, pois que, já apresentavam um jaez de especialização no que se contrapunham ao restante *direito romano comum*, elencando, já aí, *matéria comercial*.

Os *costumes*, os *estatutos das corporações* e as *decisões dos cônsules* foram, por tal, as primeiras fontes formais deste novo direito, após o renascimento (e por causa dele) das cidades italianas mediterrânicas, no século XI.

Este sistema foi, inclusivamente, recebido no ordenamento inglês medieval, conservando uma autonomia e especialidade (também de jurisdição) que sómente na segunda metade do século XVIII se enquadrou no acervo sistemático da *common law*.

Com efeito, o primeiro período da história do direito mercantil inglês remota ao século XIV (aí onde a competência para as questões mercantis se atribui ao *tribunal do Almirantado*, que, na sua composição e regimento coordena a autonomia do direito comercial, com a influência dos princípios e regras do direito romano. Os tribunais da *common law* só prevalecem a partir dos inícios do século XVII, porém, aplicando um direito mercantil, pelo menos até à segunda metade do século XVIII, vazado nos *usos do comércio* de cada classe de comerciantes, usos estes em

relação aos quais se tinha que fazer prova, caso a caso, pois, eram matéria de facto, da competência dos jurados). E caracteriza-se ele como produto de uma autónoma elaboração por parte de uma classe de sujeitos, aplicado pelos *pie powder courts* ou por certos tribunais especializados (*staple towns*), que tinham jurisdição em certos *mercados* (cidades) com a finalidade de, sobretudo, tutelar os conflitos em face de comerciantes estrangeiros.

Interessante é notar que este direito e as normas ínsitas nos *Estatutos* das corporações, tendencialmente e originariamente destinadas a disciplinar somente as relações entre os comerciantes nelas inscritos (*matriculae mercatorum*), tiveram, depois, uma progressiva extensão aos comerciantes não inscritos (matriculados) na corporação. Ou seja, se na origem, a legislação estatutária e a jurisprudência dos cônsules se delimitava: a) subjectivamente, aos sujeitos inscritos nas *matriculae* da corporação; b) objectivamente, às questões e controvérsias mercantis, em sentido estrito, no sentido de uma *causa mercaturae*; pouco a pouco, esse direito e essa jurisdição estenderam-se: a) subjectivamente, aos sujeitos que exercitavam uma actividade mercantil, mas que não se encontravam *matriculados* por qualquer motivo que, por tal, os interditava (nobres, representantes da Igreja, militares), conquanto exercessem, de facto, o comércio; num segundo momento, a qualquer sujeito, não inscrito, que, de facto, praticasse o comércio; b) objectivamente, aos *actos de comércio acessórios (occasione mercaturae)*, abrangendo-se, assim, as relações jurídicas conexas com o exercício do comércio ou nascidas por causa dele.

Concomitantemente se criaram novas figuras e institutos, maxime, o germen de alguns dos que enformam, hoje, as relações cambiárias. É o caso da difusão, nos séculos XII e XVIII de certos documentos notariais (autênticos), cuja função era facultar a transferência, de um

lugar para outro, de certos créditos (*causa cambii*) e da correlativa *letra de câmbio*, enviada ao destinatário, para efeitos de pagamento<sup>(123)</sup>.

### 5.1. Caracteres do direito comercial estatutário. Conclusões.

O *direito comercial* nasceu – como anteriormente se viu – como um *direito profissional*, de *classe*, de base subjectiva, emergente, de forma expontânea, do direito consuetudinário e dos estatutos dos comerciantes. Direito que se destinava, pois, a disciplinar as relações e os conflitos de interesses por *causa sive occasione mercaturae*, de início em relação aos sujeitos inscritos na *matriculae mercatorum* das corporações. Depois, os não inscritos, que de facto exercessem o comércio e, por último entre comerciantes e terceiros não comerciantes. Mas, como quer que seja, a presença de um comerciante numa dada relação jurídica era, sempre, o pressuposto de que dependia a aplicação do direito comercial e a jurisdição dos seus *tribunais*. Não se descortina, por outro lado, neste direito comercial estatutário, a figura do *acto objectivamente comercial*, a prescindir, na relação

<sup>(123)</sup> Um possível esquema negocial é o que segue: A ao receber de B, num lugar, *ex causa cambii*, uma certa quantia em dinheiro, confessava-se perante um notário, devedor de B, prometendo por ele pagar, directamente, ou por intermédio de terceiros, noutra local, uma quantia de dinheiro em moeda diversa (quantia equivalente a aquela segundo o câmbio fixado, ao que acrescia a favor de A ou de B uma outra quantia que representava o lucro da operação) a estoutro ou C, indicado por B, como seu credor ou co-obrigado, ou a quem B indicasse.

O documento que titulava a dívida cambiária não se distinguia de outro documentos exarados por notário, a não ser na medida em que se referia a uma dívida *ex causa cambii* (assim como outros que eram atinentes a dívidas emergentes de vendas, empréstimos, etc.); a *causa cambii* pressupunha, por outro lado, um segundo documento que servia para legitimar a atitude de o credor exigir ou mandar exigir o pagamento ao co-obrigado conjuntamente com o devedor. Assim, no exemplo assinalado A deveria entregar a B uma carta-título em que dava ao seu co-obrigado C, residente no lugar convenionado as necessárias instruções para o pagamento a vir a ser efectuado. Posteriormente, a prática determinou que se prescindisse do documento notarial, mediante o artifício de se subentender incorporada no documento particular a promessa de que A recebeu o dinheiro.

jurídica a que dá vida, de um certo sujeito: um comerciante.

No que tange ao critério da actividade este primeiro direito comercial abraça tanto o direito do tráfego comercial *stricto sensu*, atinente às actividades de intermediação na circulação das mercadorias, como o direito respeitante à manufactura, de carácter prevalentemente artesanal e, em reduzida dimensão, a indústria incipiente. Comerciantes alguns profissionais liberais e os artesãos operavam, destarte, no quadro das respectivas corporações, cujas disciplinas sobrelevavam qualquer outra<sup>(124)</sup>.

#### 6. O capitalismo mercantil e o Direito Comercial dos séculos XVI a XVIII.

Já se chamou a atenção para a circunstância de o direito mercantil, nascido há poucas centúrias, ter, gradativamente, superado os interesses de uma classe: os comerciantes.

A disciplina dos negócios mercantis dos comerciantes tem em potência uma vocação geral e abstractizante para se externar para além das organizações corporativas que a fez nascer. E dirigida a prover ao desenvolvimento e multiplicação da riqueza. Precisamente por isto, o direito comercial se começou a distinguir como direito especial, enformador de princípios e institutos susceptíveis, mais tarde, de aplicação genérica. Emergente do corporativismo mercantil, produto de uma elaboração *classista*, encontrou, a sua legitimação enquanto instrumento jurídico para o

<sup>(124)</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr., GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*; ASCARELLI, *Iniciación al estudio del derecho mercantil* (trad. espanhola), Barcelona, 1964, pág. 39 e segs.; DE MARTINI, *Corso...*, cit., pág. 8 e segs.; CASTRO LUCINI, *Temas...*, vol. 2, (La Letra de Cambio), pág. 56 e segs.

ordenamento do tráfego jurídico-económico, o que equivaleu por propiciar o aumento das possibilidades de fruição das utilidades.

Produto da elaboração juscomercialista do período que vai desde o século XII até metade do século XVI foi a primeira sistematização teórica do direito mercantil: *De Mercatura*, de Bencevuto STRACCA (de 1553)<sup>(125)</sup>. Aí se surpreende a sistematização de todo o direito mercantil da época já centrado em certas zonas do processo económico produtivo em função do *mercado* [o mercado dos transportes, sobretudo marítimo, os negócios de banco e cambiários, as obrigações de juros, as sociedades em nome colectivo (*compagnia, compagni*), contratos de mútuo, negócios jurídicos de garantia, etc.].

A sistematização de STRACCA, de jaez eminentemente praxístico, não descarta, todavia, uma sólida construção dogmática que faz com que se superasse o mero desenvolvimento consuetudinário do direito mercantil confirmando a especialidade desta disciplina em face do direito privado comum.

Todavia, o panorama que se vem de enunciar altera-se na segunda metade do século XVI.

O descobrimento, através do Cabo de Boa Esperança, do caminho marítimo para o Oriente, bem como a chegada

<sup>(125)</sup> E sem que se esqueça a obra de PEDRO DESANTARÉM, no seu tratado sobre seguros (*tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum*, inserto no *tractatus universi iuris, duce et auspice Gregorio XIII*, t. VI, § 1, fol. 248, Venetiis, 1634).

No entanto a produção doutrinária da época era abundante. Cfr., SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio*, Roma, 1618; TURRI, *Tractatus de cambis*, Genova, 1641; F. ROCCO, *Responsorum legalium cum decisionibus legalium centuriae duo, ac mercatorum in sex titulos distributa*, Nápoles, 1655; ANSALDI, *Discursus legales de commercio et mercatura*, Roma, 1668; CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Genova, 1707; *idem*, *Cambista instruito por ogni caso de fallimento*, Firenze, 1729; LAUTERBACH, *De jure in curia mercatorum usitati*, 1655; BODE, *Von Wechselrecht*, 1751; HEINECIO, *Elementa iuris cambialis cum animadversionibus*, 1726.

à América, provocou uma nova expansão, a supôr uma pulverização dos centros mercantis.

Ao florescimento económico do ocidente, nos primeiros decénios do século XVI, que parecia anunciar, desde logo, a expansão da Idade Contemporânea (nos séculos XV e XVI já se topam, v.g., estruturas económicas associativas complexas, como é o caso da *holding* dos Médicis) segue-se um período de crise, por causas políticas e económicas, aí onde saiem enfraquecidas os antigos centros da vida económica europeia.

Assiste-se ao desenvolvimento comercial holandês, Francês e Inglês, ao passo que, na Península Ibérica se desbaratam os recursos vindos das colónias, caindo-se no marasmo, pelo menos em Portugal onde, ainda na segunda metade do século XVI se assiste à falência do capitalismo monárquico português, pois que, altamente deficitário, os ganhos não davam cobertura para as crescentes exigências do património estatal (note-se que 1549 ocorre a falência da feitoria oficial de Antuérpia, anunciando a coroa portuguesa a sua liquidação). A economia dos estados germânicos igualmente decai, após o que serão devastados pela guerra dos trinta anos. Uma profunda divisão religiosa se afirma na Cristandade.

Porém, difunde-se a preocupação de se disciplinar os mercados nacionais, o que depois encontraria expressão no mercantilismo do século XVII.

A formação do Estado moderno não deixa de passar por uma acentuada centralização régia, altura em que os soberanos se começam a afirmar vestidos por *direito divino* e reúnem nas suas mãos o pleno poder (entre nós, tal se detecta já na segunda metade do século XV com o estabelecimento de juízes letrados, com as contribuições gerais e as resoluções das cortes de 1481-82, quando D. JOÃO II, ao empenhar-se na luta contra os nobres, procurou o apoio da classe popular, atendendo às reclamações dos representantes dos concelhos), no sentido de, concomitantemente, procurarem intervir na vida económica das nações, levando a efeito aquilo que se designará por política mercantilista (com efeito, a coroa portuguesa teve um importante

papel no que se refere à direcção e organização da empresa dos Descobrimentos. No reinado de D. Manuel, a intervenção estatal e a prática do monopólio atingem o apogeu do dirigismo monárquico. O controlo da coroa está sempre persente, rigoroso e fiscalizador, criando-se, inclusivamente, legislação especial de mercado intervencionismo – cfr., o *Regimento das cazas das Índias e Minas*, publicado por DAMIÃO PERES, Coimbra, 1947, pág. 23 e 100. De facto, entre nós, os rendimentos do tráfico repartiram-se entre a coroa e os seus *sócios*-particulares, normalmente empresários portugueses – mediante a participação nos lucros).

Com a segunda metade do século XVI, por causa do acentuado aumento das importações de matérias primas e, ainda, por mor da exploração das minas de ouro do Peru e do México, ocorreu uma assinalável revolução nos preços em Espanha e, conseqüentemente em toda a Europa. A ciência e a técnica renovam-se, posto que se acentua o desenvolvimento de máquinas que dependem menos da energia muscular do homem ou do animal. No plano jurídico, entra em crise a escola dos *mos italicus iura docende*. Reafirma-se a nacionalidade de cada direito, desvalorizando o papel do direito romano. A elaboração jusnaturalista no sentido da busca de um fundamento de legitimidade – legitimação do direito permite uma nóvel reelaboração das tradicionais categorias jurídicas romanistas. De resto, a formação de um direito nacional comum, já realizada em Inglaterra desde finais do século XV, cessado, por isso, a recepção que aí se fazia do direito romano comum, impôs, logo aí, limites ao poder dos soberanos. A formação do estado moderno, na civilização ocidental e a reinvidicação da correspondente soberania (o que é nítido após a guerra dos trinta anos, em inícios do século XVII), corresponde, pois, como se referiu, à afirmação da nacionalidade do direito, em contraposição à existência de um direito

internacional comum ou à autonomia normativa de um direito estatutário de classes (comerciantes, artesãos, artistas).

O processo de unificação do direito nacional, já concluído nos fins do século XV, em Inglaterra, continuou a processar-se em toda a Europa continental [entre nós, talqualmente em Inglaterra, a unificação processa-se, ainda que de forma incompleta com as *ordenções* Afonsinas, promulgadas em meados do século XV, no reinado de D. Afonso V, posto que, a par destas, continuaram a vigorar numerosos preceitos consuetudinários e foraleiros, as concordatas, os estilos da corte e as normas subsidiárias dos direitos romano, canónico e castelhano, a que se recorria, não raro, sem critérios definidos. Além de que, na falta de lei, costume ou jurisprudência, se deveria, primeiramente, lançar mão das normas de direito romano e do direito canónico, com prevalência daqueloutro; depois, observavam-se as glosas de Acúrsio e os comentários de Bártolo; só *última ratio* se fixava o recurso ao monarca português; cfr., BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, pág. 379 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, pág. 256 e segs.]. Em França, une-se a concepção historicista do direito romano (imposta pelo humanismo, contrastando com a posição dos comentaristas) à crescente reivindicação da nacionalidade e historicidade do direito, expressão das exigências do Estado nacional. Todavia, a distinção entre zonas de *droit écrit* (direito romano) e *droit coutumier*, continuou a caracterizar a história jurídica de França, sendo tão só superada aquando da codificação napoleónica (1804). Por sua vez, à recepção do direito romano na Alemanha em finais do século XV e no século XVI contrapôs-se a exigência de *nacionalização* e modernização da administração. Porém, a função judicial, em face da ausência de uma elaboração doutrinal do direito germânico e da necessidade prática de um direito (romano) comum, que ultrapassa as fronteiras dos diversos Estados germânicos, busca no direito romano (então elaborado pela doutrina) o parâmetro da resolução dos casos. Pelo menos, até ao momento em que a doutrina concluiu o trabalho de recepção e reelaboração do direito romano que, posteriormente, passou para as diversas codificações dos Estados germânicos [v.g., a *Reichsnotarordnung*, de 1512, o *Sächsischen BGB*, (o código civil da Saxónia), o *Allgemeines Landrecht*

*Preussens*, de 1794]. Na Itália, este problema não se pôs com semelhante acuidade, dada a dominação estrangeira da península itálica e, concomitante carência de um Estado nacional. A unificação discutiu-se, somente, no âmbito restrito dos diversos Estados, mantendo-se o direito romano como direito subsidiário comum.

Com a afirmação do Estado e a *nacionalização* do direito, igualmente se altera a posição do direito comercial. As suas fontes (formais), para além do direito consuetudinário, passam, também por o revelar, através de normas gerais e abstractas (ordenações, Éditos), promulgadas pelos diversos monarcas dos vários Estados da Europa continental. Tão pouco a jurisdição mercantil continuou a reflectir a autonomia das corporações, pois que estas perdem o monopólio da aplicação da justiça mercantil. E é, precisamente, este direito do tráfico jurídico-mercantil que mais vivamente reflecte a formação de um mercado nacional. Sendo que, por causa deste mercado, se revelou mais premente a intervenção legislativa régia e, por isso, mais rápido o processo de unificação jurídica nacional.

Desde o século XVI, a jurisdição mercantil, conquanto continuasse a realizar-se com a concurso da classe dos comerciantes, deixa de o ser em exclusivo, passando esta *iurisdictio* a ser feita por tribunais especiais, reflexo da soberania do Estado.

O direito comercial abandona, destarte, o seu originário alvéolo corporativo e profissional passando a assumir-se como *direito estadual*.

Neste sentido, em França, os primeiros *Editos* (de jaez processual) de Francisco II (1560) e, depois, de Carlos IX (1563) ancoram-se, ainda, no critério *subjectivo* e *profissional*; aí onde, a jurisdição comercial só curava dos conflitos dos comerciantes, isto é, uma jurisdição *ratione personae*. Até porque os tribunais comerciais, instituídos

pelo Édito de Carlos IX, conquanto emanações da soberania estadual, eram compostas exclusivamente por comerciantes.

Somente com as *ordenções* sobre comércio terrestre (1673) e da marinha (1681), no reinado de Luís XIV, sob a iniciativa de COLBERT se supera o obstáculo de um direito comercial profissional e subjectivo, começando, logo aí, a nascer a categoria dos *actos objectivos de comércio*. Actos que, qualificados como comerciais, se submetem a lei e à jurisdição comerciais, por causa do seu carácter, a prescindir nas concomitantes relações jurídicas a presença de qualquer comerciante.

A *Ordonnance du commerce* de 1673, composta por 122 artigos (redigida substancialmente por Jacques SAVARY), abraçando a matéria do direito comercial em sentido amplo compreendia, ainda, a actividade industrial, bancária e cambiária<sup>(126)</sup>. Qualificam-se os *actos de comércio objectivos*, *absolutamente* comerciais, como é o caso de alguns contratos de direito marítimo. Além de que, era considerado comerciante, *quoad actum*, quem praticasse os designados actos de comércio isolados. Como quer que seja, esta qualificação objectiva era, ainda aí, excepcional, carecendo-se pois, de uma dogmática bem mais elaborada sobre os actos objectivos de comércio, o que só veio a suceder nos começos do século XIX com o código comercial francês de 1807.

Com efeito, nesta Ordenança (tit. XII, art. 2 e 4) a constante do direito mercantil medieval ainda se mantinha: um direito comercial como direito do comerciante e *entre comerciantes*. Até

<sup>(126)</sup> Esta ordenança dispunha no seu tit. XII, art. 10, a exclusão da competência mercantil para os cultivadores e proprietários de explorações agrícolas [*Les gens d'église, gentilshommes et bourgeois, laboureurs, vigneron et autres (...)*], nos contratos de venda de trigo, vinho, gado e outros generos procedentes da sua exploração; até o seu art. 6 estabelecia a inapplicabilidade da referida competência (...) *même entre marchands, si ce n'est qu'ils en fissent profession.*

porque a ficção do *comerciante accidental*, que já STRACCA tinha recolhido só significaria a expansão do direito comercial a comerciantes que o não poderiam ser pela *matricula* na respectiva corporação, por lhes ser proibida essa profissão (cfr., GOLDSCHMIDT, *Handbuch*,..., cit., pág. 439). Isto é, não é ainda aqui que se adultera o sistema através da applicabilidade do direito mercantil a actos de comércio ocasionais praticados por quem não fosse comerciante. Ademais, a própria *compra para revenda* não é verdadeiramente o *fait de commerce* (*acto de comércio*), pois que tão-só se e quando o comerciante *vendesse* a outro comerciante ou industrial, para que estes, por sua vez revendessem é que se criava o *mercado*. Daí que os actos de venda para revenda eram mercantis, não enquanto tal, mas enquanto actos profissionais, de comerciantes entre si e em série<sup>(127)</sup>.

Este reconhecimento limitado, lagunoso, quiçá desgarrado dos actos objectivos de comércio, sujeitos, como tal, ao direito mercantil (ainda que não tivessem ocorrido por *causa sive occasione mercaturae*) abriu importante e decisiva brecha no tradicional sistema do direito comercial profissional. Tratava-se, porém, tão-só de uma incipiente antecipação do paradigma objectivo do direito oitocentista.

<sup>(127)</sup> a Ordenança do comércio de 1673 constitui, a par da Ordenança da Marinha de 1781, ainda assim, a primeira tentativa de codificação do direito comercial e marítimo, respectivamente. Em ambas é já intuível a desvalorização ideológica e normativa das antigas *corporações* no sentido, outrossim, de uma, também, primeira e vitoriosa tentativa de intervencionismo do novo Estado unitário. Vale dizer, a substituição da *liberdade dos antigos* (das comunas) à *liberdade dos modernos* (a autoridade do Estado), em vestes juspublicistas no que toca à disciplina do comércio e indústria, em sentido económico.

A estrutura formal da ordenança do comércio compoem-se, como se disse, de 12 títulos e 122 artigos. A da Marinha inclui cinco Livros, divididos em 53 títulos.

A literatura, na época, produzida ao derredor destas ordenanças é vasta. Cfr., por exemplo, BOUTARIC, *Esplication de L'ordonnance de Louis XIV sur le commerce*, Toulouse, 1743; BORNIER, *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce enrichie d'annotations et de decisions importants*, Paris, 1749; LOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de commerce*, Paris, 1761; POTHIER, *Traité du contrat de change*, 1763; idem, *Traité du contrat de société*, 1774; DUPUY DE LA SERRA, *L'art. des lettres de change*, 1693; VALIN, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la Marine*, 1760; SAVARY, *Paréres au avis pour le commerce*, 1681; MERVILLE, *Ordonnance de la Marine du mois d'août*, 1681.

Em França, o desenvolvimento do direito mercantil, neste período assume um cunho, talqualmente em Portugal, decididamente estadual (pois foi o Estado que patrocinou e participou como *sócio* nas grandes *companhias colonias*), ao invés da atmosfera livre a burguesa dos Países Baixos e Inglaterra – aqui onde o intervencionismo se manifestou, primordialmente, no comércio marítimo, na República de Cromwell (o *Cromwell Act*).

É obvio que, em Inglaterra, igualmente se avançou no sentido da absorção do direito comercial pelo ordenamento jurídico em geral, todavia, através da abolição dos tribunais de comércio que *supra* referimos. Daí que na história do direito comercial inglês se possa identificar um segundo período que vai desde o início do século XVII a 1756. Caracteriza-se este período pela circunstância de os tribunais da *common law* passarem a ser os competentes para as questões mercantis. Questões mercantis estas, no entanto disciplinadas predominantemente pelos *usos do comércio*, subordinavam-se a um regime de prova mais exigente, da competência dos tribunais de júri (os jurados) enquanto matéria de facto. Após o que, dada a unificação nacional do direito através da *equity*, ocorreu a progressiva fusão do direito mercantil (substantivo, de jaez consuetudinário) no civil (com Lord MANSFIELD); o que, foi, aliás, consequência da superação da autonomia profissional daqueloutro; cfr., PLUCKNETT, *Concise history of Common Law*, London, 1956; ASCARELLI, *Iniciación*,..., cit., pág. 53-55.

Esta época do capitalismo mercantil, por mor da expansão colonial (Portuguesa, espanhola, holandesa, francesa e inglesa) exigia enormes quantidades de capital, que, num horizonte de grande risco, se aplicavam com o fito de colher lucros fabulosos. A necessidade de concentração deste capital mercantil exigia, por sua vez, que as participações individuais dos grupos financeiros pudessem circular mais facilmente. Vale isto por dizer que a estrutura das sociedades comerciais medievais, de cariz personalístico

(*sociedades de pessoas*) era inservível em face destas novas realidades. Nascia, pois, o germen das sociedades por acções da modernidade, a par do nascimento do novo conceito de personalidade jurídica, elaborado no âmbito do direito público.

As cidades italianas renascentistas frequentemente endividadadas, emitiam títulos de dívida pública (empréstimos obrigacionistas) tomados por certos comerciantes e mercadores (isto é, titulares destes créditos), que, em garantia das utilidades propiciadas pelo dinheiro emprestado, começavam a explorar certas empresas do próprio devedor. Ou seja, como estas obrigações circulavam livremente, o novo titular poderia sempre participar na gestão e exploração dessas empresas.

Em Inglaterra, as *companhias mercantis*, criadas pelos *merchant adventures*, derivavam das antigas corporações e guildas. Já no reinado de Isabel I se fundam as primeiras *companhias* para o comércio com os países bálticos. Na Holanda, da fusão de várias sociedades de armamento, surge em 1602 a *Companhia Holandesa da Índias Orientais*, de cariz eminentemente privatístico, ainda que titular de inúmeros privilégios régios. São, precisamente estas companhias (majestáticas ou não, como em Portugal) que constituíram o antecedente imediato das sociedades anónimas modernas. Pois que, fundadas por um acto de Autoridade Pública, que igualmente, disciplinava a sua estrutura, atribuía-se-lhes personalidade jurídica. Eram, pois, na actual terminologia administrativista, pessoas colectivas de direito público e utilidade pública, porém, de formação associativa, que reuniam capitais públicos e privados, verdadeiro instrumento da expansão colonial.

Ao derredor da actividade especulativa destas companhias não tardou a criar-se um mercado de capitais. O que se conexas, já se vê com a afirmação e desenvolvimento das Bolsas de Valores (em Bruxelas, na celeberrima praça,



onde se encontra o palácio da família van der Burse, em Amesterdão e, depois, em Londres e Paris). Também não é estranhável o notável desenvolvimento jurídico dos títulos de crédito, maxime, a *letra de câmbio*, no sentido da criação de mecanismos jurídicos que facultaram a sua célere e livre transmissão (é o caso da inoponibilidade, ao terceiro, portador da letra, das excepções que pudessem ser apostas ao seu endorsante).

Ademais, nesta economia primacialmente preocupada com o crédito, foi, gradativamente, perdendo terreno a proibição canónica do usura. Ou seja: as obrigações de juros, já admitidas, no século XVII, na Inglaterra e Holanda – aí onde a pré-compreensão religiosa do protestantismo bem faz compreender uma realidade económico-social que, desde cedo, se *laicizou*, no sentido liberal do termo e contribui, bem mais cedo do que no restante mundo ocidental (salvo obviamente, o mundo escandinavo), para a afirmação dos direitos e liberdades individuais – são recebidas, mais amplamente na legislação dos demais países.

Até mesmo a legislação canónica, ainda que reafirmando em princípio, a proibição dos juros (como é o caso da encíclica *vix pervenit*, do Benedito XIV, de 1743), enfraquece os limites desta proibição, ao admitir, no contrato de mútuo, a licitude de convenções de juros, se e quando houvesse *justa causa*.

Em Inglaterra, o precoce desenvolvimento de uma classe média e o afirmar de uma consciência marcadamente puritana, factores estes a reagirem contra o Estado absoluto (excepto, aquando da República de Cromwell, em meados do século XVII, ao passo que na Europa continental a regra era a da afirmação do Estado absoluto), origina a restrição do poder que os soberanos ingleses desfrutavam na concessão

de privilégios, nomeadamente no que atinava ao desenvolvimento de certas actividades. Por isso que, o que se passa a tutelar é a *propriedade industrial* do inventor, v.g., de um qualquer processo de fabrico. Afirma-se, pois, no *Estatuto dos monopólios*, de 1623, a disciplina das *patentes de invenção*, ao que se segue, em 1709, na época da rainha Ana, a tutela dos *direitos de autor (Copyright)*. Bem se compreende, também, que o domínio marítimo inglês, no século XVIII, pressionasse a difusão do *seguro marítimo* e o do registo e classificação de navios (em 1764, por Lloyd). Ao que acresceu o desenvolvimento do mercado de crédito, através da criação de *bilhetes do tesouro* (não se esqueça que a criação do Banco de Inglaterra remonta a 1694), germen da posterior criação e difusão do papel moeda, de circulação fiduciária. Ao passo que os Bancos, até aí instrumentos visados para operações de cobrança, pagamento e câmbio de créditos, começam a conceder crédito. Função, até aí, desempenha por capitalistas privados. Concessão esta de crédito que, posteriormente, se alargou às operações de *desconto bancário*, realizando, destarte, uma actividade geral de mediação no crédito.

## 7. O Movimento codificador do século XIX.

### 7.1. O ordenamento inglês.

Na segunda metade do século XVIII inicia-se um nável capítulo na história do direito comercial inglês. Caracteriza-se ele, desde logo, pela circunstância de as normas mercantis passarem a desfrutar de aplicabilidade directa pelos tribunais da *common law* e não já, indirectamente, com os *usos do comércio* que careciam, caso a caso, de prova. É que se admite o nexo de prejudicialidade de *usos* já certificados em

anteriores julgamentos e, por outro lado, supera-se a ideia de considerar o direito mercantil e os seus *usos* como disciplina de uma certa classe de sujeitos. O direito comercial, através da jurisprudência de *Lord Mansfield* (e, antes dele, *Lord Holt*), revela-se como um corpo de normas no quadro do direito comum. Opera-se, pois, a unificação. A superação da *autonomia profissional* do direito comercial não podia deixar de ter como consequência a sua fusão no direito comum (atenta a já realizada unificação, neste período, do direito inglês, ainda que se contraponha este sistema de *common law* com a *equity*).

Note-se que o vocábulo *common law* é utilizado em três diferentes acepções, a saber: a) para indicar o sistema jurídico inglês (e os que daí derivam), em contraposição aos sistemas romanistas (*civil law*), significando, destarte o direito nacional inglês que se afirmou como direito comum em relações aos costumes locais; b) para significar o direito que se desenvolve e aplica em Inglaterra nos designados tribunais da *common law*, em oposição aos conflitos de interesses que se resolviam, até à reforma de 1873-1875, em tribunais de outra ordem de jurisdição, justamente os tribunais de *equity*; c) para diferenciar o sistema jurisdicional dos tribunais ingleses em face das normas legais, ditadas pelo Parlamento (*statute law*).

Daí que já se perceba por que, no direito inglês, contrariamente à tradição continental não possa contrapor-se *direito comum* a *direito especial*, mas sim, tão só, *direito comum* a lei (*statute law*).

Por sua vez, ocorreu em Inglaterra uma profunda transformação da agricultura. O desaparecimento das formas de utilização comum, por parte dos vizinhos, dos terrenos agrícolas, conduziu à afirmação da exploração racional da terra, ao passo que provocou o êxodo dos campos, formando uma massa de mão-de-obra apta a servir as necessidades da nascente revolução industrial. Pelo que, na segunda metade do século XVIII, com a introdução da máquina a vapor na

indústria (têxtil, mineira), ocorre verdadeiramente a Revolução Industrial, que forma, para além do miserabilismo da mão-de-obra da classe operária, a aristocracia burguesa que assumirá o controlo político do país no séc. XIX.

## 7.2. França.

Em França a profunda crise que a Revolução revelou exponencialmente conduziu à extinção dos privilégios feudais ainda persistentes e a uma profunda reforma na estrutura agrária com o triunfo da propriedade individual. O direito comercial acompanhou a revolução económica e social. Neste sentido, foram, em 1791, dissolvidas as corporações, acto este que ia ao arrimo dos novos *ventos da mudança* centrados no valor da liberdade de iniciativa económica. Valor que é elevado a princípio de ordem pública, partindo do pressuposto de que o máximo de bem-estar colectivo é o produto natural do confrontos dos egoísmos individuais. Esta *ambience* social-económica foi, logo aí, codificada em 1804, no código civil francês napoleónico, assente na propriedade e no contrato (este último como meio de aquisição daqueloutra). Esta pré-compreensão ideológica mereceu, igualmente, consagração no código comercial francês, promulgado em 10-09-1807 (que entrou em vigor em 1-1-1808).

A docotomia da codificação francesa – código civil e código comercial – explica-se, por um lado, na diversa atmosfera que enformava o mundo das relações económicas mercantis e, por outro lado, no processo histórico de *nacionalização* do direito. Se, quanto ao direito civil, a unificação jurídica ocorreu tão só no início do século XIX, no campo mercantil ela foi como vimos, conseguida no século XVII. O que, provavelmente explicará a postura ideologicamente mais *neutral* deste código, ao invés da que se detecta no *code civil*.

O código comercial francês de 1807<sup>(128)</sup> subverteu, de facto, o direito comercial *classista*, substituindo-o por um direito de carácter estadual, geral e abstracto, que girava ao redor dos *faits de commerce* (actos de comércio) – *les actes de commerce entre toutes personnes* (art. 631, nº 3) – isto é, os *actos objectivos de comércio* enquanto *engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers* (art. 631, nº 1) e, bem assim a abranger as relações *entre associés, pour raison d'une société de commerce* (art. 631, nº3), vale dizer, as relações jurídicas estabelecidas entre comerciantes, por *causa sive occasione mercaturae*.

A qualificação dos actos como comerciais era, logo aí, determinante para a sujeição à jurisdição mercantil. Qualificação esta dependente da enumeração dos actos que *la loi réfute actes de commerce*, contida nos artigos 632, no tocante ao actos do comércio terrestre, e 633, atinente aos actos do comércio marítimo e bem assim da definição do que sejam comerciantes, ínsita no art. 631, ou seja, *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*. Ao que acrescia a competência dos tribunais comerciais para conhecer dos litígios (*contestations*) relativos a auxiliares do comércio (art. 634) e da falência (art. 635), com as limitações consignadas nos arts. 636, 637 (obrigações cambiárias de não comerciantes ou sendo-o, fora do exercício do comércio) e 638 (acções contra proprietários, cultivadores e comerciantes para pagamento de coisa adquiridas para uso não profissional).

No *code de commerce* abrigava-se, ademais, a disciplina das sociedades comerciais, das bolsas de valores, do penhor e compra e venda mercantis, da comissão mercantil, das

<sup>(128)</sup> Sobre a história da codificação comercial francesa e respectivos trabalhos preparatórios, cfr., HAMEL, J./LAGARDE, G./JAUFRET, A., *Droit commercial - Introduction. Règles communes a tout les personnes de droit commercial. Le commerçants individus*, 2ª ed., t. 1, Paris, 1980, pág. 39 e segs.

obrigações cambiárias e da prescrição das obrigações mercantis. Além de que, para além da disciplina da *parte geral* dos actos de comércio e dos contratos e obrigações comerciais em especial – a que se contrapunha o regime das obrigações e dos contratos civis, consignados nos títulos VI a XVII do *code civil* de 1804 – nele se incluía, ainda, o regime da falência (livro III), da jurisdição mercantil (livro IV), do comércio e contratos marítimos (livro II).

Decorre do exposto que, em consonância com os princípios e ideais revolucionários, profundamente avessos à ideia de um direito especial estabelecido em função da qualidade dos sujeitos da relação jurídica, proclamando a livre iniciativa económica, o código comercial francês converteu o *direito dos comerciantes* em direito de actos de comércio, cuja aplicabilidade não dependia da categoria subjectiva do executante. Note-se, porém, que se não negou ao comerciante o seu específico estatuto. O que se suprimiu foi a exigência de desenvolver o seu comércio no quadro das corporações. O *objectivismo*, no direito mercantil tem, pois, de ser intuito em termos relativos. Nem se absolutize o que trouxe de inovador, nem tão pouco se postergue o que persistiu como válido. Com efeito, na prática, o que ocorreu, analisa-se, tão só, na circunstância de deixar de ser necessário presumir que os autores dos actos de comércio eram comerciantes, para que os tribunais comerciais fossem competentes, como até aí acontecia. Sendo a qualidade do praticante o critério base, não há dúvida que também ficavam sujeitos ao direito comercial quem, de facto, não era comerciante, mas praticava, não obstante, actos de comércio<sup>(129)</sup>. O que vale por dizer que o *code de commerce* manteve, ainda assim, um direito comercial com fortes

<sup>(129)</sup> Assim, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pág. 121 e segs.; BROSETA PONT, *La empresa...*, cit., pág. 55.

elementos de subjectividade, ou seja, continuou a ser um direito, preferencialmente, de comerciantes no exercício do seu comércio, pois que, a *objectivização* do acto de comércio tinha, nesta codificação, um jaez eminentemente processual ou adjectivo, enquanto forma de delimitar a competência dos tribunais de comércio.

O sistema do *code de commerce*, no seu projecto aparece justificado ao arrimo do princípio basilar do *liberalismo económico*, consignado no art. 1: *toute personne a le droit de faire le commerce en France*. A compreensão normativa do *mercado liberal* do comércio não postulou necessariamente a negação, como vimos, da categoria mercantil de actos profissionais dos comerciantes, mas exigiu o conceito legal de *acto de comércio ocasional*, como instrumento de comercialização das zonas do mercado até aí alheias às regras dos comerciantes. Áreas estas que nele vêm a ser absorvidas através dos actos comerciais acessórios do comerciante, dos actos mercantis do Estado e outros sujeitos públicos, dos relativos a imóveis e pela unidade jurídica comercial dos designados *actos mistos*.

É, pois, o regime liberal do mercado de comércio que, para a sua expansão, conduziu ao entendimento jurídico abstracto da sua realidade, definida em *actos ou factos do comércio*. Este novo esquema revela-nos, que não uma mera *objectivação*, outrossim um particularismo do direito comercial alicerçado directamente nos próprios bens do mercado, da sua produção e circulação. De modo que, no seu regime, possa tutelar os interesses dos *consumidores*. Ou seja, alcançar a tutela privilegiada dos *interesses dos comerciantes*. Por isso que é um eufemismo dizer-se, já nessa altura que os comerciantes perduram como classe em face da normatividade jurídico-mercantil. O tráfego mercantil é, pois, neste paradigma, o facto ou acto (de comércio), de forma que, a sua natureza económica como que obnubila a influência subjectiva, o sujeito de direito pressuposto físico de qualquer acto ou facto (cfr., HECK, *Weshalb...*, cit., pág. 446; MARGHERI, *Studi di Diritto commerciale*, Napoli, 1878).

Extintas as corporações, neste regime liberal da economia, a especificidade do direito comercial é, pois,

entendida a partir de determinados *actos* em si mesmo considerados, que instrumentam e realizam a mediação e produção de produtos e serviços. São os *actos de comércio*, que ficam, atenta a liberdade de iniciativa económica, ao alcance de qualquer pessoa. A especialidade deste regime baseia-se nestes actos de comércio, o que se justifica, perante o direito comum, com base no princípio da igualdade. Eles são comerciais independentemente da qualidade profissional do sujeito que os realiza. São comerciais, sendo negócios *ocasionais*, esporádicos do seu autor. A própria profissionalidade que qualifica determinados sujeitos como comerciantes, em nome individual ou sociedade é a profissionalidade resultante da prática desses actos de comércio.

Todavia, para além destes actos de comércio em si mesmos que o *code* indica, ele também terá querido, embora não o faça tão claramente, aos actos que só são comerciais quando praticados por comerciantes, isto é, os actos *conexos* ou *acessórios* ao seu comércio. Os quais também se presumiam como comerciais: v.g., a compra de livros para a sua escrituração mercantil, de utensílios e máquinas, etc. Mas já não o seriam, por esta razão de *acessoriedade*, os actos de compra para revenda dos agricultores (art. 632 do *code*). Cfr., infra, para a recepção, entre nós, desta ideia na 2ª parte do art. 2º do cód. comercial português.

### 7.3. A extensão a outras codificações do *code de commerce*<sup>(130)</sup>.

A universalização da codificação napoleónica e a perfeição das suas formulações, serviu de modelo à maioria dos códigos europeus. É o caso do código comercial búlgaro (1876), holandês (1838), turco (1850), grego (1835) e os

<sup>(130)</sup> Cfr., GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil*, tomo 1, vol. I (Introducción. Concepto. Sistema. Fuentes), Madrid, 1992, pág. 30-32.

elementos de subjectividade, ou seja, continuou a ser um direito, preferencialmente, de comerciantes no exercício do seu comércio, pois que, a *objectivização* do acto de comércio tinha, nesta codificação, um jaez eminentemente processual ou adjectivo, enquanto forma de delimitar a competência dos tribunais de comércio.

O sistema do *code de commerce*, no seu projecto aparece justificado ao arrimo do princípio basilar do *liberalismo económico*, consignado no art. 1: *toute personne a le droit de faire le commerce en France*. A compreensão normativa do *mercado liberal* do comércio não postulou necessariamente a negação, como vimos, da categoria mercantil de actos profissionais dos comerciantes, mas exigiu o conceito legal de *acto de comércio ocasional*, como instrumento de comercialização das zonas do mercado até aí alheias às regras dos comerciantes. Áreas estas que nele vêm a ser absorvidas através dos actos comerciais acessórios do comerciante, dos actos mercantis do Estado e outros sujeitos públicos, dos relativos a imóveis e pela unidade jurídica comercial dos designados *actos mistos*.

É, pois, o regime liberal do mercado de comércio que, para a sua expansão, conduziu ao entendimento jurídico abstracto da sua realidade, definida em *actos ou factos do comércio*. Este novo esquema revela-nos, que não uma mera *objectivação*, outrossim um particularismo do direito comercial alicerçado directamente nos próprios bens do mercado, da sua produção e circulação. De modo que, no seu regime, possa tutelar os interesses dos *consumidores*. Ou seja, alcançar a tutela privilegiada dos *interesses dos comerciantes*. Por isso que é um eufemismo dizer-se, já nessa altura que os comerciantes perduram como classe em face da normatividade jurídico-mercantil. O tráfego mercantil é, pois, neste paradigma, o facto ou acto (de comércio), de forma que, a sua natureza económica como que obnubila a influência subjectiva, o sujeito de direito pressuposto físico de qualquer acto ou facto (cfr., HECK, *Weshalb...*, cit., pág. 446; MARGHERI, *Studi di Diritto commerciale*, Napoli, 1878).

Extintas as corporações, neste regime liberal da economia, a especificidade do direito comercial é, pois,

entendida a partir de determinados *actos* em si mesmo considerados, que instrumentam e realizam a mediação e produção de produtos e serviços. São os *actos de comércio*, que ficam, atenta a liberdade de iniciativa económica, ao alcance de qualquer pessoa. A especialidade deste regime baseia-se nestes actos de comércio, o que se justifica, perante o direito comum, com base no princípio da igualdade. Eles são comerciais independentemente da qualidade profissional do sujeito que os realiza. São comerciais, sendo negócios *ocasionais*, esporádicos do seu autor. A própria profissionalidade que qualifica determinados sujeitos como comerciantes, em nome individual ou sociedade é a profissionalidade resultante da prática desses actos de comércio.

Todavia, para além destes actos de comércio em si mesmos que o *code* indica, ele também terá querido, embora não o faça tão claramente, aos actos que só são comerciais quando praticados por comerciantes, isto é, os actos *conexos* ou *acessórios* ao seu comércio. Os quais também se presumiam como comerciais: v.g., a compra de livros para a sua escrituração mercantil, de utensílios e máquinas, etc. Mas já não o seriam, por esta razão de *accessoriedade*, os actos de compra para revenda dos agricultores (art. 632 do *code*). Cfr., infra, para a recepção, entre nós, desta ideia na 2ª parte do art. 2º do cód. comercial português.

### 7.3. A extensão a outras codificações do *code de commerce*<sup>(130)</sup>.

A universalização da codificação napoleónica e a perfeição das suas formulações, serviu de modelo à maioria dos códigos europeus. É o caso do código comercial búlgaro (1876), holandês (1838), turco (1850), grego (1835) e os

<sup>(130)</sup> Cfr., GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil*, tomo 1, vol. I (Introducción. Concepto. Sistema. Fuentes). Madrid. 1997 nºs 30-32

primeiros códigos comerciais oitocentistas na península itálica (o *codice albertino*, de 1842), o de comércio de 1865 e, após a unificação, o código comercial italiano de 1882. Teria ainda obedecido à concepção francesa dos actos de comércio (ainda que completa noutros códigos posteriores) o nosso código comercial de 1888, o romeno (1887) e o venezuelano (1904), conquanto, igualmente modelados pelo cód. comercial italiano de 1882, de inspiração francesa.

Na segunda metade do século XIX igualmente se perscruta alguma ressonância da codificação francesa. É a hipótese do código comercial suíço (1881), do espanhol (de 1885, ainda que este derive das ordenações do comércio de Bilbao de 1737), dos códigos comerciais do Brasil (1850), México (1887) e Argentina (1889). Pouca ou diminuta importância teve nas codificações do grupo germânico (Alemanha, Áustria, Hungria, Japão). Particular posição apresentam, por seu turno, as codificações escandinavas, nas quais foram consolidadas as normas dos Estatutos e de direito consuetudinário mercantil, decantadas, nesses países, desde o século XVI (maxime, o código comercial sueco, de 1794 e, posteriormente de 1894, o dinamarquês de 1892, o finlandês, modelado, aliás, sobre o velho código sueco de 1794 e o norueguês).

#### 7.4. A codificação germânica. O retorno a um sistema subjectivo.

A consagração legislativa do acto de comércio como critério delimitador da matéria mercantil colocou, é certo, sob novas bases, o problema da definição deste ramo do direito privado especial. É verdade que nem a noção de acto de comércio inovou, radicalmente, o panorama juscomercial anterior, nem tão pouco a codificação napoleónica conseguiu

*objectivar* a matéria mercantil, a ponto de prescindir dos elementos subjectivos (a qualidade de comerciante, o seu especial estatuto, a sua influência no problema da qualificação de certos actos como de comércio – cfr., art. 2º, 2ª parte do cód. comercial português). Não pode, porém, negar-se que a progressiva *objectivização* do sistema jurídico-mercantil, iniciada no código de comércio francês e continuada nas codificações que directa ou indirectamente nele se inspitavam, obrigou à codificação do direito comercial, num outro paradigma legiferante. De resto, a doutrina, partiu, logo aí, da convicção de que para erigir um nóvel e autónomo conceito de direito mercantil, necessário se afigurava, antes de mais, construir o conceito de *acto de comércio*, base, para alguns do novo sistema.

Conquanto, como vimos, o sistema do código de comércio francês de 1807, não possa qualificar-se, no seu conjunto, como puramente objectiva, alguma doutrina francesa da época esfarçou-se denodamente para acentuar este específico jaez. A insuficiência de uma definição legal, a amplitude da elencação dos *actos de comércio* e a diversidade dos critérios seguidos pelo *code* para semelhante qualificação, determinou que os seus primeiros comentadores se esforçassem por sistematizar esse *mundo em desordem*. Mais do que fornecer um conceito de acto de comércio, esses autores propunham-se ordenar e classificar a matéria do *code*. Por isso que DELAMARRE e Le POITVIN<sup>(131)</sup> falam em *actos de comércio por si mesmos* (actos de comércio *re ipsa*, isto é, pela própria natureza do seu objecto), *actos de comércio por presunção* (a partir da *accessoriedade* desses actos com os do exercício do comércio do comerciante), os actos de comércio em função da intenção, isto é, os actos de

(131) DELAMARRE/LEPOITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, I, Paris, 1860.

*compra para revenda* e os *actos-meios* para o comércio: a comissão, a agência, etc. Por outro lado, PARDESSUS<sup>(132)</sup> refere os actos de comércio *por natureza* ou si mesmo e actos de comércio por presunção, isto é, os conexos com esse exercício (v.g., a letra de câmbio, os contratos marítimos, etc.).

A obra destes comentadores do *code*, pese embora tenha exercido uma forte influência na doutrina, jurisprudência e legislação posteriores, revelou-se, no produto das conclusões a que chegaram, frustrado no objectivo de construção de um unitário conceito de acto de comércio, em face desta não despendida heterogeneidade. Só que, mesmo indo as coisas neste enfoque, a doutrina posterior não deixou de prosseguir na tarefa de construção de um conceito unitário de acto de comércio, a essência da comercialidade dos actos<sup>(133)</sup>.

Daí que, perante a ausência de uma classificação legal, a doutrina tenha seguido um processo lógico de indução. De modo que, a partir do concreto exame dos actos de comércio, intentou erigir uma característica comum a todos eles que servisse de base a um unitário conceito de acto de comércio. A esta postura respondem as teorias de THALLER<sup>(134)</sup> – que identifica o conceito jurídico de comércio com a ideia de *circulação* de produtos, dinheiro ou títulos – LACOUR/BOUTERON – que chamam à atenção para o escopo

<sup>(132)</sup> PARDESSUS, *Cours...*, I, cit., pág. 7, 31, 51 e segs.

<sup>(133)</sup> Cfr., GIRON TENA, *El concepto de derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado*, in Anuario e Derecho Civil, VII, nº3 (Julho-Setembro), 1954, pág. 695 e segs. e VII, nº 4, (Outubro-Dezembro), 1954, pág. 971 e segs.; OLIVENCIA RUIZ, *El derecho mercantil. Origen y evolución...*, cit., pág. 18 e segs.; GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 30 e segs.; RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrecht vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsprobleme im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962, pág. 49 a 51; PAULO SENDIM, *O art. 230º...*, cit., pág. 915 e segs., notas 4 e 5; EIZAGUIRRE, *El derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Madrid, 1987; HAMEL, J./LAGARDE, G./JAUFRET, A., *Droit commercial. Introduction...*, cit., pág. 41 e segs.

<sup>(134)</sup> THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, I, 8ª ed., Paris, 1931, nº21, pág. 18 e segs.

lucrativo – ROCCO<sup>(135)</sup> – ao definir o acto de comércio como sendo todo aquele que realiza ou facilita a *interposição nas trocas* – e de HAMEL/LAGARDE<sup>(136)</sup>, que elegem o critério da *interposição na circulação da riqueza*, com escopo lucrativo. Todavia, estes esforços de construção dogmática sempre tropeçaram na impossibilidade de se reconduzir a uma unitária conceitação a miríade de actos, qualificados pelo legislador como comerciais. Pelo que, nenhuma destas teorias logrou escapar a semelhantes objecções. Os seus resultados foram, por isso, insatisfatórios.

A antecedente incapacidade dogmática levou a que um amplo sector da doutrina tivesse renunciado à intenção de formular um conceito unitário de actos de comércio, acomodando-se ao critério legal, jurídico-positivo, ou seja, a um critério merante formal. Para concluir, no fundo que a matéria mercantil era atinente aos actos de comércio que a lei considera como tais<sup>(137)</sup>.

Vem isto, afinal, por dizer que a superação do paradigma do *acto objectivo de comércio*, no quadro da codificação europeia do século XIX foi, logo aí, protagonizada pelo código comercial alemão de 1897 (que entrou em vigor em 1-1-1900), ao revogar o seu antecedente de 1861, este último, outrossim, inspirado no *code de commerce*.

<sup>(135)</sup> ROCCO, *Princípios de direito comercial. Parte geral*, (trad. port.), Coimbra, 1931.

<sup>(136)</sup> HAMEL/LAGARDE, *Traité de droit commercial*, I, Paris, 1954, pág. 180 e segs.

<sup>(137)</sup> Cfr., quanto à impossibilidade lógica de se subsumir a uma categoria unitária, qual denominador substancial comum, a matéria dos actos de comércio, cfr., LYON CAEN/RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4ª ed., Paris, 1906; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, 4ª ed., Milano, 1911, pág. 171 e segs.; BOLAFFIO, *Degli atti di commercio*, in *Il codice di commercio commentato*, I, 5ª ed., Verona, 1922, pág. 129 e segs.; LANGLE, E., *Las directrices fundamentales del derecho mercantil*, in *Revista de derecho mercantil*, nº9, 1949, pág. 317 e segs.; VINCENTY GELLA, *Curso del derecho mercantil comparato*, 4ª ed., Zaragoza, 1960; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, vol. I, Barcelona, 1950.

No ADHGB alemão de 1861, os actos de comércio têm uma significação estritamente jurídico negocial (*Handelsgeschäfte*) para o efeito de, exclusivamente delimitarem o âmbito de aplicação das normas contidas no seu livro IV.

Por seu turno no código comercial italiano de 1882, os *actos de comércio*, no sentido de actividades económicas aparecem logo no seu art. 3º com um claro propósito de abarcar, através de uma exaustiva enumeração (24 tipos de actos de comércio), a matéria mercantil nele contida.

No código comercial Espanhol de 1885 aparece mais acentuada a pretensão dogmática de *objectivar* o direito comercial. Concebidos no sentido do ADHGB alemão, ou seja de *negócios jurídicos mercantis*, a codificação espanhola refere-se-lhes através de uma forma *sui generis*, vale dizer, mediante a combinação, no seu art. 2º, de uma técnica de remissão aos actos contidos no código e do recurso à analogia para os qualificar como tais.

A alegada *objectivização* do direito comercial das codificações da época é de certo modo desvalorizada, em face da constatação da inexistência, nessas codificações, de um direito especial regulador de uma determinada categoria de actos, os designados *actos de comércio*, pois que, igualmente, condensam matéria atinente aos sujeitos que exercem profissionalmente a actividade comercial.

No ADHGB alemão, a matéria mercantil (*handelssache*) não se cinge somente aos *negócios do comércio* (*Handelsgeschäfte*), outrossim, incluía normas que tinham como destinatários os comerciantes (*Kaufleute*). A qualidade de comerciante derivava – talqualmente no *code de commerce* – do exercício profissional de tais *actos de comércio*, que, por isso, constituíam a base do sistema. Porém, dado que os actos de comércio eram concebidos no sentido de *negócios jurídicos* (actos jurídicos, quase-negócios, operações materiais, negócios jurídicos) e não como sectores da actividade económica profissional, desde cedo a doutrina germânica sentiu necessidade de precisar que nem todos os *negócios de comércio* (v.g., o aceite numa letra de câmbio)

atribuíam a qualidade de comerciante. Que o mesmo é dizer que somente os considerados *actos de comércio fundamentais* (*Grundhandelsgeschäfte*, arts. 271 e 272 do citado código) é que atribuíam a qualidade jurídica de comerciante, contanto que fossem objecto de um exercício profissional (*gewerbemässig*, art. 1º, *ibidem*).

Por outro lado, estabelecem-se *presunções de comercialidade* de certos actos em razão do seu exercício por parte de um profissional, que, como é bom de ver, contraditam a alegada concepção objectiva do sistema do direito comercial da época.

*Prima facie*, consideram-se *negócios de comércio*, no art. 272 do ADHGB, aqueles que são realizados pelo comerciante no exercício do seu comércio (*zum Betriebe seines Handelsgewerbes*). Em segundo lugar, estabelece-se a presunção de comercialidade dos negócios jurídicos por causa de neles participar um comerciante profissional (como é o que ocorre nos documentos de débito se e na medida em que fossem subscritos por um comerciante (art. 274, *idem*). Incoerências estas que foram reproduzidas no art. 4º do código comercial italiano de 1882, no código comercial espanhol de 1882 e no art. 2º do código comercial português de 1888.

Em todos eles se manifesta, outrossim, a tendência expansiva da matéria mercantil, em face da singela *lista* dos actos de comércio do *code de commerce* de 1807. Semelhante anacronismo mais não resultava da ausência de consideração das exigências de diversa tipificação legal em face do tráfico económico da época em que estas codificações foram promulgadas.

Vem isto, afinal, para significar em quanto o segundo código comercial alemão de 1897 (o *Handelsgesetzbuch*, que entrou em vigor em 1-1-1900, talqualmente o código civil alemão – *BGB*) relevou de particular significação histórica.



Em primeiro lugar, já quando se multiplicavam as vozes que questionavam a razão de ser do Direito Comercial enquanto direito privado especial, plasmou-se uma autónoma codificação, prevalecendo, assim a tese de **GOLDSCHMIDT**<sup>(138)</sup>, que pugnava pela manutenção da clássica dicotomia – Direito Civil/Direito Comercial – em detrimento das posições de **ENDEMANN**<sup>(139)</sup> e **DERNBURG**.

Adoptou-se, ademais, contrariamente ao modelo mais generalizado, uma configuração *subjectiva* do direito comercial, construindo-o como um direito especial em sentido formal (*Sonderrecht*), referido a uma categoria de sujeitos, os *comerciantes* (*Kaufleute*), em razão do exercício da sua actividade de profissional (*Handelsgewerbe*), nos termos da concepção propugnada por **THÖL**<sup>(140)</sup>.

Dá-se, pois, nesta codificação uma ampliação do âmbito material de delimitação da matéria mercantil, vale dizer, das *actividades profissionais* cuja comercialidade se afirmava. É o que se constata na elencação de actividades cujo exercício profissional confere a qualidade de comerciante, nos termos do seu § 1º, em particular a cláusula geral ínsita no § 2º, aí onde se consideram comerciantes todos aqueles que exercem uma actividade económica-profissional<sup>(141)</sup> que, pela sua índole e volume (*Art und umfang*) exigem a organização própria dos comerciantes, contanto que se inscrevessem no registo comercial.

<sup>(138)</sup> **GOLDSCHMIDT**, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, I, Abteilung 1, 3ª ed., Stuttgart, 1891.

<sup>(139)</sup> **ENDEMANN**, *Das deutsche handelsrecht systematische dargestellt*, 2ª ed., Heidelberg, 1868.

<sup>(140)</sup> **THÖL**, *Das Handelsrecht*, I, 6ª ed., Leipzig, 1879.

<sup>(141)</sup> O § 12 do HGB emprega com este significado genérico a palavra *indústria* (*Gewerbe*).

De certa maneira, esta cláusula geral cumpre função idêntica ao recurso à analogia que, entre nós, se tem feito no sentido de equipar às actividades compreendidas no art. 230º do cód. comercial, maxime no seu nº 2 as de prestação de serviços que largamente proliferam e não podem, como vimos, considerar-se como fornecimento de bens corpóreos, já que os serviços são bens incorpóreos (cfr., **FERRER CORREIA**, *Lições...*, I, cit., pág. 67 e segs.; **LOBO XAVIER**, *Direito comercial...*, cit., pág. 59 e segs.).

É verdade que, no código comercial alemão, a *organização* não confere, por si, a qualidade de comerciante ao seu titular, já que se exige a *matrícula* no registo comercial, a qual reveste carácter constitutivo, conquanto não revista a natureza de dever. Daí que se distingam os *comerciantes por natureza* (*Sollkaufleute*) do § 1º dos *comerciantes necessários* (*Musskaufleute*) do § 2º do citado código.

No *HGB* constata-se, ainda, uma notável redução de conteúdo em face do seu antecedente *ADHGB*, de 1861. O que, aliás, se deveu a uma *obsorção normativa* por parte do primeiro código civil alemão (*BGB*), corroborando o fenómeno, visualizado pela doutrina posterior, da *progressiva comercialização* do direito civil.

Deve, porém, notar-se que este *despojamento normativo* do *HGB* e conseqüente translação de alguma matéria mercantil para o *BGB* revestiu-se, via de regra, de um significado mais formal do que substancial. Com efeito, o significado real foi bem outro. Não se esqueça que na Alemanha a codificação do direito comercial precedeu, cronologicamente, a codificação do direito civil. O que determinou que, no primeiro código comercial alemão (*ADHGB*) se incluíssem (talqualmente ao que sucedeu com o nosso primeiro código comercial de 1833, elaborado por **FERREIRA BORGES** e com início de vigência em 14-1-1834), como que *provisoriamente*, normas de índole geral, ou seja, disposições de direito civil comum, em sentido material, que completavam as fragmentárias e, por vezes, tecnicamente defeituosas figuras jurídico-mercantis, maxime, no sector do direito das obrigações e dos contratos. Normas essas cuja

pretensão era oferecer uma regulamentação acabada e completa do regime do tráfego mercantil. Daí que, quando posteriormente, nos finais do século XIX se codificou o direito civil alemão, operou-se um *natural* esvaziamento de tais normas (*formalmente* mercantis, porém *materialmente* de direito comum) no código comercial alemão de 1897, que, naturalmente tiveram a sua sede no código civil. Não se trata, pois, tanto de um *verdadeiro* processo de *comercialização* do direito civil, quanto de uma mera translação na sistematização legislativa, que, em termos gerais, não representou substancial alteração na natureza das normas então vazadas no código civil.

Finalmente, a delimitação da matéria mercantil, ao derredor do conceito de empresa resulta do significado histórico do *HGB* alemão de 1897.

Vale isto por dizer que se, por um lado, contribui para a recuperação do sentido profissional do direito comercial, por mor do retorno a uma concepção de direito comercial de base *subjéctiva*, enquanto direito dos comerciantes, em razão dos seus negócios, o que se coadunava, aliás, com toda a tradição histórica, por outro, o sentido da cláusula geral utilizada para delimitar a matéria mercantil e os termos do seu § 2º, principalmente no relevo que outorga ao elemento *organização* (para efeitos da atribuição da qualidade de comerciante) fizeram, pela primeira vez, aflorar a *empresa* enquanto veículo de penetração de novas actividades económicas na domínio de aplicação do direito comercial.

### Conclusões:

A existência de relações jurídico-comerciais é um elemento jurídico-genético das sociedades humanas. Na Antiguidade, mormente em Roma inexistia um corpo orgânico, minimamente sistematizado de disciplina da actividade mercantil. Porém, no sistema jurídico romano os

amplios poderes de que era investido o *praetor* autorizaram uma frutífera adequação e ductibilidade por via da jurisprudência do direito privado – *ius civile* e *ius gentium* – em face das mutáveis exigências do tráfego jurídico-mercantil<sup>(142)</sup>. A formação de um sistema suficientemente autonomizável de direito comercial ocorre na Idade Média (século XII), aquando do renascimento das cidades (em Itália, na Flandres) e do mercado. Para a defesa dos seus interesses, artesãos e mercadores organizam-se, dando vida às corporações de artes e ofícios, que dispunham de poderes disciplinares perante os *associados* inscritos. É neste ambiente político e social que nasce o direito comercial. Um direito dos negócios jurídico-mercantis, distinto do direito comum. Direito comum que era aí direito romano mesclado de direito bárbaro e de direito canónico.

Nascia, então, a necessidade de órgãos de resolução de conflitos de interesses do tráfego mercantil, enquadrados por normas de processo subtraídas à formalização e morosidade da jurisdição ordinária. Uma jurisdição que aplicava os *usos comerciais* e não o *direito romano comum*. A resolução dos conflitos de interesses entre comerciantes é confiada aos *cônsules* que decidem célere e sumariamente, nos termos do direito consuetudinário (reduzido ou não a escrito) e da equidade, por forma à tutela do crédito, à informalização da contratação mercantil e ao rigor no cumprimento das obrigações. Tais regras, inicialmente consuetudinárias e jurisprudenciais, ancoram-se, gradativamente nos Estatutos das corporações. A pouco e pouco a competência da jurisdição mercantil estende-se a todos os que exercitam o comércio, independentemente de se encontrarem *matriculados* na respectiva corporação.

<sup>(142)</sup> Cfr., ainda, GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, pág. 123 e segs.

Forma-se, desenvolve-se e consolida-se – até, ao menos, meados do século XVI – o *ius mercatorum*: o direito profissional dos comerciantes, diverso do *ius civile*. Afirmam-se o princípio da liberdade contratual e, paralelamente, acentua-se a ideia-força de protecção dos credores: o devedor deve pagar pontualmente na data do vencimento ou da exigibilidade da prestação, sem que possa judicialmente obter dilações no cumprimento. Daí que, vencida ou exigível, à obrigação se adicionam os juros. Se há vários devedores, presume-se a solidariedade passiva. Nasce novas formas de contratação, por força das exigências da expansão do mercado económico: o seguro, a letra de câmbio. Formam-se novos institutos, tendo em vista a racionalização e potenciação do exercício da actividade mercantil: a disciplina da concorrência, as obrigações de escrituração, as regras sobre os auxiliares do comerciante, etc. Eruptem, do mesmo passo, novas formas associativas para o exercício em comum da actividade comercial (a sociedade em nome colectivo e a sociedade em comandita simples), dominadas pelo princípio da tutela dos credores por *causa mercaturae*, aos quais é reconhecido o direito de se fazerem pagar, prioritariamente, em face dos credores comuns, pelo património da sociedade. Ao que acresce, o aparecimento do instituto da falência, o estado do comerciante que se acha impossibilitado de cumprir as suas obrigações, que, ao invés das regras do direito romano comum que consagrava o princípio da prioridade cronológica dos créditos, faz vencer todas as dívidas do falido, chamando todos os credores a participar proporcionalmente (*conditio creditorum*) no ressarcimento dos créditos, mediante a total liquidação do património do comerciante.

Configura-se, pois, um direito especial, dotado de fontes próprias de juridicidade (os Estatutos das corporações, a

jurisprudência dos cônsules) e de jurisdição privativa. Um direito especial fundado em distintas regras e princípios. Um direito de classe, enquanto expressão do *status* de comerciante e da autonomia corporativa. Porém, não é um direito tão só interessado a servir os interesses de uma classe, como frequentemente se afirma<sup>(143)</sup>, outrossim, o mercado económico, a criação de valor e de riqueza<sup>(144)</sup>. É, além disso, um direito tributário de uma vocação universalista, difundindo-se das cidades italianas, no século XII, a toda a Europa continental. É um direito comercial que é, tendencialmente, um direito internacional uniforme<sup>(145)</sup>.

A evolução deste direito comercial opera-se, posteriormente, ao redor de uma constante ambivalência: a) a progressiva perda do carácter de direito de *categoria*, de *classe*, formalmente apartado do direito comum; b) a expansão do seu domínio de aplicação, a partir do mercado económico dos primórdios do capitalismo mercantil.

Com efeito, a formação, na Europa renascentista, de monarquias de base nacional ou regional, que intentaram, mais ou menos denotadamente, movimentos de centralização régia, propiciou a afirmação de políticas intervencionistas dos Estados na vida económica (i.e., o período mercantilista); o que assinalou o dobrar de finados da autonomia normativa das corporações de mercadores. O direito comercial é, doravante, um direito *estadual e nacional* [v.g., a *Ordonnance sur le commerce*, de 1673 e a *Ordonnance de la marine*, de 1681, no reinado de Luís XIV]. A privativa jurisdição mercantil é *nacionalizada* passando para os

<sup>(143)</sup> Cfr., *supra*, pág. 25 e nota 28.

<sup>(144)</sup> Vide, ainda, ASCARELLI, *Iniciación...*, cit., pág. 21-23; GALGANO, *História...*, cit., pág. 35 e segs.; COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, cit., pág. 13 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, cit., pág. 6.

<sup>(145)</sup> Fenómeno eficazmente ilustrado por GOLDSCHMIDT, *Storia...*, cit., pág. 12 e segs.; ainda GALGANO, *História...*, cit., pág. 51 e segs.

tribunais do Estado, dependentes do monarca ou do príncipe, conquanto permaneça diferenciada da jurisdição comum. Na verdade, a actividade económica concebe-se, nesta época, como instrumento de reforço do poderio do Estado e da expansão colonial (Portugal, Espanha, França, Inglaterra, Holanda). O que vale por sujeitá-la a uma minuciosa disciplina publicista (de direito público) de controlo, a par da tentativa estadual de desenvolvimento das primeiras indústrias. Instrumento idóneo a assegurar o expansionismo mercantil e o reforço, nesse domínio, da centralização régia é a nascente *sociedade comercial por acções*, modelo de organização das grandes companhias coloniais holandesas, inglesas e portuguesas; constituídas por concessão régia, nas quais prevalecia o princípio da responsabilidade dos sócios e a divisão do capital social em acções<sup>(146)</sup>. A necessidade de créditos provoca a erupção das bolsas de valores. O desenvolvimento da indústria determina a primeira disciplina jurídica das patentes de invenção.

No posterior quadro das grandes codificações de direito privado do século XIX, o direito comercial continua a conservar o jaez de direito formal e materialmente distinto do direito civil. Forma-se o Estado liberal. São abolidos os privilégios de classe<sup>(147)</sup>,

<sup>(146)</sup> Cfr., UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma, 1974.

<sup>(147)</sup> Entre nós, tal sucede com o decreto de 4-4-1834, de MOUZINHO DA SILVEIRA, que extingue as formas de propriedade vinculada (v.g., morgados e capelas), isto é, instituições jurídicas que mantinham os bens (incluindo os da Casa de Bragança, sabendo-se, porém, que, em 1863 se abriu excepção para as terras desta casa as quais passaram a ser apanágio do príncipe real e sucessor da coroa) inalienáveis, indivisíveis e perpetuamente adentro da mesma família (nobre) ou entidade religiosa. É, de facto, o caso dos morgados caracterizados pela insusceptibilidade de serem alienados ou divididos, transmitindo-se *mortis causa*, perpetuamente dentro da família, na pessoa do filho varão primogénito. Já as *capelas* consistiam na atribuição de bens ou seus rendimentos a serviços religiosos, que, em contrapartida, se obrigavam à celebração de sufrágios por alma dos que lhe concediam tais bens, podendo, é certo, igualmente, constituir um morgadio, isto é, os bens ficavam indissolvelmente *vinculados* a uma família que cumpria os inerentes serviços religiosos, gozando do usufruto desses bens; cfr., JESUS DA COSTA, A., *Morgados*, in *Dicionário de História de Portugal* (Dir. por JOEL SERRÃO), vol. IV, Porto, reimp., 1981, pág. 345 e segs.

afirmando-se o princípio da liberdade de iniciativa económica.

Ao derredor deste ideário e seguindo o protótipo do código comercial francês de 1807 e do *code civil*, de 1804, os ordenamentos continentais europeus, igualmente, erigem uma dúplice codificação. É o caso do primeiro código comercial português, de 1833, seguido pelo código civil, de 1867. Mantendo-se a existência de uma jurisdição especial para os conflitos de interesses jurídico-mercantis [que, por exemplo, em Itália, foi abolida em 1888], o direito privado surpreendia-se fraccionado em dois distintos sistemas normativos, formal e substancialmente autónomos: o sistema do código civil que disciplinava as relações jurídico-civilistas; o sistema do código de comércio (entre nós, o de 1833 e, depois, o de 1888) a abarcar os *actos de comércio* e a actividade dos *comerciantes*.

Abandona-se, destarte, a originária impositação subjectiva (o *direito dos comerciantes*), delineando-se um direito privado especial formalmente atinente não já a determinada categoria de sujeitos, mas sim, a uma certa categoria de actos: os *actos de comércio*<sup>(148)</sup>. O direito comercial é, assim, considerado como direito dos actos de comércio (*sistema objectivo*), sendo que a aquisição da qualidade de comerciante é consequência e produto do exercício habitual da prática desses actos. Amplia-se, por conseguinte, a fronteira do direito comercial. Alargamento este que é consequência da profunda transformação ocorrida no mercado, por causa da invenção e desenvolvimento da máquina a vapor e consequente macanização do ciclo produtivo. A produção industrial em massa, ao que acresce a necessidade de assegurar a rápida distribuição e colocação dos produtos, fazem generalizar a tutela do crédito e a célere e segura circulação das mercadorias.

<sup>(148)</sup> Cfr., arts. 4º, 11º, 203º, 204º e 205º do código comercial português de 1833.

Vem, assim, que a categoria jurídica do comerciante deixa de integrar somente os sujeitos que desenvolvem uma actividade de interposição na circulação das mercadorias. Comerciantes são todos os que têm capacidade para praticar actos de comércio e fazem dele a sua profissão (art. 13º do cód. com. port.; art. 8º do *codice do commercio* italiano de 1882), qualificando-se, juridicamente, como comerciantes os que exploram as empresas referidas no art. 230º do cód. comercial<sup>(149)</sup>.

Com efeito, através do expediente de se qualificar como comerciante quem, em termos económicos não o é, submetem-se certas actividades económicas a um particular estatuto profissional (v.g., obrigações de escrituração, falência), e aqueles que as exercem a certos deveres e prerrogativas, contanto que operem profissionalmente no campo da produção e distribuição dos produtos. As únicas excepções são representadas pelos artesãos, agricultores, os sujeitos que exploram indústrias extractiva<sup>(150)</sup> e os autores que editarem as suas obras intelectuais.

Acentua-se, ademais, a generalização do direito comercial no que toca à disciplina dos singulares actos negociais (v.g., negócios jurídicos, quase-negócios) e respectivos efeitos. Existe, pois, uma disciplina geral das *obrigações civis* e uma outra das *obrigações comerciais*, conquanto haja muitos aspectos das relações mercantis não reguladas pelas normas de direito comercial que se encontram mediatamente ao abrigo do direito civil sem que se possa dizer que se está perante um *caso omissis* em matéria mercantil<sup>(151)</sup>.

<sup>149)</sup> Assim, também, no art. 8º do código comercial italiano de 1882, revogado em 1942, com a promulgação do código civil italiano.

<sup>150)</sup> Cfr., arts. 464º/2/3, 230º, §1, 2 e 3; em termos análogos, cfr., o art. 5º do *codice di commercio*; art. 326º/2/3, do código comercial espanhol de 1885.

<sup>151)</sup> Sobre isto, cfr., LOBO XAVIER, *Direito Comercial*, cit., pág. 13 e segs.

Todavia, o regime específico das obrigações mercantis é diverso do das obrigações civis [cfr., infra], favorecendo a rápida conclusão dos contratos, a tutela do crédito e a circulação dos bens.

Porém, em face da insuficiência de um conceito unitário de *acto de comércio*, a codificação comercial alemã de 1897 retorna a um sistema predominantemente subjectivo, aí onde os actos de comércio se revêem na medida em que são realizados por um comerciante no exercício da sua profissão (§ 343 do HGB). Este código define o comerciante (§ 1) em função do exercício de uma actividade mercantil, enunciando que essa actividade assume esse jaez em razão do seu objecto. Só que, nem sempre essa característica da *profissionalidade* determina a qualidade de comerciante, pois que, nas sociedades comerciais, o *elemento formal* (a adopção de um dos tipos de forma societária: por acções, em comandita, por quotas, ...) basta para qualificar tais entes como comerciante, qualquer que seja o objecto social, isto é, a actividade económica desenvolvida.

Esta mudança de rumo no sentido do *subjectivismo* não significou, no entretanto, uma pacificação do problema do conceito de direito comercial. É, precisamente, por influência desta codificação que se formulou a teoria mais *pessimista*: a *dissolução* do direito comercial e a unificação direito civil/direito comercial, problema que já tratámos.

Daí que, já se compreenda por que a intenção de superar este obstáculo chamou à colação as teorias revisionistas que desembocaram na rectificação metodológica da construção de um conceito de direito comercial enquanto direito da empresa, núcleo essencial da matéria mercantil.

### III – A evolução do direito mercantil tradicional.

#### A) A transformação da estrutura económica.

A *subjectivização* do sistema do direito comercial operada no código comercial de 1897 levou a doutrina a questionar-se sobre a necessidade de existir um direito privado especial – o direito comercial – separado do direito civil. Não se trata pois, aqui de delimitar a matéria regulada por um concreto sistema jurídico-positivo, outrossim, averiguar a razão de ser de uma disciplina diversa da do direito civil. A resposta, segundo alguns, surpreendia-se no real, nas *necessidades vitais* (IHERING) que ditam a criação de normas jurídicas. O que levou P. HECK<sup>(152)</sup> a concluir que eram as exigências da *realização massiva* (*Massenbetrieb*) de negócios jurídicos que reclamava uma distinta disciplina jurídica. Seria a *série de actos* a razão que estaria subjacente a essa especial regulamentação, ainda que os *actos* que integravam essa actividade *serial* fossem, intrínsecamente, de idêntica natureza aos demais actos de comércio isolados, singulares ou ocasionais. A diferença radicaria na quantidade, que não na substancialidade dos actos. O tráfego mercantil, o mercado económico seria um tráfego *de massas*, protagonizado por sujeitos cuja actividade profissional consiste, na prática, na repetição, seriada, de actos homogêneos. E essa seria a dinâmica adequada a um *direito especial*. Absurdo era, por isso, submeter a idêntica disciplina normativa *especial* os actos de comércio *ocasionais, isolados*.

O desenvolvimento da teorização iniciada por Philippe HECK fez compreender a necessidade de construir um *conceito substancial* de direito comercial. Como a realização

<sup>(152)</sup> HECK, P., *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht...*, cit., pág. 438 e segs.

do tráfego em massa requer uma determinada organização, concluía-se que havia uma zona da economia, harmonicamente delimitada, que coincidia com o campo de aplicação do direito comercial do século XX. Essa zona era a *Empresa*<sup>(153)</sup>. Neste enfoque, chegou WIELAND à conclusão de que o fundamento substancial do direito comercial enquanto direito especial coincidia com as fundamentais necessidades, suscitadas no plano normativo, por certo quadro da actividade económica, justamente a *empresa* enquanto forma característica da actividade organizada que historicamente surgiu no âmbito do comércio e que mais tarde se estendeu a outros sectores da vida económica<sup>(154)</sup>.

A actividade da empresa (*Unternehmung*) era por ele definida (servindo-se da conceitação científico-económica de autores seus contemporâneos como SHÄFFLE e LEIFMAN) no sentido de actividade económica desenvolvida através da utilização de factores produtivos com o propósito de obter uma vantagem patrimonial.

Nesta perspectiva, assumia particular significado o factor *risco* (entendido tanto no sentido *especulativo* de perda de capital como de trabalho autónomo) e, por outra banda, o factor *cálculo* ou *rendibilidade*, donde emerge a tradicional componente de profissionalidade do nosso direito comercial (*Berufsrecht*).

Independentemente do excessivo *economicismo* que transpirava do conceito de empresa de WEILAND, não pode negar-se o acerto da impostação metodológica que desenvolveu, sendo o primeiro jurista que viu na *empresa* a referência de valor *pré-compreensiva*

<sup>(153)</sup> Assim, WEILAND, *Handelsrecht*, cit., vol., pág. 8, 9, 144. Pois que, no pensamento deste A a ciência jurídica necessita da ciência da economia, em termos de o conceito unitário da matéria mercantil dever extrair-se da teorização da ciência económica, e não fazê-lo depender de um qualquer *quid* jurídico apriorístico. A solução do problema pressuporia, pois, não o recurso ao desenvolvimento do processo histórico, às fontes deste direito, mas também à *ambiance* social-económica, por forma a revelar o direito comercial como conjunto normativo separado do seu fundamento jurídico-civil.

<sup>(154)</sup> WEILAND, *Handelsrecht*, vol., cit., pág. 9.

que, segundo ele, dava unidade e sentido às normas e instituições jurídico-mercantis, enquanto direito privado especial em razão da matéria.

A tese de WEILAND, hoje dominante como vimos, ainda que aqui e alhures mitigadamente, no panorama doutrinal europeu, permite explicar coerentemente a trajectória histórico-comparada do direito comercial, que vimos de empreender nas páginas anteriores.

*Prima facie*, torna compreensível a linha de continuidade histórica do direito europeu continental, tão só, aparentemente quebrada no início do século XIX, por mor da *mudança de sistema*, no sentido da aludida *objectivação* do direito comercial.

Assim se compreende a originária conexão do direito comercial com o comércio e a posterior ampliação do âmbito material de delimitação.

Na verdade, foi no sector económico do comércio, no originário direito comercial, que se antecipou historicamente a empresa enquanto forma peculiar de organização da actividade económica, concebida e programada em função do *mercado*<sup>(155)</sup>. Estas estruturas sócio-económicas – empresas e mercado – conectaram-se, desde inícios do século XX, a um novo sistema de ordenação das relações de produção e distribuição dos bens na sociedade, regularmente designado por economia do mercado. Sistema este cujo germen se surpreende nas formações pré-capitalistas que desenvolviam o comércio inter-regional e internacional, a partir do século XII.

Decorre, igualmente, desse paradigma o processo de gradativa ampliação do âmbito material de delimitação do direito mercantil, cujos sinais se detectam, primeiramente, nos códigos oitocentistas, conquanto estes, por inércia histórica, continuassem a usar um anacrónico discurso que

<sup>155)</sup> Cfr., o que dissemos, *supra*, pág. 11-12, 34-36.

não fazia corresponder o significado do *texto* legal (o *programa normativo*) com o *referente*, o sector da norma constituído por determinados elementos (sociais, económicos, psicológicos, sociológicos) de facto.

Como se assinalou, as empresas-actividades, previstas no art. 230º do cód. comercial (assim como as referidas, v.g., no art. 632º do *code de commerce* ou nos 24 números do art. 3º do revogado *codice di commercio* italiano de 1882) apontam, precisamente, nesta direcção, mostrando como o campo real de aplicação, o *sector normativo* do direito comercial já claramente se sobrepunha à esfera do comércio em sentido jurídico. É certo que, até certo ponto, é compreensível este persistente anacronismo das codificações juscomercialistas do século XIX. Não se deve perder de vista a circunstância de que a *indústria* – que nasceu no quadro do artesanato e da manufactura – foi desenvolvida e organizada por *comerciantes* que, doravante, passava a chamar-se industriais. Na sociedade da época, o vocábulo *comerciante* tinha um significado muito amplo, a incluir, pois, os *industriais*. Sómente, no final deste período, nos séculos XVIII e os vocábulos se revelam, de facto, *inservíveis*, por causa do aparecimento de novos tipos de *empresários* noutros sectores da actividade económica, v.g., nos transportes (terrestres e marítimos), nos seguros, na actividade bancária e par bancária<sup>(156)</sup>.

Este progressivo alargamento da *matéria mercantil* obedece, sem dúvida, a um paulatino processo de transformação das estruturas económicas, impulsionado por aquilo que se designou chamar *Revolução Industrial*. E, por sua causa se generalizou, progressivamente esta particular forma do originário sector do comércio *stricto sensu*, depois adoptada noutros sectores da actividade económica (na indústria, extractiva e transformadora e nos serviços).

<sup>(156)</sup> Cfr., GIRON TENA, *Tendencias generales en el derecho mercantil actual*, Madrid, 1985, pág. 90.

Deste modo, as teses *empresarialistas* corroboram a conexão histórica entre o direito comercial e o capitalismo, no sentido em que a empresa é a forma de organização característica deste sistema económico [cfr., porém, o que afirmámos, supra, nota 41].

Em segundo lugar, a tese de WEILAND permite compreender o verdadeiro sentido da alegada *objectivação* do direito comercial nos códigos comerciais tributários do modelo francês<sup>(157)</sup>.

Efectivamente, já vimos por que o legislador do *code* não pretendeu, na realidade, alterar o paradigma do sistema de direito comercial tradicional<sup>(158)</sup>.

O sistema que o *code* estabelece é baseado, como se sabe, nos *faits de commerce*, que se caracterizam como tal por serem profissionais, ou seja entre comerciantes (art. 631º/§1 do *code*). Eles são a venda de bens *móveis* para revenda. Porém, só o acto de *compra para revenda* – ou aluguer – independentemente da qualidade de comerciante do seu autor é acto de comércio *por si*. A venda não se torna acto de comércio *por si mesmo*, pois que era necessário que o vendedor fosse comerciante para que a venda que introduzia os bens em circulação se tornasse um acto de comércio. A alteração que o *code* introduziu no modelo tradicional estava apenas na delimitação mais ampla e precisa das suas fronteiras, que continuaram, aliás, a ser as do mercado profissional dos comerciantes. É que, através da comercialidade do acto de compra para revenda, amplia-se a fronteira desse mercado no sentido de passar a abranger as operações ocasionais pelas quais os bens nele se introduzem, além de que, o acto de venda ou compra marca o *limite* do mercado profissional, tanto em face dos agricultores, como perante os consumidores, mesmo que estes profissionais sejam comerciantes. De resto, os próprios actos de comércio de *venda para revenda* – o núcleo duro deste mercado – continuaram a ser vistos como *operações profissionais*

<sup>(157)</sup> Cfr., especialmente RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrecht...*, cit., pág. 45 e segs.; GONDRA, J. M., *Derecho mercantil...*, cit., pág. 48 e segs.

<sup>(158)</sup> Cfr., LOCRE, *Esprit du code de commerce*, 2ª ed., Paris, 1829, IV, pág. 89 e segs., 98 e segs.

dos comerciantes e das empresas industriais e de serviços, instrumentais desse mercado do comércio.

Ora, estas particularidades do novo direito comercial foram profundamente alteradas, no sentido da leitura *objectivista* pela doutrina posterior, maxime com PARDESSUS<sup>(159)</sup>.

Por força da pressão ideológica anti-corporativa da época, as únicas preocupações que, verdadeiramente, animavam o *code* eram, como se viu: a) permitir o acesso de todos os cidadãos à profissionalidade mercantil, fundando a atribuição da qualidade de comerciante no facto do exercício profissional do comércio (art. 1); b) desvelar e destruir quaisquer suspeitas de favorecimento classista que pudessem levantar-se como a decisão de se manter uma jurisdição autónoma para os conflitos de interesses jurídico-mercantis (art. 631º/1, fundando a competência dos tribunais de comércio em bases *objectivas*).

Foram, pois, as codificações mercantis posteriores e a influência da doutrina *ideologizada* dos comentadores do *code* [PARDESSUS, VINCENS<sup>(160)</sup>, ALAUZET<sup>(161)</sup>, ROGRON<sup>(162)</sup>, ORILLARD<sup>(163)</sup>, BOISTEL<sup>(164)</sup>, THALLER<sup>(165)</sup>,

<sup>(159)</sup> PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 5ª ed., Paris, 1841 (a 1ª ed. é de 1814), págs. 6, 7, 31, 51 e segs.

<sup>(160)</sup> VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique de de commerce*, Paris, 1821, I, pág. 123.

<sup>(161)</sup> ALAUZET, *Commentaire théorique et pratique du code de commerce et de la législation commerciale*, 2ª ed., nº 2985.

<sup>(162)</sup> ROGRON, *Code de commerce expliqué*, 5ª ed., Bruxelles, 1834, pág. 196.

<sup>(163)</sup> ORILLARD, *De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce. Traité de la juridiction commerciale*, Paris, 1855, nº 300.

<sup>(164)</sup> BOISTEL, *Cours de droit commerciale*, Paris, 1890, pág. 27.

<sup>(165)</sup> THALLER, *Traite...*, cit., nº 18.



NOUGUIER<sup>(166)</sup>, WAHL<sup>(167)</sup>, entre outros] que levaram a efeito a pretensão de *substantivizar* a mudança ocorrida, sem se aperceberem de terem *tomado a nuvem por Juno*. Daí que a lógica imanente do sistema se tivesse rebelado contra a artificiosa reconstrução doutrinária da época, provocando as incongruências já assinaladas. Afloram, de resto, *incoerências* subjectivizantes que desmentiram a ideia de o direito mercantil ter deixado de ser aquilo que sempre fora: um direito profissional dos comerciantes – agora empresários – por causa de exigências várias do seu comércio. Assim, pese embora a pretendida *objectivização* do direito comercial este ramo continuou, *in totum* a ser um direito especial *ratione mercaturae*<sup>(168)</sup>.

Em terceiro lugar, as teses *empresarialistas* permitem intuir o significado que assume a *generalização* das normas e instituições do direito comercial, assim como o real alcance da unificação do direito privado (Direito Comercial ↔ Direito Civil), naqueles ordenamentos onde inexiste uma codificação formalmente distinta da do direito civil (Itália, Suíça). No enfoque da teoria da empresa como elemento delimitador da matéria mercantil estas eventualidades assumiram, sem dúvida, uma relevância substantiva e não meramente formal.

Assim, a matéria dos títulos de crédito nem sequer aparecia disciplinada no código comercial alemão de 1897, ao invés do que sucedia no nosso código, onde tomava assento nos revogados arts. 278º e segs. do cód. comercial. A subscrição de letras de câmbio pode ser feita por qualquer pessoa, fora do tráfego

<sup>(166)</sup> NOUGUIER, *Des tribunaux de commerce; des commerçants et des actes de commerce*, I, 1844, pág. 356.

<sup>(167)</sup> WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, nº 44.

<sup>(168)</sup> Também, neste sentido, GIRON TENA, *El concepto...*, cit., pág. 45.

mercantil. Todavia, não pode duvidar-se que se trata de uma figura que responde às particulares exigências do tráfego mercantil, como instrumento ao serviço do crédito comercial a curto prazo.

Pelo que concerne à translação de algumas normas dos códigos de comércio nas codificações civilistas (tanto na Alemanha, em 1900, em Espanha, em 1889, como em Portugal, em 1867 e, depois, em 1966) é preciso ter em conta que, como se referiu, tal foi devido a uma superficial dedução acerca da comercialidade de algumas tão só porque foram acolhidas nas primeiras codificações comerciais pós-napoleónicas (v.g., código comercial espanhol de 1829, o português de 1833, o ADHGB, alemão de 1861). Na realidade, tratava-se de normas intrinsecamente *gerais* ou *comuns*, ainda que provisoriamente enxertadas nessas codificações, que, historicamente, antecederam as restantes codificações do direito civil. E a razão desta eventualidade parece dever-se ao carácter *fragmentário* do direito comercial, especialmente sentido em matéria de obrigações e contratos mercantis. Esta *viagem* de normas e de regime não representou, ao cabo e ao resto, mais do que o reconhecimento da sede natural dessas normas.

Contudo, não pode desconhecer-se a existência de uma substancial *comercialização* do direito civil, que se detecta em todos os ordenamentos que realizaram a unificação formal do direito privado (Itália, Suíça). Este, enquanto *direito comum* tenderá, logicamente, que remodelar-se ao arrimo das necessidades mais *comuns* da realidade económico-social. Necessidades estas que, no fundo, se identificam com as que o tráfego mercantil suscita. O que é assim, na medida em que, por força do sucessivo alargamento da empresa a novos sectores da economia, o tráfego mercantil largamente superou o singular sector económico do comércio.

Até porque, nos casos de unificação do direito privado,

levados a efeito em Itália e na Suíça, o resultado é mais formal do que substancial. No fundo, acabou por se perservar o sistema de um direito especial do *comércio*. Tanto no *codice civile* como no código das obrigações suíço, de 1881, reconhece-se um sistema de normas idêntico ao que se surpreende nos correspondentes códigos de comércio.

Em Itália, os trabalhos de reforma do código civil então vigente, iniciados após a I Guerra Mundial, iam em 1940 no sentido da existência de dois projectos de reforma. Tão só com o projecto ASQUINI de 1940 maturou a ideia de suprimir o código comercial, integrando-o no código civil sob o título *Libro del Lavoro*. A razão de ser desta alteração surpreende-se no facto de as motivações ideológicas considerarem incompatível com a visão corporativa da economia, subjacente ao regime fascista [que intentava, ao tempo, reduzir a luta de classes e os conflitos sociais através da exaltação do trabalho em todas as suas manifestações], a manutenção da distinção direito civil/direito comercial<sup>(169)</sup>. O certo é que, esta *unificação formal* das fontes de direito privado, em Itália, não assinalou o fim do direito comercial como *autónoma categoria do direito privado*<sup>(170)</sup>. No quadro do direito privado italiano – *codice* e leis avulsas – identifica-se, sem

<sup>(169)</sup> Cfr., sobre estas motivações, VASSALLI, *Motivi e caratteri del codice civile*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, 1947, pág. 76 e segs.; ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, pág. 1 e segs.; TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990.

O sistema unificado, vazado no código civil italiano de 1942 – noção genérica de empresário (art. 2082) e referência a outras figuras típicas – não mereceu, desde cedo, o consenso na doutrina, dando azo a vigorosas valorações negativas que, é certo, se foram atenuando com o tempo. Cfr., para uma visão crítica da opção do legislador italiano, VALERI, *Il codice di commercio*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1945, I, pág. 12; FERRO/LUZZI, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, pág. 26 e 30; DE MARTINI, *Corso...*, cit., pág. 36 e segs.; GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 11 e segs. (afirmando que a unificação revelou a intenção apologética do legislador fascista acentuar a função social do empresário); COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 75 e segs e 102 e segs. (acentuando a intenção de se desvalorizar a importância e poder da grande empresa, no sentido da ideia do corporativismo – fascista do empresário – trabalhador; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 13-15 (partilhando a opinião da doutrina que vê na noção unitária saída da reforma de 1942 o produto natural e inevitável de um longo e maturado processo da realidade objectiva do mercado, que não somente no pensamento jurídico).

<sup>(170)</sup> Assim, GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 1 e segs., acentuando, porém, a unificação substancial do direito das obrigações (civis/comerciais).

problemas, um complexo de normas aplicáveis a uma determinada categoria de sujeitos: os *empresários (imprenditori)*, por causa do exercício da sua actividade. Um sistema normativo ordenado segundo os seculares princípios fundadores do direito comercial: a tutela do crédito e da rápida e segura circulação da riqueza. Um sistema que é, naturalmente, fonte de direitos, deveres e sanções diversas – por que *especiais*<sup>(171)</sup>.

Outrotanto sucede em sistemas jurídicos pertencentes ao sistema da *common law*, em cuja tradição jurídica nunca se conheceu a dicotomia formal do direito privado, familiar aos sistemas continentais europeus. Ela reflecte-se, não obstante, no plano científico, num sector que substancialmente coincide com o nosso direito comercial (*Business Law, commercial Law* ou *Mercantile Law*). Recentemente este sector jurídico-mercantil tornou-se visível, formalmente, através do *Uniform commercial code*, que rege enquanto lei uniforme em todo o território federal dos E.U.A., à excepção do Estado da Louisiana<sup>(172)</sup>.

Finalmente, as teses *empresarialistas* assumem relevo se confrontadas com a significação histórica do HGB alemão de 1897, que, como se referiu, atribui relevo, no seu § 2º, ao elemento *organização* da actividade comerciante, para efeitos de atribuição de comercialidade a essa actividade económica.

Vale tudo isto por concluir em quanto a noção de *empresa* contribui e serve de veículo de penetração de novas actividades económicas-profissionais no âmbito de aplicação do direito mercantil. Direito este que é visto como *direito privado da actividade económica das empresas*, conquanto no direito constituído português o direito privado de algumas empresas não seja o direito comercial.

<sup>(171)</sup> Cfr., ainda, CIAN, *Diritto civile commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, I, pág. 523 e segs.; DE MARTINI, *Corso...*, cit., pág. 41 e segs.

<sup>(172)</sup> Cfr., WHITE/SUMMERS, *Uniforme commercial code*, St. Paul (Minnesota), 1991.

No plano dos factos económicos, no início do século XX, pode dar-se por generalizada a expansão do sistema económico capitalista, ao menos, nos países europeus mais desenvolvidos, que entraram, destarte, na denominada fase do capitalismo industrial e financeiro.

No termo desta evolução é a empresa que, como célula organizativa do mercado dos factores de produção, estabelece a ligação com o mercado de bens de uso ou consumo final. Historicamente originária do velho sector do comércio estende, depois, a sua influência às restantes actividades económicas. A transformação da estrutura económica transcendeu o plano dos valores sociais, pois que transportou a *coisificação* do *quid* natural e humano das sociedades em mercadorias. Sómente alguns sectores marginais (profissões liberais, agricultura, artesanato, sector cooperativo) parecem oferecer resistências a este *mobilização mercantilista*.

#### B) A evolução do direito comercial no plano dos códigos comerciais.

A par do processo de generalização das formas de organização empresariais ao conjunto das actividades económicas, operou-se um constante alargamento das fronteiras do direito comercial.

Já se intui, de resto, o carácter aberto da matéria mercantil, detectável, por exemplo, no art. 230º do cód. comercial port. que se aplica por analogia a outras empresas, ou, como preferimos, a comercialidade dessas empresas é simultaneamente a comercialidade do empresário individual que se proponha exercê-las, sendo, também, por isso, decisiva a norma do art. 13º do mesmo diploma, para que o sentido apontado do art. 230º não se perca. Daí que os negócios das actividades das empresas singulares ou colectivas que o art. 230º qualifica como comerciais (com a

consequente qualidade de comerciante do seu empresário), são também os que se presumem negócios profissionais desse comerciante (art. 2º, 2ª parte). Dito de outro modo, independentemente do problema da analogia são empresas comerciais todas as que correspondem a tais características jurídicas de comercialidade, independentemente de estarem ou não enumeradas ou de serem análogas a algumas das que essa norma indica. Parte-se, pois, para compreender este alargamento, da categoria da empresa mercantil para a sua directa extensão analógica, em vez de se considerar esta questão face a actos de comércio em geral (partindo unicamente do art. 2º). E isto porque se parte da constatação que a actual especificidade do direito comercial corresponde a um mercado que já não tem a seu eixo de funcionamento no comércio, mas sim nas organizações empresariais de produção directa de riqueza. Não dependerá, pois, como veremos, a norma do art. 230º daqueloutra a [única que, segundo a doutrina dominante, é a qualificadora] do art. 2º do cód. comercial.

Todavia, sem dúvida que o mais significativo a este respeito foi a introdução, no § 2 do HGB alemão, do conceito de comerciante *por necessidade*, abarcando quem quer que exercesse uma actividade económica profissional através de uma forma de organização *própria dos comerciantes (Sollkaufmann)*.

O *terminus* desta evolução será marcado pela posterior adopção do conceito do comerciante *pela forma (Formkaufmann)*, no direito alemão das sociedades, em finais do século XIX (a Lei das Cooperativas de 1868, *Aktiennovelle*, de 1870 e a GmbHGesetz, de 1892 – lei das sociedades anónimas). Mais tarde generalizado aos restantes ordenamentos do continente europeu [em Portugal, os arts. 162º e segs. já revogados, do cód. comercial; em Espanha, as leis sobre soc. anónimas e de responsabilidade limitada de 1951 e 1953], fez supor a atribuição da qualidade de comerciante-empresário, com base na simples adopção de uma forma social (S.A., Lda., ...) tipicamente concebida, para o normal exercício da actividade da empresa.

Esta expansão da matéria juridicamente mercantil determinou, na prática a inversão profunda significação das relações jurídicas mercantis em face das relações

jurídicas civis, no quadro do direito patrimonial privado.

No plano patrimonial, deixou de se distinguir, nas relações entre direito civil e direito comercial, marcante distinção na sector da produção, pois que existe uma crescente *mercantilização*, emergente do novo sistema económico, do jogo do mercado, que destrói a falácia que afirmava que só o direito civil comum conhecia verdadeiras instituições jurídicas.

Com efeito, o direito comercial que, durante largo tempo, foi o direito especial de um singular sector adentro do conjunto da vida económico-social (o do comércio), converteu-se, hoje, de facto, por efeito da própria expansão da *matéria mercantil*, num direito patrimonial privado de projecção geral. De modo que, o direito civil viu reduzida a sua aplicabilidade a um âmbito residual, que, por razões várias vai resistindo, com maior ou menor denôdo a este processo de *comercialização* da vida económica. O que explica, pelo menos, no domínio do direito das obrigações, a unificação, de natureza substancial, que ocorreu nos ordenamentos suíço e italiano.

Restam, ainda, certamente, de fora alguns sectores económicos residuais, que se têm mostrado avessos – pelo menos, parcialmente – a este processo de *comercialização* do tráfico económico moderno. De facto, a actividade dos profissionais liberais, a exploração agrícola, florestal, pecuária, vitícola, a actividade artesanal, a indústria extractiva (a não ser que sejam exercidas através de formas societárias) ficaram fora do campo de aplicação do direito comercial.

No respeitante ao sector cooperativo produziu-se uma curiosa, por que inesperada, atracção para o campo jurídico-mercantil. Este sector, que tinha emergido de um movimento ideológico-social – o *cooperativismo* – cuja pretensão era, justamente, abolir a figura do comerciante/empresário, na medida em que se considerava supérflua a sua função de intermediação mercado dos factores produtivos, foi o detonador daquele novo conceito

germânico do *comerciante pela forma* que, pela primeira vez surgiu na lei alemão sobre cooperativas, de 1868. Pois que, com o transcurso do tempo começou a ter mais peso e significado a forma da *organização* de actividades económicas, suscitando, por tal, análogas exigências de garantia de crédito.

No plano do conteúdo das normas, o assinalado desfazamento entre as exigências de regulamentação, sentidas na actividade sócio-económica, e a *pobreza* de conteúdo das codificações comerciais, forçou um processo de adopção às exigências do tráfico económico moderno. Processo este que conduziu ao aparecimento de uma profusa e, por vezes, prolixa legislação comercial avulsa. É um processo desagregacionista que se estendeu, a todo o continente europeu. É notório, por exemplo, que as mais representativas instituições do direito comercial estejam, hoje, vazados em legislação avulsa (Sociedades comerciais, actividade bancária e seguradora, recuperação de empresas e falência, actividade de intermediação de valores mobiliários, etc.)<sup>(173)</sup>.

Doutra banda, a pobreza tipificadora dos códigos comerciais do século XIX propiciou o desenvolvimento de um direito de produção autónoma, que se detectou, desde cedo, naquelas zonas – contratação, organização da empresa – onde a configuração da autonomia privada e da liberdade negocial, com os poderes de *posições de domínio*, melhor poderia frutificar.

De facto, no domínio empresarial a generalização da utilização de *cláusulas contratuais gerais* e de *contratos-tipos* conduziu à formação de um novo *direito especial da economia* (GROSSMANN/DOERTH) que, frequentemente se antecipa ao legislador, no processo de tipificação legal.

<sup>(173)</sup> Cfr., para mais exemplos, GIRON TENA, *Tendencias generales...*, cit., pág. 125 e segs.

É sabido que as *cláusulas contratuais gerais* são uma componente indispensável do conjunto de medidas organizatórias, de carácter técnico, administrativo e jurídico, que a empresa tem, inevitavelmente que tomar, como condição de sobrevivência e rentabilidade. A empresa ao usar *c.c.g.* racionaliza, simplificando ou acelerando o processo de contratação (v.g., furtando-se à negociação, obtem, logo ai, ganhos consideráveis, através da redução dos custos de contratação)<sup>(174)</sup>. Ademais, num sistema de produção e distribuição tecnicizado, assiste-se a formas complexas de cooperação e associação (v.g., contratos de *know-how*, assistência técnica, *francising*, *factoring*) e, conseqüentemente, a um florescimento explosivo de novos tipos contratuais e, muitas vezes, a *figuras híbridas*: contratos inominados, contratos mistos; ora através da pré-formulação de *c.c.g.* podem facilmente enquadrar-se estes processos contratuais *criativos*. Além disso, o emprego de *c.c.g.*, propicia, exponencialmente, um meio de obtenção de ganhos, traduzidos no favorecimento da posição jurídica das empresas que as utilizam [v.g., atribuindo-se o poder de denunciar ou resolver, mais ou menos irrestritamente, os contratos, de elevação de preços, de irresponsabilidade por factos ilícitos, com dolo ou mera culpa, de certificação unilateral das qualidades da mercadoria, etc.]. Tudo no sentido da maximização dos lucros<sup>(175)</sup>.

No sector da organização das empresas, o espaço reservado ao poder de conformação estatutária das sociedades abriu um campo de atipicidade societária. É que, se o carácter económico da actividade societária parece, obviamente, inerente à natureza comercial dos actos de comércio que, por definição, constituem objecto das sociedades comerciais [cfr., art. 1º do cód. das soc. comerciais port.], pode ser mais ou menos duvidoso considerarem-se como verdadeiras *sociedades* vários tipos de entes associativos [v.g., sociedades de administração de bens imobiliários próprios,

<sup>(174)</sup> Cfr., ULMER/BRADNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*, cit., 6ª ed., 1990, pág. 19.

<sup>(175)</sup> Já, assim, MOTA PINTO, *Contratos de adesão...*, cit., pág. 120; também, SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, cit., pág. 60.

sociedades de administração de bens alheios, os fundos de investimento mobiliários, os fundos de pensões, os fundos consignados, sociedades gestoras de compras em grupo, etc.].

Igualmente se assistiu a um processo de *fragmentação* de direito marítimo. Com efeito, em parte devido à inércia histórica e, noutra parte, por força das características do tráfego marítimo existentes no século XIX – não havia outra marinha, para efeitos de transporte, que não fosse a mercante – incluiu-se o direito marítimo nas codificações juscomerciais<sup>(176)</sup>, considerando-se a actividade naval como uma subespécie da actividade comercial. Todavia, o posterior desenvolvimento jurisprudencial e legislativo estendeu a aplicação do direito marítimo contido nesses códigos a actividades navais não comerciais [v.g., investigação oceanográfica, exploração do subsolo do mar, para fins de extracção de recursos minerais nas plataformas continentais, navegação de recreio, etc.]<sup>(177)</sup>. O que vale por afirmar o verdadeiro fundamento da especialidade do direito marítimo: os *riscos* inerentes ao exercício da navegação marítima<sup>(178)</sup>.

## I - A Formação do Direito Industrial.

### A) O reconhecimento da propriedade industrial.

A deslocação do centro de gravidade da vida económica do comércio para a indústria desencadeou, no apogeu do

<sup>(176)</sup> Cfr., arts. 485º e segs. do cód. comercial.

<sup>(177)</sup> Este processo foi, aliás, notório na Alemanha. Cfr., WÜSTENDÖRFER, *Neuzeitliches seehandelsrecht*, Tübingen. 1950, pág. 42-43.

<sup>(178)</sup> Este processo de *substantivização* do direito marítimo conduziu em Itália à promulgação de um código da navegação (1942), onde se consagra a autonomia formal desta disciplina, primeiro passo de uma unitária sistematização do direito marítimo e aéreo. O que se fez, note-se, a par da supressão formal da autonomia do direito comercial italiano.

liberalismo, uma corrente que reivindicava a protecção da empresa. Ou seja, pretendeu-se uma especial protecção dos elementos imateriais inerentes à organização da empresa [relações com a clientela, o aviamento, etc.], maxime, as de carácter industrial. Adentro da actividade estadual-liberal de fomento à actividade económica e social deu-se resposta a estas exigências através da promulgação de legislação que configurava direitos de exclusivo sobre a utilização económica das invenções industriais e dos sinais distintivos, permitindo, por conseguinte, a apropriação individual desses valores económicos. Proclamada a liberdade absoluta do comércio e da indústria, o reconhecimento destes direitos de exclusivo, que, sem dúvida, representam uma restrição àquela liberdade de iniciativa económica, funda-se no *direito de propriedade*. O que bem se compreende se nos situarmos no interior da lógica do sistema sócio-económico vigente que não admite outra possibilidade de gozo exclusivo de utilidades que não se funde no reconhecimento inicial de um direito sobre coisas, o mais lato, o direito de propriedade<sup>(179)</sup>.

Deste modo, ao arrimo da ideologia jusnaturalista, que informava a *ambience* do período da Ilustração, abriu-se caminho, nos sistemas continentais europeus, ao reconhecimento do direito de propriedade sobre as criações do espírito humano que, tal como as outras *coisas* não se concebe senão como um *direito natural* e originário do homem. Além da propriedade *intelectual* reconhece-se, também, a *propriedade industrial*, esta a abranger as invenções susceptíveis de utilização na indústria e bem assim os sinais distintivos do comércio (marca, firma, etc.).

O direito de exclusivo sobre as invenções industriais (patentes) é reconhecido como direito originário de propriedade na Lei

<sup>(179)</sup> Cfr., HUBMANN, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 4ª ed., München, 1981, pág. 17 e segs.

*chapelier* de 1791, na qual a Assembleia revolucionária francesa aboliu o sistema das corporações e privilégios, decretando a liberdade de comércio e indústria<sup>(180)</sup>.

Pelo contrário, no direito anglo-saxónico, estes direitos foram perspectivados enquanto concessão do Estado, excepção ao princípio da liberdade de comércio e industria. Apresentam, pois, uma concepção mais restritiva do que aquela que os configura como formas do direito de propriedade<sup>(181)</sup>.

#### B) A conformação do regime da concorrência desleal

O reconhecimento de um direito, por natureza excludente, sobre os sinais distintivos do comércio (marcas, nome do estabelecimento, insígnia) foi, pouco depois, seguido por um regime complementar mais amplo. Justamente o que tende a reprimir aquelas condutas susceptíveis de lesar ou defraudar o núcleo vital da organização empresarial. Começam-se, pois, a sancionar aqueles comportamentos *ilícitos, desleais*, nos termos do código deontológico da própria profissão mercantil.

A resistência em se admitir novas restrições à liberdade de indústria e comércio, levou a que este novo regime *proteccionista* buscasse, inicialmente, fundamento dogmático, nos princípios atinentes à responsabilidade civil por factos ilícitos (*ex delicto*).

<sup>(180)</sup> Sobre isto, cfr., CHAVANNE, A./BURST, J.-J., *Droit de la Propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 25-26; CASALONGA, *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, 1949, T. 1, nº 10 e segs, pág. 21 e segs.

<sup>(181)</sup> Assim, MENENDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988, pág. 27 e segs.

O princípio *neminem laedere* estende-se, assim ao conjunto da organização empresarial, em face de certas agressões ocorridas no normal desenvolvimento das relações de livre concorrência. Comportamentos que ofendem as normas de deontologia profissional e os bons usos comerciais, que o mesmo é dizer, a prevalência da ética social no ambiente da actividade empresarial, a tutela dos valores do próprio sistema e o seu adequado enquadramento inter-empresarial<sup>(182)</sup>.

A lei alemã de 1909 representa, neste sentido, um modelo histórico, seguido pela maior parte das legislações europeias assim como no quadro das convenções internacionais (vide, o art. 10º do Convénio da União de Paris, segundo a revisão de Lisboa de 1958).

### C) Relações com o Direito Comercial tradicional.

Estes sectores, que integram o designado (pela doutrina alemã e italiana) *direito industrial*, passaram, pouco a pouco, a integrar as obras de sistematização geral do Direito Comercial. Na verdade, esta afinidade estabelece-se com base na função *individualizadora* da Empresa (o seu titular, os seus produtos, a sua rede) que é desempenhada pelos sinais distintivos do comércio e, complementarmente, pelo regime da concorrência desleal.

O mesmo não sucede, todavia, com o *direito das patentes*, inicialmente, conexas, pela doutrina, com o direito económico-administrativo, por aquilo que representava nas políticas de fomento estaduais, mediante a

<sup>(182)</sup> Cfr., para mais desenvolvimento, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito Português da concorrência...*, cit., pág. 584 e segs; CAMPBELL, A., *The Competition Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 1980, pág. 91 e segs.

organização de serviços de *registo da Propriedade Industrial*. Por outro lado, no enfoque dogmático da doutrina civilista, era, por vezes, vista como uma forma de propriedade especial, a par da propriedade intelectual.

Tão só mais recentemente o *direito das patentes* é objecto de estudo sob o prisma da sua conexão com o moderno sector do direito económico do mercado, ingressando, por essa via, no sistema do direito comercial actual.

Na doutrina alemã, que se manteve fiel à concepção de direito comercial do código, como direito especial em sentido formal (*Sonderrecht*) dos comerciantes, todo este domínio (patentes, marcas, concorrência desleal) foi objecto de específico tratamento doutrinal: o direito industrial (*Gewerbrecht*). Sómente a *firma*, colorida de carácter jurídico-pessoal, é objecto de expressa regulamentação no código comercial (§ 17 e segs.).

Posteriormente, na moderna doutrina alemã, operou-se uma reestruturação na sistemática desta matéria, em grande medida, por causa do novo sector do direito *institucional* económico do mercado (a leis sobre práticas restritivas da leal concorrência).

Tanto na doutrina italiana, espanhola e portuguesa, estas matérias vêm, normalmente, tratadas nas obras de Direito Comercial, conquanto sem que claramente se esclareça as conexões que justificam semelhante inserção.

### II - O direito económico e o direito comercial.

O reflexo normativo da atitude mais intervencionista do Estado na economia produziu-se, basicamente, na mesma zona da realidade económico-social regida pelo direito privado, maxime, o tradicional direito comercial. O surgimento deste novo tipo de disciplina projecta-se na ordenação da actividade económica sob o ângulo dos interesses gerais da colectividade. E, neste sentido, o direito

económico é expressão do poder de direcção e intervenção do Estado na Economia. É, pois, um direito da organização do processo económico que decorre de acordo com as leis do mercado. E propicia, além disso, a esquematização dos meios legítimos de intervenção do Estado na economia<sup>(183)</sup>.

Adentro deste novo direito da economia distingue-se um direito constitucional económico – ou, se se quiser, o direito geral da Economia (FIKENTSCHER) – onde se contêm os princípios fundamentais da ordenação da economia, e os limites e fundamento dos poderes do Estado em face dos direitos dos particulares, relativamente à actividade económica<sup>(184)</sup>.

Por outra parte, subsiste todo um sector inorgânico de direito económico-administrativo – ou direito económico especial – que agrupa todas as manifestações normativas do intervencionismo estadual na economia, de jaez corrector.

Na verdade, o direito comercial tradicional subsiste na medida em que o Estado fez (e tem mantido) uma opção deliberada em favor da preservação da economia de mercado, mediante um sistema de ordenação da economia que se fundamenta na liberdade da iniciativa económica dos agentes (empresas e famílias). Este faz, igualmente, prolongar a vigência e eficácia do direito comercial. Porém, é agora, mister saber como se relaciona este direito privado especial das empresas (ou, de *iure condito*, de grande parte delas) com o novo direito económico – expressão das formas de actuação do Estado hodierno no domínio da organização e da direcção económicas.

<sup>(183)</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, cit., pág. 7 e segs.

<sup>(184)</sup> Cfr., WEIMAR/SCHIMIKOWSKI, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1983, pág. 11 e segs.; BOHLING, W., *Wirtschaftsordnung und Grundgesetz*, 1981, pág. 2 e segs.

A constituição económica (arts. 80<sup>o</sup> e segs. da Constituição da República Portuguesa) opera como conjunto concatenado de princípios básicos do direito da economia que têm a vocação de, para cada caso, se concretizarem em novas soluções concretas.

Em primeiro lugar, o desenvolvimento do sector empresarial do Estado, de algum significado na economia moderna, coloca a questão de se submeter total ou parcialmente, o regime das empresas públicas ao direito comercial. Na medida em que a empresa pública, ao menos no plano teórico, deve tendencialmente submeter-se às mesmas regras de jogo da empresa privada, suscita-se a sujeição da mesma ao direito comercial. Em face das exigências do tráfico económico privado surgem, por isso, algumas resistências em sujeitar o Estado-empresário às normas atinentes ao *status* do comerciante-empresário, tradicionalmente individualizado em atenção ao escopo lucrativo.

A resposta final encontrar-se-à mais tarde, como veremos, sujeitando certas empresas públicas às normas do direito comercial.

Em segundo lugar, no que concerne ao direito económico-administrativo, de sinal *intervencionista*, que hoje se projecta sobre alguns sectores do tráfico empresarial (v.g., critérios de que defende o licenciamento de grandes superfícies – hipermercados, *cash and carry*) não se confunde ele com as fronteiras do direito comercial. De facto, o direito económico organiza e dirige a actividade económica sob a perspectiva da sua significação para os interesses colectivos da economia nacional. E fá-lo mediante técnicas jurídico-publicistas, num plano de supra-infraordenação. Já o direito comercial usa mecanismos jurídico-privados de actuação e ordenação das relações intersubjectivas, num plano horizontal de igualdade e liberdade.

Todavia, especiais problemas de fronteiras coloca o direito da concorrência. Trata-se de um sector normativo charneira, a meio caminho do direito público e do direito privado. Por quanto intenta disciplinar e preservar, simultaneamente, o sistema de



mercado, como forma de organização da actividade económica e social e, doutra banda, tutelar e fazer efectivas as liberdades económicas individuais<sup>(185)</sup>.

No fundo, o direito da concorrência, o direito das *práticas restritivas da concorrência* não vem senão do que prolongar os limites institucionais que, tradicionalmente, e colocavam ao reconhecimento da autonomia privada.

Esta ideia vem nítida no pensamento do legislador alemão do código alemão quando, na Exposição de Motivos do *BGB*, para fundamentar o seu §138, 1 – que se refere aos *bons costumes* como fronteira da liberdade negocial – declara abertamente a sua intenção de incluir aí os acordos restritivos da concorrência.

Este sentido institucional é, igualmente, patente no nosso ordenamento, no preâmbulo do Decreto-lei nº 371/93, de 29 de Outubro se refere a *nova ordem nacional e internacional*, ou quando afirma que *o presente diploma visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização (...) contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura (...) para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social (...) e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores*. É pois, um diploma que adere à teoria da *concorrência-meio*, ou seja, admite o seu sacrifício quando os superiores interesses da economia o determinem (art. 5º, do referido diploma).

Este sentido institucional da disciplina contida neste direito das práticas restritivas da concorrência justifica, pois, a sua *atração* pelo sistema do direito comercial actual.

<sup>185)</sup> Neste sentido, a doutrina coloca especial ênfase na função *político-social* de tutela da liberdade económica individual que o direito da concorrência deve cumprir. Cfr., por todos, EMMERICH, *Artellrecht*, 5ª ed., München, 1988, pág. 5; SCHÖNWITZ/WEBER, *Wirtschaftsordnung...*, cit., pág. 218.

No plano da técnica jurídica cumpre assinalar que neste normativo se combinam os meios de actuação privatísticas (v.g., a nulidade dos acordos e práticas concertadas entre empresas, as acções de indemnização, nos termos gerais) e publicísticas (v.g., notificação de operações de concentração de empresas, oposição de concentração por parte da tutela ministerial, recursos para o supremo tribunal administrativo, aplicação de contra-ordenações).

Demais que, deve constatar-se que o direito das práticas restritivas da concorrência permite reorientar o sentido da conexão do direito industrial com o direito comercial. É que, hoje, esta concatenação estabelece-se, preferentemente, através do *fio condutor* da concorrência. O regime da concorrência desleal revê-se, para além da sua configuração técnico-privatista, num significado *jurídico-institucional*, à luz do interesse geral e no quadro do sistema de mercado. O que exige que o direito da concorrência promova o valor da leal concorrência não só quantitativa mas, também, qualitativamente. Daí a completaridade do regime da concorrência desleal em face do das práticas restritivas da concorrência<sup>(186)</sup>.

### C) O Direito Comercial e as alterações na concepção do direito privado.

#### I - As políticas intervencionistas e a conformação do moderno direito comercial.

As bases *individualistas* do direito privado têm, nas últimas décadas, se alterado no sentido do reforço, por um

<sup>(186)</sup> Neste sentido, FRANCESCHELLI, *Diritto industriale*, parte generale, vol. I, 2ª ed., Milano, 1961; FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München, Berlin, 1958, pág. 226 e segs.; FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, cit., vol. II, pág. 367, 409, 410; MENENDEZ, A., *La competencia desleal...*, cit., pág. 91-92.

ado, da vertente tutelar-ordenadora e, por outro, do crescente relevo dos interesses colectivos na conformação das suas instituições.

Tem este movimento se traduzido, desde logo, na imposição de novos limites à autonomia privada. Limites que são vistos enquanto prolongamento das tradicionais barreiras do *contra legem* (ordem pública, bons costumes, boa fé e, por último, o abuso de direito). Mas, outras vezes, traduzem-se, estas restrições numa ordenação dirigista das relações jurídicas em certos sectores da contratação, a fim, já se vê, de proteger o contraente mais débil, em face do programa e dos equilíbrios contratuais. Tal sucedeu, no início do século XX com o direito do trabalho<sup>(187)</sup>. Depois, com a *função social* do direito de propriedade e o alargamento do regime da responsabilidade civil pelo risco (v.g., acidentes de viação, acidente de trabalho, do Estado, do produtor por danos causados por produtos defeituosos, do prestador de serviços).

Porém, mais significativo é o postulado, que caracteriza a actuação do hodierno Estado de Direito Social no sentido de um dirigismo interventor, através da promoção dos *interesses colectivos* e dos *interesses difusos*. O que se detecta, por exemplo, nas políticas de democratização social do processo económico a nível das empresas e do mercado (na protecção dos interesses do consumidor). E, também, na protecção do património paisagístico-cultural e do ambiente. Assiste-se, assim, a um processo de *publicização* do direito privado. A clássica fisionomia *individualista* e politicamente *neutra* do direito privado, deu lugar a uma nova concepção onde as instituições jurídico-privadas se analisam e disciplinam sob o prisma da sua *função*.

<sup>(187)</sup> Cfr., no domínio juslaboral, LOBO XAVIER, B da G., *Curso...*, cit., pág. 55 e segs.

Defende-se<sup>(188)</sup>, até, que o direito privado deve abandonar a sua tradicional *neutralidade* e assumir uma *função político-social*, de conformação da ordem económica e social, que, ainda hoje, só se considera reservada ao direito público. Até, porque, o carácter geral e abstracto das normas, o proclamado princípio da igualdade e da liberdade na contratação não raro revestem puro carácter formal, ocultando flagrantes desigualdades e desequilíbrios contratuais. É que, essa pretendida liberdade e igualdade só era materialmente usufruída por grupos sociais economicamente privilegiados, a cujo soldo estava, afinal, aquele direito supostamente *neutro*.

A superação da tradicional concepção individualista do direito privado por esta nova orientação de sinal *social* e *institucional* encontra apoio na própria constituição. Em particular quando ela é a expressão da extensão do pensamento do Estado de Direito material à ordem do trabalho e dos bens patrimoniais. E tanto assim é que insiste ela na importância da *pessoa humana*, integrante de uma sociedade, livre, justa e solidária, alargando o pensamento da justiça material aos bens culturais (arts. 73º/2 e 3, 74º/1, 2 e 3, 76º/1, 78º/2, a), à ordem do trabalho (arts. 9º/d, 53º e segs.), à tutela dos consumidores (art. 60º) e à ordem dos bens patrimoniais, onde se inclui a empresa (arts. 81º/a, b, c, d, e 1, 82º/1, 89º/2/4, 90º, 96º e 97º)<sup>(189)</sup>.

Conquanto alguns destes domínios não gozem de eficácia directa e imediata, nos termos do art. 18º da Constituição, isso no mínimo, fará com que as *funções* do estado à luz destes preceitos, alterem *qualitativamente* a ordem económica e social existente. Constituem, pois, um *limite* e um *impulso* para o legislador, exigindo positivamente (ao legislador, aos poderes públicos e

<sup>(188)</sup> Vide, para uma síntese desta questão na doutrina alemã, ZÖLLNER, *Die politische Rolle des Privatrecht*, in *Juristische Schulung*, 1988 (5), pág. 329 e segs., esp. 333-335.

<sup>(189)</sup> Cfr., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 393 e segs. e 478 e segs.

aos tribunais) a prossecução – num sentido juridicamente directivo – de políticas e da interpretação das leis conforme às normas concretamente impositivas da Constituição, no sentido da reorientação, *in casu*, do direito privado.

E, de facto, este processo de publicação do direito privado fez-se sentir em vários sectores do direito comercial.

Em primeiro lugar, no domínio da actividade empresarial, descortina-se uma tendência geral de alteração dos pressupostos da imputação da responsabilidade extracontratual ao comerciante-empresário. Tudo isto para fazer frente às crescentes exigências de cobertura indemnizatória dos danos causados por novas fontes de risco geradas pela hodierna sociedade tecnológica. Daí que se venha, hoje, a responsabilizar o produtor (i.e., fabricante e o produtor aparente) independentemente de culpa sua, pela violação do dever de organização do seu processo produtivo, em consequência da qual a emissão no mercado de produtos defeituosos causa danos aos consumidores. Trata-se, pois, da violação de um *dever de organização*. E de organização da empresa (*Unternehmensorganisation*)<sup>(190)</sup>.

O regime do Decreto-lei nº 383/89, consagra uma responsabilidade objectiva relativa de cujo regime se destaca: a) exclusão da responsabilidade pelos chamados *riscos de desenvolvimento*, ou seja, defeitos desconhecidos e imprevisíveis no estado da ciência e da técnica contem porâneo à colocação em circulação do produto defeituoso (art. 5º/e); b) irressarcibilidade dos danos causados ao próprio produto defeituoso e em coisas utilizadas para fins profissionais (art. 8º/1); c) dedução de uma franquia de setenta contos, nas hipótese de danos provocados em coisas diversas do produto defeituoso, desde que sejam normalmente destinadas e usadas pela vítima principalmente

<sup>(190)</sup> Assim, FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, 7ª ed., Berlin, New York, 1985, § 103 IV 2 b; entre nós, no mesmo sentido, CALVÃO SILVA, *Responsabilidade...*, cit., pág. 432.

para fins privados (art. 8º/2); d) limite global de dez milhões de contos, em caso de morte ou de lesão de várias pessoas, proveniente de produtos idênticos que tenham o mesmo defeito (art. 9º); e) concurso de culpa do lesado, mas não já de acto de terceiro (art. 7º); f) inadmissibilidade de cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade perante a vítima (art. 10º); g) limite temporal de responsabilidade – 3 e 10 anos (arts. 11º e 12º); h) responsabilidade solidária se forem vários os sujeitos responsáveis (art. 6º); i) coexistência e concorrência deste regime com o direito comum das responsabilidades contratual e extracontratual (art. 13º).

Relativamente, ainda, à organização jurídica da empresa deve destacar-se as tendências que apontam para a *institucionalização da grande empresa*, no sentido de vincular o poder de direito ao serviço de interesses sociais e colectivos. Ao mesmo tempo, postula-se uma maior *democratização social* adentro da empresa, reclamando-se uma mais intensa *participação*, seja no controlo do poder de direcção, seja no plano da *informação*, dos diferentes círculos de interesses ligados ao destino da empresa (consumidores, trabalhadores, fornecedores, futuros accionistas, se a empresa se incluir numa sociedade comercial anónima)<sup>(191)</sup>.

Por outro lado, no domínio da contratação mercantil assume cada vez mais significado a tendência legislativa que, desde há algumas décadas, intensifica o *controlo de conteúdo* das cláusulas contratuais gerais, seja judicial seja administrativamente (v.g., França). Tal é o que acontece, entre nós, com o Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro.

<sup>(191)</sup> À imagem da maior ou menor intensidade que pode revestir esta tendência – cuja expressão mais acabada se manifesta no direito alemão, naquilo que se considera a *nova constituição da grande empresa (Unternehmensverfassung)*, segundo um modelo de co-gestão já aí acolhido há muitos anos – e a forma que venha a adotar, na definitiva configuração do direito europeu das sociedades, o certo é que, este processo de *institucionalização* da grande empresa é uma tendência que pode dar-se por generalizada, conquanto em graus e manifestações diversas. Cfr., por exemplo, o DL nº 157/86, de 15-6 (que, previa a participação dos trabalhadores no conselho Administrativo da empresa pública ENATUR), já revogado pelo DL nº 151/92, de 21-7.

O ponto de partida desta tendência foi o código civil italiano de 1942 (arts. 1341, 1342, 1370), seguindo-se a legislação israelita, de 1964. Após o que preponderou o modelo sueco [seguido pela Dinamarca<sup>(192)</sup>, Finlândia<sup>(193)</sup> e Noruega<sup>(194)</sup>], e alemão, este de 1976 (*AGB-Gesetz*), tecnicamente um dos melhores modelos legais de controlo. Em França, o controlo administrativo das C.C.G. vigora desde 1978 (sem prejuízo de, após a Lei de 5-5-1988 se poderem intentar judicialmente, por associações representativas dos consumidores, acções tendentes à cessação de utilização de certas cláusulas)<sup>(195)</sup>. No ordenamento inglês, esta disciplina remonta a *Unfair contract terms*, de 1977. E sem que se esqueça a proposta de directiva de 28-9-1990, da comissão, no sentido da harmonização das, hoje, múltiplas leis, que, sobre a matéria regem, nos países da actual União Europeia<sup>(196)</sup>.

Este paradigma de *publicização* do direito comercial manifesta-se, ainda, nas modernas orientações no quadro do sector falimentar. Neste domínio, têm-se dado prioridade à reorganização das empresas sobre o tradicional interesse de liquidação do património do devedor-comerciante, conquanto

<sup>(192)</sup> Que, pela primeira vez, introduziu *listas negras* de típicas cláusulas contratuais gerais a expurgar do conteúdo dos singulares contratos.

<sup>(193)</sup> Cfr., WILHELMSSON, Th., *Standardartal*, Vammala, 1984.

<sup>(194)</sup> Cfr., SELVIG, E., *Knops oversikt over Norges Rett*, 9ª ed., 1987. Para a experiência sueca, cfr., HASTAD, T., *Par. 36 Avtalslagen i praktiken*, in *Konsumenträtt och ekonomi*, 1985 (2), pág. 132 e segs.; MADSEN, P. B., *Om samapillet mellem aftalelovens par. 36 og markedets foringslovens regler*, in *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1980, B, pág. 117 e segs.; *idem*, *The impact of consumer law on the law of contracts in Denmark*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1984, pág. 83 e segs.

<sup>(195)</sup> CALAIS-AULOY, J., *Les actions en justice des associations de consommateurs*, Dalloz, 1988, pág. 193; BIHL, L., *La loi du 5 Janvier 1988 sur l'action collective des organisations de consommateurs*, *Gazette du Palais*, Maio, 1988, pág. 2 e segs.; MORINI, A., *L'ation d'interet collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 Janvier 1988*, in *Group actions and consumer protection*, org. por Th. BOURGOIGNIE, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1992, pág. 57 e segs.

<sup>(196)</sup> sobre esta proposta de directiva, vide, BRADNER, H. E./JULMER, P., *The Community Directive of Unfair terms, in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission*, in *Common market Law Review*, (28), 1991, pág. 647 e segs.

assim se *prejudiquem* os interesses das partes em conflito (devedor e credores). E isto na medida em que se toma em consideração os interesses gerais atinentes à conservação das empresas, como valor social e institucional digno de tutela.

Era já esta a teleologia do Decreto-lei nº 177/86, de 2 de Julho e que permanece, embora mais atenuada, no Decreto-lei nº 132/93, de 23 de Abril, no que toca aos designados *meios de recuperação da empresa* (e de protecção dos credores).

Com efeito, quer os *objectivos repressivos* (França, Itália, Bélgica, Grécia), quer os objectivos de protecção dos credores (Alemanha, Suíça, Inglaterra, Holanda) normalmente, perseguidos no domínio do direito falimentar, tendem, hoje, a ser, moderadamente revistos. Este processo que teve a seu expoente na reforma do direito francês em 1985, já corresponde à projectada reforma, da *Ley concursal*, ínsita no Anteprojecto de 1983. A tensão entre a inevitável *racionalidade do mercado* e o interesse em recuperar a empresa é de difícil resolução, maxime, naqueles países cujo objectivo tradicional, na falência, é a protecção dos credores (isto mesmo reconhece a comissão Alemã para o Estudo e reforma do direito falimentar)<sup>(197)</sup>.

## II - O direito comercial sob o ângulo da protecção do consumidor

Como já se significou, a evolução do sistema de economia de mercado empobreceu a posição jurídica dos consumidores. Na fase actual do capitalismo *maduro* ou do *pós-capitalismo* a suposta soberania do consumidor, no ângulo da liberdade negocial (*se contratar; como contratar; com quem contrata*) é pura utopia. Já não é o consumidor que se dirige, de acordo com as reais necessidades, ao produto ou ao serviço; é, ao invés o produto ou o serviço

<sup>(197)</sup> *Erstes Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, 1985, pág. 162 e segs.

padronizado e em série que, publicitado, propagandeado e exaltado, vai ao encontro do cliente anónimo, massificado e tipificado.

Vários são os factores que contribuíram, especificamente, para esta crescente *degradação* da posição do consumidor no mercado.

1. A concentração, tanto vertical como horizontal das empresas, provocou um sensível empobrecimento das fontes de informação de que o consumidor dispunha. Precisamente, quando a complexidade técnica e a homogeneização dos produtos oferecidos no mercado reclama uma informação e aconselhamento mais *densos* ou exigentes.

De um lado, os mecanismos de *integração vertical* do comerciante, na rede comercial do próprio produtor ou fabricante, reduziu e tornou menos fiável a informação tradicional fornecida ao consumidor.

Por outro, a impessoalidade que se detecta nas grandes organizações comerciais de distribuição (hipermercados, cadeias de distribuição, cash and carry), emergente dos processos de *concentração horizontal*, impede que o consumidor possa contar com outra informação fiável que não seja a da sua própria experiência de consumo ou a de outros consumidores.

1.2. Demais que, a irresponsabilidade das fontes originárias dos danos – situadas na organização do produtor ou fabricante – dificultou o acesso ao direito por parte dos consumidores, para a respectiva ressarcibilidade, pois que o consumidor tinha, no domínio da responsabilidade civil por factos ilícitos que alegar e provar a *culpa* do lesante. Prova que, neste domínio para além do princípio da *relatividade dos contratos* (i.e., a impossibilidade de extensão dos direitos contratuais do consumidor-adquirente não só perante

o comerciante-vendedor, mas também contra terceiros, v.g., o produtor, o grossista) é difícil, a exigir, não raro, a intervenção de peritos, intervenção que o consumidor individual não requererá, por regra, em virtude das despesas que acarreta<sup>(198)</sup>.

1.3. A par disto, ocorreu uma mudança de estratégia de mercado, por parte das empresas. Não é difícil constatar como estas reorientaram a sua rendibilidade para o sector do consumidor, onde encontram menores resistências, do que no mercado das matérias-primas ou no sector laboral. De facto, mediante a diversificação *artificial* dos produtos, a deliberada redução da sua vida útil, as sofisticadas técnicas publicitárias ou de promoção de vendas, as empresas e os profissionais comerciantes-empresários, logram vantagens na estrutura das necessidades do consumidor. Tudo o que, aliado à crescente complexidade dos produtos da hodierna civilização tecnológica, comporta uma constante redução da esfera autónoma e racional do consumidor.

Demais que, o carácter difuso (no sentido de necessidades básicas, individualmente sentidas) dos interesses susceptíveis de aglutinar a colectividade dos consumidores, não favorece os processos associativos de autoprotecção.

Não deixa de ser significativo contatar como a degradação da posição económico-social do consumidor ocorre a par da relativa estabilidade dos conflitos laborais. É que as empresas tendem a repercutir os aumentos de salários e os preços finais de venda e na qualidade dos produtos; donde, fazê-los sempre recair sobre a colectividade dos consumidores.

<sup>(198)</sup> Cfr., por exemplo, CAS/FERRIER, *Traité...*, cit., nºs. 266 e 267; PELSTER, *The contractual aspects of consumer protection: recente developments in the law of sales warranties*, in Michigan Law Review, 1966, pág. 1443; PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 48ª ed., München, 1989, § 823, 16; CALVÃO SILVA, *Responsabilidade civil...*, cit., pág. 283 e segs.

Tudo aponta, pois, para uma inversão do sentido – originariamente pensado – das relações entre e consumidores no mercado económico. Estes deixam de ser os *soberanos* para se assumirem como *súbditos*.

E este processo adquire uma dimensão social insuspeitada. A degradação da posição sócio-económica e jurídica do consumidor é reflexo de um paralelo processo de deterioração geral dos valores essenciais da vida em sociedade, para o qual o consumidor tem contribuído mais ou menos irreflectivamente. O que sucede na medida em que este não toma em consideração, quando contrata, os custos sociais ligados à produção de certos bens por ele utilizados. A sociedade *opulenta* do nosso tempo tende, cada vez mais, a oferecer a imagem de uma massa de perceptores de massa monetária *condenados* a utilizá-la na aquisição de produtos e serviços que, não raro, contribuem para a degradação da qualidade de vida<sup>(199)</sup>.

2. A protecção do consumidor converteu-se, deste jeito, num dos *leit motiv* da política do Estado de Direito Social.

As origens desta política costumam situar-se no discurso do presidente *J. F. Kennedy*, em 1962, onde se definiram aqueles que viriam a converter-se nos quatro *direitos fundamentais do consumidor*: segurança, informação, participação e acesso ao direito.

Na década de setenta, esta política penetrou no complexo de objectivos dos Estados europeus. Os seus antecedentes remontam à carta do consumidor, promulgada pelo Conselho da Europa em 1973.

Ainda nessa década a, então, *CEE* começou a prestar atenção crescente aos problemas do consumo. Em 1973 é criado o Comité consultivo dos consumidores. A partir de 1975 formularam-se

<sup>(199)</sup> Sobre isto, vide, por exemplo, JACQUES CAROUX, *Quel monde pour l'homme de masse?*, in *Esprit*, 1980, pág. 80 e segs.; GALBRAITH, *A sociedade de abundância*, (trad. port.), Lisboa, 1963; BAUDRILLARD, *A sociedade de consumo*, (trad. port.), Edições 70, pág. 98 e segs. (a 2ª ed. é de 1986); HOLLIS, *Economic man and original sin*, in *Political Studies*, 1981, pág. 167 e segs.

sucessivos programas de acção, no enfoque da protecção do consumidor. Assim, ao *primeiro programa* de 14-4 de 1975, seguiu-se um *segundo programa*, em 1981, que aprofundou o significado da política de protecção e informação dos consumidores, numa época de crise (DOCE nº C 133 de 3-6-1981); ao que se seguiu a Resolução do Conselho de 23-6-1986, sobre a orientação futura da política da *CEE* na protecção e fomento dos interesses dos consumidores, que aprovou o documento da comissão intitulado *novo impluso à política de protecção dos consumidores*, de 7-5-1985, onde se salientava o objectivo de atingir um *mercado interior*, sobretudo no que toca à melhoria da qualidade dos produtos, da agricultura, da sã concorrência e transportes; além da Resolução do Conselho de 15-12-1986, sobre a integração desta política, nas demais políticas comuns.

No domínio estadual, a política de protecção dos consumidores recebeu expressa consagração constitucional, enquanto *princípio jurídico fundamental objectivo* (que não, nos casos de particulares situações sociais de necessidade, *norma de prestação subjectiva*, a justificar uma directa e imediata pretensão dos cidadãos-consumidores), no art. 60º da constituição.

Este normativo é de crucial relevo, pois contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo), no sentido de desenvolverem uma actividade legiferante conformadora, assim como é um elemento essencial de *interpretação conforme a constituição*, nomeadamente por parte dos tribunais, quando v.g., interpretam, perante casos concretos, conceitos indeterminados. Pode, por exemplo, condicionar e vincular o legislador e os tribunais no que toca aos *actos mistos*, isto é, aos actos unilateralmente comerciais. Ou, ainda, para reagir judicialmente contra formas de autotutela ou acção directa dos *serviços públicos* de telecomunicações e fornecimento de energia, em particular, perante específicas

situações de necessidade de certos consumidores (v.g., reformados pensionistas e, em geral, para esgrimir a favor da inconstitucionalidade das leis que facultam o recurso a estas *exceções de não cumprimento dos contratos*, quando está em causa o fornecimento, em regime de monopólio, de necessidades sociais básicas [água, luz, electricidade,...]).

Este programa constitucional de promoção e protecção dos consumidores analisa-se no:

- a) direito à qualidade de produtos e serviços;
- b) direito à eficácia de produtos e serviços;
- c) direito à segurança de produtos e serviços;
- d) direito à formação;
- e) direito à informação;
- f) direito à saúde;
- g) direito à protecção dos interesses económicos;
- h) direito à reparação dos danos;
- i) direito à uma justiça acessível<sup>(200)</sup>;
- j) direito à representação<sup>(201)</sup>.

2.1. Desenha-se, destarte, uma política complementar do sistema de mercado dirigida à consecução de um triplo objectivo.

<sup>(200)</sup> Designadamente através de *tribunais arbitrais de conflitos de consumo*, forma de arbitragem institucional voluntária.

<sup>(201)</sup> Quer por parte de associações de consumidores (com representação genérica, condicionada ou restrita) ou pelo Ministério Público – titular de interesses colectivos – única entidade, entre nós, com legitimidade processual para intentar a designada *acção civil pública*. Já as associações de consumidores, em abstracto, podem, ou constituírem-se *assistentes* em acções intentadas por consumidores, ou intentar *acções em representação conjunta* de grupos de consumidores individualmente prejudicados por certo tipo de dano comum. Já aos cidadãos-consumidores, individualmente considerados, estará aberto o recurso à *acção popular* (art. 52º da Const., carecendo ainda de complementação por lei ordinária) e às *class actions*, stricto sensu (cuja exercitabilidade parece já estar consagrada no Projecto do futuro código do Processo Civil).

Por um lado, o reforço da estrutura do mercado do ponto de vista da leal concorrência.

O que se constata no sector da concorrência, na dupla perspectiva das práticas restritivas e da concorrência desleal.

Na perspectiva das práticas individuais restritivas da concorrência [Decreto-lei nº 379/93 de 29 de Outubro] é notório a tutela dos interesses do consumidor [v.g., na proibição de prática de preços ou condições de venda discriminatórias, relativamente a prestações equivalentes – art. 1º – na proibição de vendas com prejuízo – art. 3º – e na proibição de recusa de venda de bens ou de prestação de serviços, segundo os *usos normais* da respectiva actividade – art. 4º].

Particularmente significativa foi a evolução experimentada, nos últimos anos, no regime da concorrência desleal, impulsionada pela motivação político-jurídica de protecção do consumidor. A reforma da lei alemã, sobre concorrência desleal, de 1965, ampliou a legitimidade processual das associações de consumidores (art. 13º), o que, contrariamente não ocorreu na lei portuguesa, pese embora se tenham considerado como relevantes, neste domínio, os interesses dos consumidores (vide, preâmbulo do Decreto-lei nº 371/93, de 29 de Outubro e art. 24º/1, *idem*). Esta *onda* sentiu-se, igualmente, no direito espanhol com a *Ley general de Publicidad*, de 11-11-1988, onde se estendeu às *asociaciones de consumidores y usuarios* a correspondente legitimidade processual activa (art. 25º), ocorrendo o mesmo panorama na *Ley general de competencia desleal*, de 10-10-1991 (art. 20º). No código da Publicidade português (Decreto-lei nº 330/90), pese embora se encontre vigorosamente apostado na defesa dos direitos e interesses dos consumidores [v.g., quanto à publicidade enganosa, publicidade comparativa, publicidade subliminar] não foi sensível ao reforço do acesso ao direito, por parte dos consumidores e respectivas organizações representativas.

Por outro o incremento do *dever de informação*, enquanto informação completa, verdadeira e acessível a todos os consumidores em condições de igualdade e transparência.

A despeito de as normas especiais dos arts. 9º/2 e 3º/1, do Decreto-lei nº 272/87, de 3 de Julho [relativas ao dever de informação nas vendas por correspondência e nas vendas ao domicílio de produtos e serviços] veicularem o conceito de informação em sentido estrito, o fornecedor de um serviço veiculado fora do seu estabelecimento comercial (no domicílio, por correspondência, por telefone, *video-texte*, televisão,...) não fica exonerado de, em certos casos, se considerar obrigado a um autêntico dever de *conselho* [este orienta a decisão, influenciando a vontade do consumidor, num sentido ou noutro, qual *parecer* que se dá ou recebe para fazer ou não fazer certa coisa ou tomar certo comportamento; orienta-se o outro contraente entre as várias possibilidades de actuação, tanto no que toca à oportunidade de concluir o contrato, como no que diz respeito aos seus efeitos técnicos e patrimoniais], que assume uma função de correcção, atenta a desigualdade ou desnível de informação entre as partes, tanto que revele uma particular necessidade de protecção<sup>(202)</sup>.

Assinala-se, hoje, um *dever de informar* em amplos, senão esgotantes espaços do tráfico jurídico-comercial, ao menos nas situações em que o jaez da relação e a qualidade dos parceiros contratuais o exijam, o que não ocorre quando o desnível de informação e a recíproca qualidade de profissional (nos *actos de comércio bilaterais*)<sup>(203)</sup> imponham que se não desloque o risco

<sup>(202)</sup> Neste sentido, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, págs. 360-362; no sentido mais abrangente da consagração, na contratação privada, de um *dever geral de informar*, cfr., FEREZ GARCIA, *La informacion en la contratacion privada*, Ed. Instituto Nacional el consumo, Madrid, 1990, pág. 371-318.

<sup>(203)</sup> Note-se, porém, que relevante não deve ser, em última análise, a pertinência de um os contraentes a um determinado grupo definido em termos económicos, qual critério ategoral ou finalista (neste sentido, todavia, no quadro das cláusulas contratuais gerais, PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão...*, cit., pág. 734; SOUSA RIBEIRO, *laúsulas...*, cit., pág. 184 e segs.), pois que é através da institucionalização de mecanismos procedimentos e regras materiais, que garantem a compatibilidade da racionalidade económica empresarial com certos interesses externos que juridicamente protegem pessoas ou grupos, na medida em que os hodiernos mecanismos contratuais (C.G., vendas por televisão, por telefax,...) de massa expõem a contraparte a certos riscos típicos (v.g., efeito-surpresa, irreflexão, aquisições supérfluas, endividamento miliar, etc.), contra os quais carece de protecção. Cfr., inter alia, HÖNN, G., *ompensation gestörter vertragsparität*, München, 1982, pág. 680; LIMBACH, J., *Das echtsvertändnis in der vertragslehre*, in *Juristische Schulung*, 1985, pág. 14 e segs.

contratual, o que acontece se, no caso concreto, uma das partes não deva mais preocupar-se com os interesses da outra (ainda que deva chamar a atenção para os *riscos atípicos* ou para a *medida do risco*)<sup>(204)</sup>. Domínio este que se projecta não só no quadro do designado *negócio jurídico de consumo*<sup>(205)</sup>, nos termos das normas especiais e gerais dos arts. 1º, 7º e 9º da *Lei de Defesa do consumidor* (Lei nº 29/81, de 22-8), enquanto legislação que *densifica* o preceituado no art. 60º da Constituição, que *penetra* no direito civil. Outrossim, realidade que se expande, tanto na regulamentação das cláusulas contratuais gerais (arts. 5º/2 e 6º/1, do DL nº 446/85, de 25-10), quanto em relação ao conteúdo de específicas modalidades negociais e pré-negociais (v.g., nas operações de bolsa, realizadas nos mercados de valores mobiliários, reprimindo a chamada *informação privilegiada*, isto é, o *inside trading*).

Com efeito as normas jurídicas de protecção do consumidor<sup>(206)</sup> têm em comum, conquanto em graus diversos, o estabelecimento de um *dever geral de informação*, enquanto obrigação principal verdadeira, completa e comprovável a cargo do comerciante-empresário *fornecedor* (produtor, fabricante, embalador, armazenista, retalista, importador, distribuidor e prestador de serviços; cfr., nº 2 do art. 9º da Lei nº 29/81). Obrigação esta que se analisa em:

- a) deveres de informação no exercício da actividade;
- b) obrigações pré-contratuais e contratuais de informação, a incluir, v.g., a suficiente e correcta identificação dos produtos e serviços, exigências diversas quanto à exposição, embalagem e rotulagem<sup>(207)</sup>, sobre o

<sup>(204)</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, cit., pág. 364.

<sup>(205)</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico do consumo*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 347, Lisboa, 1985.

<sup>(206)</sup> Sobre a noção de consumidor, vide supra nota nº 17.

<sup>(207)</sup> Cfr., arts. 5º e segs. do Decreto-lei nº 138/90, de 26-4, sobre regime e afixação de preços, o Decreto-lei nº 73/94, sobre venda de veículos automóveis usados e motociclos (ano de fabrico, kilometragem, registos de propriedade anteriores, garantia, etc.).



conteúdo dos *catálogos* e da oferta, nas vendas ao domicílio e por correspondência<sup>(208)</sup>, as menções nos contratos de venda a prestações<sup>(209)</sup>, a informação que resulta da *obrigação geral de segurança*<sup>(210)</sup>, a sujeição da promoção de vendas e publicidade aos princípios de identificabilidade, veracidade e probabilidade<sup>(211)</sup>.

Talqualmente no estágio pré-contratual, também durante a fase de execução do contrato surgem deveres de esclarecimento, comunicação e conselho, quais *deveres acessórios de prestação*<sup>(212)</sup>. E sem que se esqueça que a informação (pré-contratual e/ou contratual) é um elemento de interpretação do contrato, aclarando o sentido da declaração negocial. Vale isto por dizer que, dada a obrigação de concreção e clareza, neste particular, da Lei de Defesa do consumidor, deverá sempre fazer-se prevalecer a interpretação literal, que tenha, na economia da contratação, o natural sentido com que as partes firmaram as vontades. Daí que toda a dúvida, obscuridade ou imprecisão deva interpretar-se contra o *dans causam*. Em todo o caso, os actos das partes anteriores à conclusão do negócio devem se valorar no quadro da interpretação do contrato, designadamente todo o *percurso* da promoção e publicidade do produto ou serviço. E isto porque o conteúdo destes momentos anteriores à eventual conclusão dos singulares contratos deve integrar-se no conteúdo dos contratos. A ponto de ao consumidor ser lícito prevalecer-se das características, utilidades, condições e finalidades do produto ou serviço<sup>(213)</sup>.

<sup>208)</sup> Cfr., arts. 7º e 9º do Decreto-lei nº 272/87, de 3-7.

<sup>209)</sup> cfr., art. 2º/1, do Decreto-lei nº 457/79, de 21-11.

<sup>210)</sup> Cfr., art. 2º/3, do Decreto-lei nº 213/87, de 28-5.

<sup>211)</sup> Arts. 6º e 10º do Decreto-lei nº 330/90 (Código da Publicidade).

<sup>212)</sup> Cfr., MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1972, nºs. 45 e 46; FENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, 1984, vol. I, nº 56, III.

<sup>213)</sup> No domínio das cláusulas contratuais gerais, geralmente pré-dispostas, aceitando a regra *in dubio contra stipulatorem*. Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas*

A mais disto, sublinhe-se, hoje, a unanimidade da doutrina que sustenta, sem se limitar ao campo do negócio jurídico de consumo, a obrigação de, após a entrega da coisa se perspectivar um outro *dever acessório da prestação*, consistente na prestação das *informações* e conselhos necessários ao uso da coisa (v.g., entrega de títulos que permitam a inscrição nos registos públicos, as *instruções* de funcionamento e manejo de maquinaria complexa ou sistemas informáticos, a entrega de folhetos de instruções, destinados não só a assegurar o uso da coisa e bem assim a garantir a sua segurança<sup>(214)</sup>).

Por fim, é mister referir – como já se aflorou – que o conteúdo da própria informação pré-contratual, inserido ou não em mensagens publicitárias, reclama, hoje, a relevância contratual do dever de informação veiculado no sentido em que o conteúdo da proposta ou convite a contratar há-de, naturalmente, se transpôr para o texto dos contratos que se venham a perfeccionar através da aceitação<sup>(215)</sup>.

E, por outro lado, o fortalecimento da protecção jurídica individual do consumidor, tanto no plano contratual como

e de *Exclusão da responsabilidade*, Coimbra, 1985, pág. 372; com dúvidas, HONDIUS, E., *As condições gerais dos contratos na comunidade europeia* (versão na língua inglesa), Seminário Internacional de Direito do Consumo, Universidade Lusíada, Porto, 23-25 Janeiro de 1992; já SOUSA RIBEIRO (*Responsabilidade e garantia...*, cit., pág. 21, nota 28) prova que casos há em que a interpretação, aparentemente mais gravosa para o aderente das C.C.G. se pode revelar como a que lhe é mais favorável.

<sup>(214)</sup> CAS/FERRIER, *Traite...*, cit., 419; DIÉZ-PICASSO, *Fundamentos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 382; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Porto, 1987, pág. 112 e segs.; BROX, H., *Besonderes Schuldrecht*, 17ª ed., München, 1991, nl. 14; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1992, nº 24 e segs.

<sup>(215)</sup> E, igualmente, nos casos do anunciante não contratante, através do recurso à figura do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*, a colocar, neste particular, em crise a ideia do contrato como *res inter alia*, onde o acto de promoção, veiculado ou não através de mensagens publicitárias por terceiros não contraentes, se reconduziria a um negócio jurídico unilateral, maxime, de garantia. Cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., vol. II, pág. 1016 e segs., mormente face às hodiernas exigências legais de certificação das marcas de conformidade, dos certificados de garantia, à luz de uma leitura, tendencialmente, mais objectivista da teoria da impressão do declaratório, nos termos do art. 236º/1, in fine, do código civil.

no extracontratual, de que é, neste particular exemplo, a consagração da *responsabilidade objectiva do produtor*, prevista no Decreto-lei nº 383/89, de 6 de Novembro, que transpôs para o direito interno a Directiva do Conselho nº 85/774/CEE, de 25 de Julho de 1985 (*relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos*)<sup>(216)</sup>.

2.2. Além disso, incrementaram-se medidas corretoras do mercado que se reconduziram à atribuição de apoio no concernente ao associativismo dos consumidores, seja à *auto-administração*, seja à admissão de certos tipos de *class actions* (vide, supra, nota 201) – formas de acesso ao direito e aos tribunais, através do reconhecimento de legitimidade processual activa a quem, nos termos tradicionais não é o sujeito (ou o único sujeito) da relação material controvertida. E medidas de controlo sobre as empresas e respectiva actividade no mercado, através do *intervencionismo* administrativo.

Estas medidas, que são atinentes ao direito administrativo, projectam-se no sector dos produtos alimentícios, especialidades farmacêuticas, automóveis, brinquedos, etc., que afectam directamente a saúde e a segurança dos consumidores.

3. Quer tudo isto por significar que alguns sectores da doutrina reclamam a inserção destas políticas de protecção do consumo *in genere* num direito especial, que, subtraindo as *relações jurídicas de consumo* ao princípio da autonomia privada, se configure como uma disciplina jurídica materialmente autónoma quer do direito comercial quer do direito civil comum. Dando origem, pois, ao denominado

<sup>(216)</sup> in, J. O., nº L 210, de 7-8-1985, pág. 29.

*Direito do consumo, direito de protecção social dos consumidores-homens fracos perante profissionais ou empresas*<sup>(217)</sup>.

3.1. Representa isto, desde logo, o ressuscitar da velha questão de sujeitar ou não ao direito comercial os designados actos de comércio *mistos* (unilateralmente comerciais, isto é, só comerciais por parte do comerciante). É o problema da *comercialidade da revenda*, no sentido da interpretação favorável à inaplicabilidade do direito comercial aos actos de *revenda* ao consumidor.

Deve, *prima facie*, afastar-se a ideia de que o direito comercial é um direito de *privilégio*. Como é já sabido caracteriza-se este direito, no plano geral, por um maior rigor, em razão das exigências do tráfico mercantil do que o que transpira no direito privado comum.

Resta, por isso, a questão de estender ou não este *direito profissional* dos comerciantes-empresários – em particular o regime, que estudaremos, das obrigações mercantis – a quem com eles contrata na qualidade de *consumidor* se e quando agravar a posição destes, em face de um tratamento jurídico mais favorável garantido pelo direito comum<sup>(218)</sup>.

Poderia, é certo, pensar-se que era axiologicamente incongruente, ou seja uma contradição no plano dos valores, submeter às normas de um *direito profissional* – supostamente analisadas sobre um padrão mais elevado de rigor nas condutas, exigíveis a certos sujeitos integrantes de um determinado grupo profissional – os consumidores, que não pertenceriam a esse grupo, contanto que assim se agravaria a respectiva posição jurídica.

<sup>(217)</sup> Assim, CALVÃO SILVA, *Responsabilidade...*, cit., pág. 67.

<sup>(218)</sup> Cfr., esta discussão em RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen...*, cit., pág. 25 e segs.

Esta ideia aparece por detrás das reservas que suscita a alguns a sujeição do consumidor a prazos mais curtos de prescrição presuntiva (art. 317º/b, do código civil): assim o prazo de denúncia dos defeitos da coisa (art. 471º do cód. comercial). Nesta perspectiva, se consideraria mais adequado que esta *revenda*, apesar de encerrar características de operação mercantil, fosse reconduzida a *venda de consumo*, sujeita ao regime do código civil (art. 874º e segs.).

À primeira vista o argumento parece convincente. Vistas as coisas com *outros olhos*, no enfoque da razão – histórica e contemporânea – de ser do direito comercial, elas não são tão líquidas.

É que se parte da ideia, por vezes errónea de que a disciplina do direito comercial representa um agravamento da posição jurídica do consumidor, quando, afinal, é a própria disciplina jurídico-comercial que se retrai, propositadamente, em certos domínios de contratação, permitindo uma natural acomodação do regime jusprivatístico da protecção contratual do consumidor em face do regime das obrigações mercantis. Exemplo disso é o art. 464º, § 1, do cód. comercial que exclui a aplicabilidade do regime do contrato de *compra e venda mercantil* às *compras para uso ou consumo do comprador ou da sua família e as vendas que porventura desses objectos se venham a fazer* (219). Com um século de antecedência não se

<sup>219)</sup> Note-se, porém, que, se a venda foi efectuada por um agricultor, tratando-se de produtos da sua propriedade ou por ele explorados, a um grossista ou intermediário que, também, comercializa esses produtos, o negócio é mercantil em relação a este último, por força do nº 1 do art. 463º do cód. comercial e de natureza civil em relação ao agricultor. Trata-se, assim, de um *acto de comércio misto* (vide *infra*). Acto este que, alvo as disposições da disciplina privativa dos *negócios jurídicos de consumo*, está sujeito à lei comercial, quanto a ambas as partes, inclusivamente aquela em relação à qual não é comercial (*in casu*, o agricultor), nos termos do art. 99º do cód. comercial. Aplicar-se-ia, destarte, a este contrato, por exemplo, o regime do art. 471º do mesmo diploma. Obviamente que as disposições da lei mercantil que só forem aplicáveis à parte em relação à qual o acto é comercial, não se aplicam à outra parte.

encontraria melhor enquadramento do conceito de *negócio jurídico de consumo* esgrimido nas actuais leis e doutrina. Além disso, o regime de prescrição presuntiva previsto no artigo 317º, b, do código civil<sup>(220)</sup> comporta vantagens comparativas em face do regime regra da prescrição ordinária — não se presumindo o cumprimento — de vinte anos, nos termos do art. 309º do cód. civil.

Depois, parte-se da ideia errada de impedir, sempre, a extensão das normas do direito comercial a sujeitos que não preenchem esses requisitos de profissionalidade. Pensar assim faz esquecer o fundamental: nunca o direito comercial — nem sequer na época *corporativista* medieval — foi concebido para, em exclusivo, disciplinar relações jurídicas entre comerciantes.

Que historicamente o direito comercial nunca foi pensado só para comerciantes, mas para reger relações conexas com o *comércio* profissional é algo já consabido. Primeiro que tudo, deve recordar-se como o centro deste direito era a *negotiatio*, quer dizer o característico negócio especulativo do comerciante, aí onde, por princípio também tinha cabimento a *compra para revenda* ao consumidor final. Sómente as operações designadas *auxiliares*, acessórias (comissão, transporte, seguro, ...) eram, naquelas épocas, negócios concluídos entre comerciantes. Daí que, gradativamente, a jurisdição mercantil se tivesse estendido aos conflitos entre comerciantes e não comerciantes, sempre que se relacionavam com a actividade profissional daqueles outros (*rational mercaturae*).

Na codificação francesa, já se sabe, aquilo que centrava a essência da comercialidade era a *compra para revenda* com escopo lucrativo. Daí que a *revenda* não era o acto de comércio, para o efeito de atribuir competência aos tribunais de comércio. Acto de comércio era a compra (para revenda). E que, provavelmente,

<sup>(220)</sup> Que faz presumir o pagamento, por parte de consumidores de produtos ou serviços, dos créditos devidos a comerciantes e industriais pelo fornecimento desses produtos e serviços.

obedecia à preocupação de não alargar excessivamente e esfera de competência daqueles tribunais – consequência malquista no ambiente político-social da época – ao conjunto dos cidadãos que entreteciam relações jurídicas com os comerciantes.

Por isso que, era indiscutível que os actos de comércio – fossem *bilateralmente* mercantis ou *mistos* – atribuíam, em todo o caso, competência aos tribunais comerciais e eram regidos pelos códigos comerciais.

As restantes codificações comerciais europeias adaptaram neste aspecto, o modelo francês, prescrevendo, expressamente a sujeição dos *actos de comércio unilaterais* ou mistos ao regime neles contido. Vejam-se, neste sentido, os arts. 1.200 do código comercial espanhol de 1829, 277<sup>a</sup> do *ADHGB*, alemão, de 1865, § 347 do *HGB*, alemão de 1897, 54<sup>o</sup> do código comercial italiano de 1882 e 99<sup>o</sup> do código comercial português de 1888 (cfr., nota 219).

O sentido histórico-actualista do direito comercial aponta, pois, no sentido de uma disciplina pensada para reger, primacialmente, relações entre comerciantes/empresários e consumidores (finais). Precisamente porque é um direito especial, que se justifica pelas exigências do tráfico profissionalizantes daqueles outros, que é, por princípio, um tráfico de intermediação.

3.2. Parece, finalmente, oportuno fazer uma sucinta referência à doutrina que propugna a configuração de um dinominado *direito (especial) do consumo* ou dos consumidores<sup>(221)</sup>. Ou seja, ao lado do direito civil como

<sup>(21)</sup> Veja-se este debate doutrinal na doutrina alemã em PFLUG, *Kontrakt und «status» im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1986, pág. 24 e segs.; entre nós, CALVÃO SILVA, *Responsabilidade civil...*, cit., pág. 65 e segs., especialmente 67 e segs.; ainda, GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 108-110; para a análise das especialidades do *contrato de consumo*, não defendendo a autonomia científica do direito do consumo, à luz dos tradicionais cânones, vide, REMÉDIO MARQUES, *A teoria geral do negócio jurídico e os contratos em especial em face do novo direito contratual do consumo. Uma nova forma mentis*, II Encontro de direito do consumo, Coimbra, 29 de Abril a 1 de Maio de 1993 (Comunicação), existente no fundo bibliográfico da Universidade Lusíada do Porto; cfr., também, PIZZIO, J. P., *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, in *Recueil Dalloz*, 1982, pág. 96 e segs.

direito geral dos *cidadões*, conformar-se-ia um direito especial dos *consumidores*, que, por sua vez, coexistiria com o direito comercial, este último como direito especial dos comerciantes-empresários.

Esta tese suscita reservas no plano político jurídico, para além das dificuldades práticas que representa<sup>(222)</sup>.

No plano político-jurídico crê-se que se deve ponderar seriamente o risco que comporta a ruptura da unidade do sistema do direito privado e dos princípios que o enformam (v.g., autonomia privada) perante a proliferação de direitos especiais. Ora, a configuração de um direito especial só se deve justificar se e quando ganhe *tipicidade social* um modelo diferente daquele que subjaza ao direito privado comum (direito civil). Não parece que (ainda) seja o caso do *direito do consumo*.

Com efeito, a qualidade de *consumidor* não oferece, *por si* uma base suficiente para justificar o nascimento de um direito especial que subtraia a designada relação jurídica de consumo do regime do direito comum (civil), tradicionalmente enfocado pelo princípio da autonomia privada.

De facto, o conceito de *consumidor* é diferente, consoante o tipo de *relação de consumo*, que, caso a caso se tutela.

É que, consumidor pode ser aquela pessoa (física) que adquire, de um profissional-comerciante, industrial, prestador de serviços, um produto ou serviço para *uso privado*. Por outro lado, consumidor, para efeitos do DL n<sup>o</sup> 383/89, de 6 de Novembro, é *qualquer* pessoa física que possa ser vítima de defeitos dos produtos; ou *qualquer* adquirente de serviços, se e quando o prestador de serviços lhe cause danos, respondendo objectivamente; ou qualquer pessoa (física e jurídica) prejudicada por práticas individuais restritivas da concorrência, ou por efeitos

<sup>(222)</sup> Sobre isto, vejam-se as reflexões de ZÖLLNER, *Die politische Rolle des Privatrechts...*, cit., pág. 332-333.

económicos danosos decorrentes de práticas concertadas entre empresas, de abuso de posição dominante, etc.; ou qualquer sujeito que adquira serviços bancários, ou invista as suas poupanças na bolsa de valores, etc.

Vem isto para significar que o conceito de *consumidor*, pela sua generalidade, possui escassa força sistematizadora (é, aliás, contudente a afirmação de J. F. Kennedy; *todos somos consumidores*). Ou seja, nem todos somos consumidores com a mesma intensidade, nem por causa do mesmo objecto [os mesmos produtos ou serviços].

Para além da *qualidade jurídica geral de consumidor* (o status de consumidor, consagrado na Lei nº 29/81), cabe diferenciar outras: o *consumidor de crédito* (DL nº 359/91), o *consumidor-investidor* (DL nº 142-A/91, de 10 de Abril), o *consumidor-teleespectador*<sup>(223)</sup>, o *consumidor-turista* (DL nº 328/86, de 30 Setembro), o *consumidor-comprador* (nas vendas a prestações: art. 934º a 936º do código civil; nas vendas à distância: DL nº 272/87, de 3 de Julho; nas compras em grupo: DL nº 393/87, de 3 de Dezembro); o consumidor destinatário da publicidade; o consumidor de serviços público, etc.

Cada um destes aspectos torna necessária normação específica. E pertence ela, por vezes, ao direito administrativo<sup>(224)</sup>, ao direito processual<sup>(225)</sup>, ao direito penal e contra-ordenacional, ao direito comercial<sup>(226)</sup>, ao direito civil<sup>(227)</sup>.

Estamos, pois, perante, uma disciplina jurídica *multifuncional e pluridisciplinar*.

<sup>(223)</sup> Cfr., Directiva do Conselho da CEE, de 3-10-89, sobre actividade de radiodifusão televisiva (DOCE, de 17-10-1989).

<sup>(224)</sup> Normas de segurança, padrões de controlo de qualidade, atendimento nas repartições públicas, etc.

<sup>(225)</sup> Cfr., arts. 10º e 13º da Lei nº 29/81; Lei nº 31/86, de 21 de Agosto (Lei da Arbitragem); art 10º do DL nº 321-B/90, de 15 de Outubro, que aprovou o Regime do Arrendamento Urbano; arts. 23º a 27º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro (cláusulas contratuais gerais), etc.

<sup>(226)</sup> Cfr., arts. 89º, 100º, 464º, nº1, do cód. comercial.

<sup>(227)</sup> No domínio da garantia do bom funcionamento, vícios de consentimento, responsabilidade civil, etc.

Não parece que seja suficiente a situação de desigualdade económico-social do consumidor para que se configure um direito especial do género propugnado.

Em primeiro lugar, não é líquido que esta situação de desigualdade seja típica e generalizável a todos os consumidores. Na verdade, um *profissional pequeno comerciante* pode encontrar-se, numa situação concreta, igualmente, desfavorecido se e quando vende um produto a um *grande-comerciante* do mesmo ramo, sendo que este o adquire para uso familiar (supondo que o adquirente tinha o produto esgotado nos seus estabelecimentos). E, por isso, o DL nº 446/85, sobre cláusulas contratuais gerais se aplica, também, entre comerciantes (art. 15º).

O consumidor não constitui, como se viu, uma pessoa tipicamente carecida de protecção. O consumidor é todo o adquirente (final) que utiliza o produto ou serviço contratado para uso privado, não profissional. Este conceito abarca, por tal, inúmeros cidadãos, sagazes, economicamente abastados que, em geral, não carecem de especial protecção. De todo o modo, seria arbitrário discriminar entre diferentes tipos de consumidores, para efeitos de se individualizar os sujeitos carecidos de protecção. Uma protecção generalizante de todos os consumidores (finais) – quer dizer, quem não sendo na circunstância de uma contratação ou eventualidade análoga, profissional negoceia com comerciantes/empresários – carece de legitimidade material, ora pecando por excesso ou por defeito.

Por outro lado, conquanto, por hipótese, a *tipicidade* da situação de desigualdade do consumidor fosse afirmada, não parece que esse desiderato seja base suficientemente sólida para fundamentar uma especial disciplina (formal e substancialmente autónoma) que se aparte dos princípios vigentes no direito comum (o civil).

Corresponde isto a dizer que não é nada claro que a mera situação de desigualdade, na condição sócio-

-económica, possa, de per se, considerar-se elemento suficientemente relevante, sob o enfoque jurídico-privado, para servir de arrimo à configuração de um direito especial.

Com efeito, este discurso comporta uma pré-compreensão ideológica não desprezível. É que se parte da ideia que o reconhecimento da autonomia privada pressupõe um certo equilíbrio de poder negociar (*bargaining power*) entre os contratantes. Portanto, as diferenças que, materialmente, se detectem, podem e devem ter incidência no conteúdo e efeitos da contratação. E, daí, *uno actu*, se postulem duas questões de transcendente importância: que diferenças são relevantes; a partir de que momento devem ser tidas em conta pelo direito e com que consequências.

Ora, nem sequer o *tipo-médio* de consumidor parece necessitar, sempre, de especial protecção, no plano da ordenação estável das relações jurídicas intersubjectivas (como é, v.g., o caso do trabalhador não autónomo e, até certo ponto, o arrendatário habitacional. Não pode afirmar-se que um qualquer consumidor, em qualquer situação aquisitiva necessite inexoravelmente de concluir o contrato [salvo certos prestações de serviços em regime de monopólio ou oligopólio: serviços de transportes municipalizados, fornecimentos de água, electricidade em baixa tensão, telefone, ...]; nem tão pouco se pode relevar a intensa conexão dos produtos ou serviços à vida e personalidade do sujeito; nem, tão pouco, a *relação de consumo* tem, regra geral, carácter duradouro ou de execução contínua.

É preciso, sobretudo, por razões de segurança e previsibilidade jurídicas, que concorram circunstâncias outras ou *elementos estruturais* mais relevantes para o efeito de erigir uma qualquer ordenação estável de relações jurídicas entre sujeitos privados, de cariz *proteccionista* da parte mais débil. E, assim, se subtraírem essas relações ao regime geral do direito privado comum, ao arrimo do reconhecimento e tutela da autonomia privada.

Assim, por exemplo, no trabalho subordinado, há, justamente, *subordinação jurídica* e, normalmente, *subordinação económica*. No direito comercial das sociedades, o regime dos grupos de sociedades e das várias situações de domínio que aí se perspectivam, repousa, por sua vez, na relação de *dependência* — directa ou indirecta — de sociedades comerciais entre si. Igualmente, no sector da concorrência, é o factor da *desigualdade*, referido ao poder económico das *grandes empresas* que — numa situação estrutural de mercado adquirem *posições de comínio* — dá sentido à proibição, v.g., de abuso de posições dominantes, certas concentrações de empresas, etc.

Porém, em relação aos consumidores, *in genere*, inexistente a *mais-valia estrutural* que permite definir, com clareza, as relações jurídicas carecedoras de tutela jurídica.

Com isto não se nega a necessidade social (por que imperativo constitucional) de protecção jurídica dos interesses económicos dos consumidores. O que se questiona é se tal exigência já exija, no tempo presente, o aparecimento de um *direito (privado?) especial* do consumo, com autonomia formal e substancial<sup>(228)</sup>.

<sup>(228)</sup> O que não se nega é, desde já, a necessidade de uma disciplina consumerista com *autonomia didáctica*, virada para o estudo unitário e sistemático dos princípios e normas que regem a protecção dos direitos e interesses das várias *categorias* de consumidores.

Assim como não é de excluir a *codificação do direito do consumo*, como é exemplo o *code de la consommation*, francês, de 27-7-1993 e o *código de Protecção do consumidor*, brasileiro de 1990 (Lei nº 8078/90); cfr., BENJAMIN, A. H., *Group action and consumer protection in Brasil*, in *Group actions and consumer protection*, ed. por Th. BOURGOIGNIE, *cit.*, pág. 143 e segs. Por que se trata de um movimento codificador de cariz formal, didáctico funcional, compilatório, com maior ou menor intensidade, não pode dizer-se que isso corresponde a uma *tentacularização* do poder através do direito (vide, HENKE, *Die Socialisierung des Rechts*, in *Juristenzeitung*, 1980, pág. 369 e segs.), pois que, neste domínio da protecção dos consumidores ainda não foram assegurados estavelmente as dimensões inalienáveis da igualdade (da fraternidade e da socialidade). Só quando isso acontecer é que se impõe, num Estado-de-Direito da pós-modernidade, a *respiração* do indivíduo e do *privado*, a fim de impedir, neste domínio, a rigidificação planificante das autónomas estruturas económicas da sociedade. Sobre o direito da pós-modernidade, Cfr., REMÉDIO MARQUES, *Mudança de sexo. O critério jurídico (o problema do «paradigma corporal» da identificação/identidade sexual no registo civil [tese])*, Coimbra, 1991 (Fundo bibliográfico da Biblioteca Nacional e da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pág. 24 e segs. e 31 e segs.

### **§ 3. AS FONTES DE DIREITO COMERCIAL**

### §3. As fontes de Direito Comercial

#### A) Introdução

##### I – A complexidade conceitual

O problema do sistema juscomercial das fontes do direito pressupõe a análise teórico-dogmática dos sentidos do vocábulo *fontes de direito*<sup>(229)</sup>.

Com efeito, este vocábulo designa um complexo fenómeno de génese, validade, conhecimento e normatividade do direito.

a) Há, desde logo, as *fontes genéticas* que são os elementos materiais que estão na génese da criação e desenvolvimento do direito (v.g., condições naturais, relações de produção, crenças religiosas, ideologias políticas, *modas*, concepções éticas, etc). Nesta acepção *as fontes de direito comercial* já foram insinuadas quando se aludiu aos *contextos* económico-sociais, que coloriram a evolução históricos do direito.

b) Por outro lado, consideram-se as *fontes de valoração*, isto é, a justiça, a igualdade, a segurança jurídica, que devem informar materialmente as normas jurídicas. As fontes, neste sentido, são fundamento de validade do direito. É uma acepção que esteve subjacente às considerações

---

<sup>(229)</sup> Cfr., CASTANHEIRA NEVES, *As Fontes de Direito e o problema da positividade jurídica*, in Boletim da Fac. de Direito de Coimbra, L. II, , 1976; *idem*, *Fontes de Direito*, in Polis, I, pág. 1613 e segs; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito...*, cit., pág. 153 e segs., em particular, OPPETIT, *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, in Sources du Droit. Archives de philosophie du droit, pág. 43 e segs.



eitas, por exemplo (supra), sobre a legitimidade e fundamento de, em face da dicotomia Direito Comercial/Direito Civil, se autonomizar o Direito do Consumo; ou nas considerações que conduziram à conclusão de que o direito comercial é um ramo de direito, com autonomia substancial, formal e didáctica, um *direito privado especial*.

c) Consideram-se, ainda as *fontes de juridicidade*, isto é, os modos e momentos constitutivos da normatividade jurídica, tocando o problema do fundamento do direito comercial como direito *justo* e eficaz. Situam-se elas na origem da normatividade juscomercial e, como veremos, na internacionalização, supranacionalização do direito comercial e, bem assim, noutras formas de produção autónoma (v.g., princípios de escrituração mercantil geralmente aceites nos termos do Plano Oficial de Contabilidade e bem assim a liberdade de organização e de arrumação dos livros de escrituração: DL 410/89 art. 30º do Cod.Com.; o direito autónomo da contratação internacional).

d) Cabe, por último, referir as *fontes de conhecimento*, ou seja, as formas de revelação e definição das *normas de direito positivo*. Neste sentido, o Código Comercial é uma fonte de conhecimento, pois que *revela* as normas e princípios do direito comercial e, ao mesmo tempo, identifica outras *fontes de direito* (lei, decreto-lei, os regulamentos).

O que nos interessa agora é captar as formas de conhecimento de algo como direito positivo. Pelo que, os desenvolvimentos desta matéria prendem-se, sobretudo com o sentido ora referido, pese embora os problemas do *direito comercial consuetudinário* impliquem a necessidade de se ter presente a aceção referida em c).

1. Distinguem-se, ainda, fontes *formais e materiais*. Alude-se a um conceito de fonte puramente *formal* quando

se salienta, em exclusivo, o procedimento de produção, relegando para o plano subalterno o conteúdo prescritivo das normas. Assim, uma lei é fonte de direito comercial porque emana de uma autoridade com competência legislativa (v.g., a Assembleia da República). Fontes de direito comercial em sentido *material* são os actos normativos que, além de cumprirem certos requisitos formais, apresentam um determinado conteúdo, isto é, inovam o direito comercial preexistente, estabelecendo regras gerais ou *padrões de conduta*, atinentes a este ramo do direito. Fontes de direito comercial são, por conseguinte, todas as regras e medidas que estabelecem padrões de comportamento dos sujeitos, no domínio jurídico-mercantil, fixando os fins e os critérios de actuação, do ponto de vista do direito privado de quem opera no mercado económico dos produtos e serviços (ressalvando de *iure constituto* certos serviços e certas actividades) e determinando o modo de decisão de litígios jurídicos, independentemente da forma externa de revelação.

Destas considerações se intui que neste espaço nos vamos também debruçar sobre a constituição (naquilo que se refira, fundamentalmente, a matéria mercantil).

2. Porém, o estudo das fontes, no âmbito do direito comercial não está vinculado a uma visão *estatocêntrica* da criação do direito comercial. As mudanças estruturais da sociedade de informação e do mercado económico tornaram clara a necessidade de o direito – logo, o direito comercial – não ser considerado como regulador heterónimo de relações sociais. Por isso, deve ter-se em consideração as normações jurídicas de qualquer género (v.g., a *lex mercatoria* internacionalista, as *normas de conduta* dos sujeitos activos de certo sector de contratação jurídico-empresarial, os contratos, etc). Além disso, se olharmos para os modelos de regulações opcionais no mercado económico, na vertente

jusprivatista, verifica-se que, por vezes, preponderam modelos de regulação *flexíveis* e individualizantes. Inexiste, por conseguinte, um *monopólio estatal de normação* do direito comercial. Ao invés, aponta-se para a necessidade de *descentralização da regulação jurídica-comercial*. O que torna indispensável a articulação, também neste sector do direito privado, do direito comercial de *produção interna* com os fenómenos da *internacionalização* e da *supranacionalização*.

Elemento caracterizador da actual ordem jurídico-comercial, quanto às fontes, é a sua abertura à normação internacional (art. 8º da constituição). É que o direito internacional geral e o direito internacional convencional fazem parte integrante do direito português, observados que sejam os requisitos constitucionalmente exigidos.

Ademais, o direito comunitário comercial, depois da integração de Portugal na Comunidade Económica Europeia – ora *União Europeia* – tem relevância crescente no ordenamento jurídico interno. Vale dizer que o ordenamento estadual do direito comercial abre-se a fontes de direito supranacionais alterando-se, também neste contexto, o monopólio estadual da criação do direito comercial.

Doutra banda, a legitimidade do *direito dos juízes*, isto é, a investigação e obtenção do direito comercial criadoramente feita pelos juízes ao constituírem *normas de decisão*, constitui um dos momentos mais significados da *pluralização* das fontes de direito comercial.

Por último, também se salienta a importância, como se verá, da regulação privada. Desde as cláusulas contratuais gerais, até aos *usos do comércio*, enquanto expressão da *tipicidade* social prevalecente no tráfico mercantil, vão surgindo manifestações mais ou menos normativas de agentes económicos de produção privada com progressiva

importância como instâncias regulativas de interesses e litígios dos particulares, ainda que tão só colorem ou iluminem (enquanto matéria de facto que, normalmente, são) a matéria de direito, nos conflitos de interesses.

#### B) O sistema de fontes de direito no código comercial português e o problema da interpretação e integração no domínio do direito comercial.

1. Já se viu como o direito comercial se concebe como um sistema de direito privado especial, dotado de autonomia. E isso mesmo, igualmente, resulta da análise do art. 3 do cód. comercial português.

A nossa codificação, inspirando-se, claramente em codificações estrangeiras – art. 1º do código comercial italiano de 1882, que, por sua vez já se inspirara no art. 1º do *ADHGB*, alemão de 1861 – introduziu significativas alterações no sistema de fontes de direito comercial que regia o primeiro código comercial português de 1833.

A matéria mercantil vem, neste sistema de fontes regulada no art. 3º.

Se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, *nem pelo texto da lei comercial*, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela previstos, *serão decididas pelo direito civil*.

1.1. Em primeiro lugar, socorremo-nos do direito comercial, das normas mercantis, *se o ponto está regulado num texto do código comercial*.

1.1.1. As normas legais contidas no código, com expressa admissão da sua extensão analógica (posto não são normas excepcionais, para efeitos do art. 11º do Código Civil)<sup>(230)</sup>.

As questões suscitadas pelas relações comerciais não têm de ser resolvidas apenas pelo direito comercial. Podem sê-lo pelo direito civil e, também, através do *auxílio* de um *direito de produção autónomo* como são os *usos do comércio*.

Outras vezes, ainda, em matéria do contrato de sociedade (comercial) se a questão não puder ser resolvida pelo texto da lei comercial (neste caso, o Código das Sociedades Comerciais), socorre-se, directa e subsidiariamente ao direito civil (às disposições do art. 980º e segs. do Cód. Civil), não se olhando nem para o espírito das leis comerciais, nem para os casos análogos nelas previstos o cfr. art. 2º do Código das Sociedades Comerciais.

Além disto, as normas de direito civil não são apenas chamadas para preencher *lacunas* ou resolver *casos omissos*. Podem, a mais disso, ser aplicadas *directamente* sempre que se possa, com segurança, afirmar que é numa norma desse direito que, imediatamente, caia uma relação jurídico-mercantil<sup>(231)</sup>. Isto, obviamente, depois de se saber que uma dada relação tem natureza comercial (através do *jogo* dos arts. 2º, 13 e 230º, do cód. comercial), pois, o que importa após essa qualificação é fixar-lhe o regime que para ela se encontra estabelecido (na lei comercial ou, às vezes, directamente na lei civil).

É o caso de o legislador deixar de *caso pensado* a disciplina de alguns aspectos das relações comerciais ao abrigo do preceituado no direito civil, enquanto direito

<sup>(230)</sup> Também, neste sentido, cfr., AcSTJ, de 7/3/1969 (TORRE PAULO), proc. nº 62538, in Data Juris, Base de Dados de direito e informática, Coimbra.

<sup>(231)</sup> Neste sentido, LOBO XAVIER, V. da G., *Direito Comercial*, cit., págs. 14-15.

privado comum das relações jurídico-civilísticas. Por exemplo, uma parte do regime das obrigações mercantis é deixado propositadamente na órbita do direito civil (art. 217º e segs., sobre declarações negociais; 405º e segs., sobre o regime dos contratos em geral). Nestes domínios, há, note-se, uma *unificação* direito civil/direito comercial.

Por exemplo, os arts. 463º e segs. do cód. comercial estatuem sobre a compra e venda mercantil. Porém, omitem os efeitos do contrato. Assim o prazo de reclamação de oito dias, previsto no art. 471º, contra a qualidade das coisas compradas sobre amostra e não à vista, não deve obstar a que se aplique, se fôr caso disso, v.g., o regime da venda de coisas defeituosas (arts. 913º e segs., Cód. Civil), pois que para o regime do Cód. Comercial estaremos perante, nessa hipótese, um *negotium imperfectum*, isto é, o contrato não se conclui instantaneamente. Outrossim, *forma-se sucessivamente* e perfecciona-se – se não houver reclamação, por parte do comprador no prazo de oito dias – após essa dilação. Assim, o contrato ainda se não concluiu no momento-adentro desse prazo – da reclamação do comprador. Ora, é bom de ver que este normativo, nesta perspectiva, não rege sobre os efeitos da venda. Só assim seria se o negócio se entendesse imediatamente concluído, porém, sob condição suspensiva de, no prazo de oito dias, o comprador não reclamar (neste caso o negócio seria, logo, *perfeito* mas ineficaz. E, se acaso o comprador reclamasse, caducaria)<sup>(232)</sup>.

O caso não é omissivo, porque se encontra abrangido pelos preceitos da lei civil que tratam, esgotantemente (aí abarcando os contratos de consumo) estes efeitos do contrato de compra e venda.

<sup>(232)</sup> Cfr., como ponto de apoio de análoga discussão, no domínio dos contratos concluídos com consumidores, relativamente ao prazo de 7 dias para o exercício do *direito de arrependimento*, CAS/FERRIER, *Traité...*, cit., nº 460 e segs.; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 3ª ed., 1992, cit., nº 76 e 134; CORNU, G., *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, in travaux de l'Association H.Capitant, 1973, pág. 131 e segs.; CHRISTIANOS, V., *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, in Recueil Dalloz, 1993, IV, pág. 28 e segs.; note-se que o prazo de oito dias para a reclamação do produto defeituoso vendido, nos termos do art. 471º/1, do Cód. Comercial, conta-se a partir do momento em que o comprador teve a possibilidade, de facto, de examinar o produto e descobrir o defeito. Neste sentido, cfr., ACRL, de 27-5-1993, (FLORES RIBEIRO), in Col. Jur., t. III, pág. 115-116.

Que vale dizer, uma relação comercial pode cair imediatamente no âmbito de uma norma de direito civil.

Noutros casos, o legislador comercial omite *totalmente* a disciplina de certos negócios que podem ser comerciais (objectiva ou subjectivamente, pouco importa), cuja disciplina, pese embora a relação seja comercial, é a do direito civil (v.g., a venda a prestações, a venda sobre documentos, a venda a retro, a venda sujeita a prova).

Não é, pois, necessário, para afirmarmos a aplicabilidade do cód. civil, verificar se previamente não existem, no código comercial, textos que disciplinem casos análogos<sup>(233)</sup>.

Por isso que muitas das lacunas existentes no direito comercial não correspondem a verdadeiros casos omissos, porquanto inúmeros aspectos das relações mercantis acolhem-se na disciplina do direito civil, para onde remete o art. 3º do cód. comercial.

Porém, em hipóteses de verdadeiros casos omissos recorre-se em primeiro lugar às disposições reguladoras dos casos análogos, tanto na lei civil como na lei comercial. E, na falta de tais disposições a solução é criada pelo próprio julgador (*direito dos juízes* como fonte de direito), dentro do *espírito do sistema* (art. 10º/3, do cód. civil) – *analogia iuris*, recorrendo à boa fé, à protecção da confiança, etc.<sup>(234)</sup>.

1.2. Depois os *usos do comércio*, ainda que subordinados à lei (comercial), são, na perspectiva adoptada, reconhecidos como *fonte de conhecimento* do direito

<sup>(233)</sup> LOBO XAVIER, *ob. cit.*, pág. 15, nota 2. A não ser que se considerem *materialmente* mercantis esses preceitos colocados no código civil.

<sup>(234)</sup> A não ser que, para evitar esta *analogia iuris*, o julgador interprete as leis – comercial ou civil – conforme a constituição – v.g., o art. 66º sobre os direitos dos consumidores – afastando a possibilidade de *casos omissos*, pensados ou não.

comercial, de produção autónoma<sup>(235)</sup>. É o caso dos arts. 232º, § 1, 269º, § 2, 271º, § único, todos do cód. comercial, arts. 919º, 924º/3, 937º, 530º, nº 3, todos do código civil.

### C) Tendências gerais de evolução das fontes de direito comercial

Desde a entrada em vigor do código comercial de 1888 ocorreu um natural processo evolutivo, tanto no plano jurídico-positivo da ordenação das fontes, como no plano sociológico, cuja consideração se não vai aqui esquecer.

1. No que concerne à fontes de direito estadual devem destacar-se os factores que cercearam o *processo de produção* legislativa no sector do direito mercantil.

Por um lado, assistiu-se à crescente incorporação no nosso ordenamento de legislação de origem internacional (tratado e convenções internacionais). Não obstante se integrar, por força do correspondente procedimento do art. 8º da constituição, no ordenamento jurídico português, conserva um considerável grau de singularidade, em face do conjunto da restante legislação mercantil. Este desenvolvimento normativo de carácter internacional é fruto, aliás, de um abrangente e laborioso processo de unificação do direito comercial, que se iniciou em finais do século XIX.

Por outro lado, em época muito recente, assistiu-se à confluência de um direito supranacional, que incide em

<sup>(235)</sup> Contra, FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 46-48, LOBO XAVIER, *ob. cit.*, pág. 23, na medida em que só acolhem uma *visão estatocêntrica* da criação do direito comercial.

múltiplas zonas do direito comercial, procedente de uma instância jurídica-política supranacional, justamente, a comunidade Económica Europeia, hoje União Europeia, sujeito de direito internacional público, a que Portugal aderiu em 1986. Direito este que, como é sabido, tem primazia sobre as leis ordinárias (em sentido formal: Leis da Assembleia da República).

A adesão ao *Tratado de Roma*, que instituiu a CEE supôs a entrada imediata em vigor, na zona normativa delimitada pelo direito comercial, de disposições com vigência directa e imediata nos Estados-membros (*regulamentos*) ou os vinculava a desenvolver no seu direito a correspondente disciplina (*directivas*).

Porém, ficaria este quadro inicial incompleto acaso se não referisse a evolução sociológica do actual panorama da evolução das *fontes de direito* comercial de produção autónoma.

A este propósito é mister constatar o declínio em geral, do direito mercantil consuetudinário e para-consuetudinário (*costume mercantil e usos do comércio*) e, ao invés, significar o exponencial desenvolvimento de uma fonte, cujo fundamento dogmático é discutível, porém cuja incidência e eficácia fáctico-ordenadora é avassaladora: as *cláusulas contratuais gerais*.

Um e outro fenómeno se conectam à evolução sócio-económica do século XX. A decadência do direito *produzido* pela via do costume – e, note-se que o costume mercantil é obra da jurisprudência que converte os hábitos, os usos, em normas jurídicas ou, então, é directamente juridicizado pela lei (costumes jurídicos: arts. 1834, 1838, 1843, 1845, 1847, etc. do Código Civil italiano) – e dos *usos* (estes nascem espontaneamente, interpretando e completando os actos jurídicos, em termos de *cláusulas de usos*, não excluídas

expressamente pelas partes) é lógica e natural na hodierna sociedade. A significação dos usos e costumes mercantis pertence em grande medida à história. Importância que vai perdendo quando, com a formação do Estado Moderno, a lei, o primado da lei, a reserva de lei se impõe, proibindo o uso *contra legem*. A racionalização da vida económica tende à substituição dos usos e dos costumes mercantis por outra manifestação do direito comercial de *produção autónoma*. Que é justamente a contratação através de cláusulas contratuais gerais. Estas convertem-se, de facto, na principal *fonte material* de direito autónomo do tráfico jurídico-económico dos nossos dias. Uma economia como a actual, programada e habilitada para a produção comercialização e distribuição em série, requer para a maximização de vantagens económicas, a uniformização do regime jurídico que governa as relações da empresa com a clientela (com os consumidores ou outros profissionais). A isto respondeu, naturalmente, o fenómeno da contratação *estandardizada*.

2. Não se pensa, pois, numa *autonomia* absoluta do direito comercial, porquanto este concebe-se como um *subsistema* normativo integrado naquéloutro mais geral do direito civil comum.

2.1. Do teor literal do art. 3º do cód.comercial expressamente se omite a referência aos *usos de comércio* no que ao regime geral das obrigações mercantis diz respeito (*os usos particulares do comércio, estilo da praça, etc.*). Daí que se pudesse pensar que o direito civil, enquanto sistema integrador dos casos verdadeiramente omissos na matéria mercantil, sempre prevaleceria em face dos *usos do comércio*, conquanto aceites como *fonte de conhecimento autónoma*.

Para dizer a verdade, nem parece que o codificador oitocentista português tivesse uma ideia muito clara sobre esta diferença dogmática entre o direito civil comum como *direito subsidiário* e como *direito integrador* do direito comercial.

Dá, pois, a sensação que o legislador parte, no art. 3º do cód. comercial, de uma ideia muito mais simples e intuitiva. Que o direito civil se aplica quando não haja norma especial mercantil, em sentido formal ou *uso de comércio*, em sentido material, enquanto fonte de produção autónoma de matéria de direito.

A omissão, nesse artigo, dos usos de *comércio* é natural dado o sentido *institucional* – de procedimento de produção – das *disposições gerais* do código comercial, em que esse preceito se incluiu [adentro do Livro I, relativo ao comércio em geral: v.g., da capacidade, da qualidade de comerciante].

Como direito subsidiário o direito civil colmata, como vimos, as lacunas *impensadas* do direito comercial. Quando, no âmbito material de aplicação do direito comercial enquanto direito especial, surgem casos nele não previstos e nem, tão pouco, há *usos* (cuja matéria se considere imediatamente incluída nos singulares contratos) de massa, constantes ou reiterados aceites por certos grupos de comerciantes, ou em certas actividades, então só nessa medida, será de recorrer ao direito subjectivo, ao direito civil<sup>(236)</sup>. Que o mesmo é dizer, lança-se mão do direito civil quando estamos perante verdadeiras lacunas de direito especial, não havendo mais remédio do que – como *mal menor* – socorreremo-nos, da lei civil, isto é, a do direito civil (comum).

Já naquelas zonas disciplinadas originariamente, pelo direito comercial (com um carácter fragmentário na medida em que, de caso pensado, se não encontraram especiais razões para as absorver, totalmente, na disciplina mercantil),

<sup>236)</sup> Também neste sentido, depõe o nº 3 do art. 560º do Cód. Civil. Na doutrina, igualmente nesta perspectiva, cfr. LEITE DE CAMPOS, D., *Anatocismo. Regras e usos particulares do comércio*, in Revista da Ordem dos Advogados, (48), Abril, 1988, pág. 36 e segs., esp. 56; GONDRA, J. A., *Derecho mercantil*, cit., pág. 162-163.

conta-se, directamente com a aplicação da disciplina contida na lei civil. Está-se, por conseguinte, aqui perante uma dimensão funcional diversa. O direito civil rege, neste domínio, directamente, a disciplina de relações mercantis, porquanto esta deliberadamente se alijou dessa tarefa. Faz, pois, sentido que, ao invés, nestas hipóteses, o direito civil (comum), aplicando-se directamente a certas relações mercantis (v.g., como se referiu, quanto aos efeitos da compra e venda mercantil) prevaleça sobre os *usos do comércio*.

O direito civil, nesta função integradora do regime legal ordenador da matéria mercantil não opera, pois, somente no plano da teoria geral do direito ou das obrigações e contratos mercantis (vícios de consentimentos, capacidade, etc.), mas também, dada a fragmentaridade deste subsistema de direito privado especial, a níveis inferiores de concretização normativa. Assim, por exemplo, como se referiu, em alguns contratos, em particular na compra e venda, revela-se, em certas fontes, deliberadamente fragmentário e incompleto, dando azo ao recurso directo do direito civil (arts. 874º e segs. do cód. civil).

## D. A legislação Mercantil

### I – As fontes do direito comercial interno

#### 1. O impacto da constituição no direito comercial

A constituição portuguesa foi resultado de um *consenso* e *compromisso* das forças políticas em 1976. Pode, pois, afirmar-se que não é uma constituição *neutral*, pois que constitucionaliza um determinado *modelo económico*: o da

economia de mercado. Contempla, também um modelo económico *misto*, traduzido num *pluralismo empresarial*; o que supõe reconhecer que o escopo lucrativo não é o único motor da actividade económica e que existem *sectores económicos* com características próprias.

O sector privado, o sector público (empresarial), o cooperativo. Parte-se, igualmente, do reconhecimento do princípio constitucional da *igualdade* (social), que reconhecendo a desigualdade real entre indivíduos, classes e grupos sociais, impõe que o Estado promova as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos e grupos sejam reais e efectivas, removendo os obstáculos que implicam ou dificultem a sua plena participação na vida política económica e social.

No quadro dos *direitos económicos sociais e culturais*, a constituição reconhece os direitos económicos que caracterizam e fundamentam o nosso sistema capitalista, de mercado aberto. Porém deixa ao legislador amplas faculdades de conformação desses direitos. Só que essa conformação não se move no quadro da *discricionabilidade legislativa*, pois impõe *obrigações* dirigidas ao Governo e à Assembleia da República. De resto, como já se salientou, esse preceitos constitucionais são elementos essenciais de *interpretação das leis* (em sentido material) *conforme a constituição* por parte do poder judicial.

a) O direito de propriedade (privada), pese embora se inclua no capítulo dos direitos económicos sociais e culturais, é um *direito fundamental* mas fora do *catálogo*, de natureza análoga (art. 17<sup>o</sup> da Constituição) aos inscritos no *catálogo dos direitos fundamentais*, nele se incluindo o direito de liberdade de empresa, a propriedade industrial, etc.

Assim, por exemplo, estarão sujeitas à reserva de lei formal da Assembleia da República, ou de decreto-lei autorizado, qualquer limitação administrativa ao estabelecimento de farmácias, de estabelecimentos fabris de indústrias transformadoras.

Assim como será inconstitucional um decreto-lei que proceda à expropriação de imóveis, onde se encontrem instalados estabelecimentos comerciais, à margem do estatuído no código das Expropriações; ou um acto administrativo, ainda que sob a forma de Decreto regulamentar, despacho normativo ou, mesmo decreto-lei, que imponha certa contitularidade de acções entre os accionistas de sociedade anónima, cuja(s) empresa(s) o Estado pretenda intervencionar, arrogando-se nos poderes de destituir e nomear administradores, ocupando os estabelecimentos, etc. Poderá, igualmente, discutir-se da legalidade da alteração dos Estatutos de uma sociedade por quotas, que reduza ou suprima os direitos sociais dos usufrutuários de quotas (v.g., o direito de preferência na alienação de partes sociais); ou da constitucionalidade de uma lei que permita ao governo dissolver sociedades e liquidar o seu património, independentemente de acordo dos accionistas é do recurso ao processo falimentar (excepto certos estabelecimentos bancários, regido por legislação especial); ou a possibilidade de a lei outorgar ao tribunal competente o poder de decretar a falência independentemente de audiência do requerido. Já se vê que, nalguns destes exemplos, para além do direito de propriedade se esgrimem outras posições subjectivas básicas, como o princípio do contraditório, o acesso ao direito, e outras institucionais, de organização do poder, como o princípio da separação de poderes.

No domínio da *liberdade de escolha de profissão* e de associação destaca-se não só a possibilidade de os Clubes de

Futebol poderem ou não juridicamente revestir a forma de sociedades comerciais, mas também o carácter peculiar das associações públicas de profissionais (Ordem dos Advogados, médicos, solicitadores, revisores oficiais de contas, engenheiros) e a inconstitucionalidade das normas que permitem à Administração substituir-se ao legislador na fixação de pressupostos subjectivos de *inscrição* da respectiva ordem.

No domínio do segredo profissional e do direito à reserva e intimidade da vida pessoal e familiar, igualmente, se problematiza, na indústria dos serviços financeiros, a constitucionalidade do acesso a contas bancárias, para efeitos fiscais e de combate à criminalidade violenta (v.g., nos casos de *empresas mafiosas*; cujos empresários possam incorrer na previsão do tipo de associação criminosa).

No quadro do princípio da igualdade e de liberdade de empresa, (no caso, liberdade de organização dos factores produtivos) poderia sempre discutir-se da legitimidade constitucional das normas do regime da cessação do contrato individual de trabalho que dão preferência ao trabalhador contratado a termo, na passagem ao quadro permanente (art. 54º/1, do DL nº 64-A/89, de 27-2) ou que proibem, cessado o contrato de trabalho que tenha durado mais de doze meses, uma nova admissão, a termo certo ou incerto, para o mesmo posto de trabalho, até que não decorram três meses (art. 47º, idem). E bem assim a discriminação das *pequenas empresas* em face das restantes, para efeitos do art. 15º/1, do mesmo diploma (relativamente às formalidades do despedimento individual por justa causa).

b) No que ao *pluralismo empresarial* diz respeito (art. 62º/1, 87º/1 e 2, d, 61º/1 e 2, da constituição), a constituição préfigura várias formas de empresa: a empresa

privada, a empresa pública e a empresa cooperativa (61º/2, 82º/2 e 4, 87º/1)<sup>(237)</sup>. Por outro lado, o arts 81º/c, e, f, 82º/2 e 87º/2 reconhecem a iniciativa pública na actividade económica sem mais restrições do que as que derivam, expressamente desses normativos e com respeito pela *economia de mercado*.

Não se aceitou, pois, o *princípio da subsidiariedade* que caracterizou quer a política económica corporativo-fascista, quer a política neo-liberal [arts. 80º/b, 81º/b, 82º/1 e 2]. Além de que, a alínea e) do art. 80º exige uma protecção adicional do sector cooperativo, seja porque não persegue o escopo lucrativo, funciona ao serviço dos seus cooperantes, seja, também, porque, em regra, agrupa grupos sociais mais modestos e, realiza, exponencialmente, o princípio constitucional da igualdade económica e social.

c) Note-se que, pelo que concerne à competência legislativa da Assembleia da República em *matéria mercantil* não é sempre claro que o Governo, querendo sobre isso legislar, tenha sempre que munir-se de autorização legislativa. Isso só será assim se se entender que o art. 168º da constituição, relativo à reserva relativa de competência legislativa, abarca toda a matéria mercantil.

O conceito de *matéria mercantil* ou de *legislação mercantil*, para estes efeitos é, normalmente, polissémico. Pois, pode entender-se que nos referimos a: 1) Conjunto de normas públicas e privadas relativas ao mercado; ou 2) o direito privado da *matéria mercantil*, integrado por normas civis e comerciais; ou 3) o direito privado especial, delimitado pelo Código Comercial.

<sup>(237)</sup> Sem prejuízo da existência de figuras empresariais *híbridas*, como é o caso das *empresas de economia mista e empresas de capitais públicos* cfr. LEAL AMADO, *Breves considerações em torno das sociedades de economia mista*, separata do vol. L XIV (1988), do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.



Na verdade, trata-se de um *conceito aberto*, que, delimitado somente pelo código comercial, impedirá, certamente, uma definição com *pretensão de permanência*. Seja, por isso, qual for o critério que se adopte nessa matéria haverá que incluir-se, em todo o caso, a disciplina das relações jurídico-privadas dos empresários mercantis ou comerciantes.

E, normalmente não será o caso, a não ser se estiverem em causa direitos liberdades e garantias (art. 168º/1, b), como o direito de propriedade, o princípio da igualdade, a liberdade de empresa (a liberdade de iniciativa económica privada), ou a definição de crimes e contraordenações.

Note-se que, igualmente, a legislação em matéria de protecção dos direitos dos consumidores, pese embora não seja legislação mercantil, inclui-se na reserva relativa da Assembleia da República, na medida em que se entenda se trata de direitos fundamentais de natureza análoga aos inscritos nos arts. 12º e segs da constituição. Igualmente se insere na reserva relativa da A.R. a matéria atinente à concorrência desleal e às práticas restritivas da concorrência, se e quando nelas concorrer a previsão de crimes ou contraordenações.

Mas já não a matéria concernente, v.g., ao horário de abertura e encerramento dos estabelecimentos industriais, a classificação das actividades industriais, para efeitos de licenciamento, a disciplina do Código das Sociedades Comerciais, etc.

## II – Legislação interna

Após a promulgação do código comercial de 1888 desde cedo se iniciou um processo de legiferação, vazado em leis avulsas ou em codificações de matéria mercantil (v.g., código das Sociedades Comerciais, Código do Registo Comercial), que, progressivamente completou e/ou derrogou o direito comercial originariamente aí contido.

Do ponto de vista do sistema de fontes e no tocante à interpretação e integração das normas mercantis é mister, obviamente, estender a aplicabilidade do art. 3º do Código Comercial a toda esta *legislação especial*.

Eventualmente, como vimos, poder-se-à questionar o que se deva considerar por legislação mercantil. Na verdade, o jaez *especial* das leis resolve, por si mesmo, o problema ao fixarem o *sector normativo* a que se aplicam. A especialidade mercantil das leis deve derivar, como é óbvio, da matéria sobre que se projectam, em razão da sua teleologia, independentemente da sua pertinência *formal* a outra disciplina jurídica, como é direito civil.

Assim, para além dos diplomas, geralmente apontados na doutrina mais recente<sup>(238)</sup> e da perspectiva da feitura de um novo Código Comercial<sup>(239)</sup>, destacam-se, ainda, os seguintes diplomas, a saber.

- DL nº 3/94, de 11-1 (aletera o regime jurídico das agências de câmbios);
- DL nº 382/93, de 18-11 (sociedades de agricultura em grupo);
- DL nº 371/93, de 29-10 (estabelece o regime geral da defesa e promoção da concorrência);
- DL nº 370/93, de 29-10 (proibe práticas individuais restritivas de comércio);
- DL nº 287/93, de 20-8 (transforma a Caixa Geral de Depósitos em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos);
- DL nº 267/93, de 31-7 (altera as competências atribuídas aos processos de constituição de sociedades comerciais, dando nova redacção aos arts. 45º e 48º do cód. Reg. Comercial);
- DL nº 252/93, de 14-7 (altera o DL nº 122/79, de 8 de Maio, sobre a venda ambulante);
- DL nº 251/93, de 14-7 (altera o DL nº 252/86, sobre actividade de comércio a retalho exercida pelos feirantes);
- DL nº 132/93, de 23-4 (Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência);
- DL nº 118/93, de 13-4 (altera o regime jurídico do contrato de agência, constante do DL nº 178/86, de 3-7);

<sup>(238)</sup> Cfr., BRITO CORREIA, L., *Direito Comercial*, cit., I, pág. 77 e segs.

<sup>(239)</sup> Trabalho para que foi encarregada uma comissão de revisão, nomeada pelo despacho nº 13/85, de 8-2. FERRER CORREIA, *Sobre a reforma...*, cit., págs 5 e segs.

- DL nº 107/93, de 7-4 (regula a aplicação a Portugal do tratado de cooperação em matéria de patentes de 19-6-1970);
- DL nº 88/93, de 23-3 (constitui a sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos Parque EXPO98, S.A.);
- DL nº 20/93, de 26-1 (altera o art. 10º/2, c, do código das sociedades comerciais e o DL nº 42/89, de 3-2);
- DL nº 298/92, de 31-12, 6º Suplemento (aprova o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras);
- DL nº 285/92, de 19-12 (regula o exercício da actividade de mediação imobiliária);
- DL nº 283/92, de 19-12 (altera o art. 71º do Decreto nº 10634, de 20-3-1925, sobre operações de comércio bancário);
- DL nº 225/92, de 21-10 (complementa a transposição do Conselho nº 80/666/CEE de 21-12, relativa às sucursais criadas num Estado-membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado);
- DL nº 44/92, de 31-3 (altera o DL nº 354/86, de 23-12, que estabelece formas relativas ao exercício da indústria de aluguer de veículos automóveis sem condutor);
- DL nº 42/92, de 31-3 (estabelece regras de aplicação da convenção de Munique sobre a Patente Europeia);
- DL nº 9/92, de 22-1 (altera o regime do balanço social das empresas, aprovado pela Lei nº 141/85, de 14-11);
- DL nº 433/91, de 7-11 (funde os regimes jurídicos das sociedades de capital de risco e das sociedades de fomento empresarial: DL nº 17/86, de 5-2 e DL nº 248/88, de 15-7, respectivamente);
- DL nº 417/91, de 26-10 (altera os Decretos-leis nºs. 229-C/88, 229-E/88 e 229-I/88, de 4-7, sobre fundos de investimento mobiliário e imobiliário);
- DL nº 408/91, de 17-10 (regime jurídico das obrigações de caixa);
- DL nº 238/91, de 2-7 (consolidação de contas de sociedades);
- DL nº 213/91, de 17-6 (permite o reembolso de títulos de participação que sejam utilizados para a subscrição de acções em aumentos de capital);
- DL nº 171/91, de 10-5 (atribui prioridade aos registos de constituição de sociedades ou de início de actividades de comerciantes individuais);
- DL nº 142-A/91, de 10-4 (Código do Mercado de Valores Mobiliários);
- DL nº 10/91, de 9-1 (aprova o regime da locação financeira de imóveis);
- DL nº 308/90, de 29-9 (regime jurídico das sociedades de investimento);
- DL nº 320/89, de 25-9 (alarga a outras entidades, que não sociedades anónimas e sociedades por quotas, a possibilidade de emitir obrigações);
- DL nº 49/89, de 22-2 (financiamento da aquisição de bens e serviços a crédito; disciplina jurídica das empresas que se dediquem a esta actividade);
- DL nº 495/88, de 30-12 (regime jurídico das sociedades gestoras de participações sociais);
- DL nº 17/86, de 5-2 (sociedades de capital de risco).

### III – Fontes internacionais

Com a crescente interdependência das economias nacionais (o factor internacional, tão influente na génese do direito comercial) assumiu renovado significado enquanto propulsor de um processo de unificação dos direitos estaduais.

1. O concurso de uma pluralidade de ordenamentos nacionais com pretensão de disciplinarem relações jurídicas, que apresentam elementos de conexão com outras ordens jurídicas, constitui um evidente elemento perturbador do desenvolvimento do comércio internacional pela insegurança jurídica a que dá lugar.

É certo que todos os ordenamentos estaduais manifestam uma disposição de reconhecer, por via de regra, a eventual aplicação de direito estrangeiro, pelos seus tribunais, contanto que a situação jurídica plurilocalizada tenha uma relação mais intensa com um ordenamento jurídico estrangeiro. As designadas *normas de conflitos* (vide, arts. 14º e segs. do código civil), que se contêm em todos as codificações civilistas<sup>(240)</sup> são expressão desta *concessão à comitas gentium*, por parte dos legisladores nacionais.

Todavia, constata-se a falta de unidade dos *elementos de conexão* (residência, lugar do cumprimento das obrigações, nacionalidade, lugar da prática do facto ilícito,...), que nas normas de conflitos de leis nacionais se elegem como determinantes para o efeito de se atribuir competência de regulamentação a cada ordenamento

<sup>(240)</sup> Repare-se que outras disposições existem, no código comercial, sobre normas de conflitos, cuja actual vigência tem sido objecto de controvérsia: arts. 4º, 109º, 110º, 111º, 488º, 674º, nº 1. E isto em face dos arts. 35º, 41º, 42º, 45º, todos do código civil de 1966. Sobre isto, cfr., OLIVEIRA VAZ, *Da vigência das normas de conflitos contidas no código comercial após a entrada em vigor do código civil de 1966*, in *As operações comerciais*, Coimbra, 1988, pág. 129 e segs.

nacional. A relação, no domínio das *normas de conflitos*, dos *elementos de conexão* que se reputam relevantes para determinar a lei nacional aplicável diferem, bastas vezes, de ordenamento para ordenamento.

São, porém, significativos os progressos realizados no campo deste *direito de conflitos de leis*. O que, indubitavelmente, representa um importante contributo para existência de segurança jurídica nas relações comerciais internacionais.

Destaca-se, em particular, os resultados alcançados, sob a iniciativa da conferência de Haia sobre direito internacional privado, no campo da unificação das normas de conflitos [v.g., o Projecto de convenção sobre a lei aplicável às sucessões, aprovado na XVI sessão da conferência de Haia, em Outubro de 1988; a convenção de Haia de 1986, sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias; a convenção de Haia de 1978, sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação; a convenção de Haia, de 1985, relativa à lei aplicável aos «trusts»] e os da comunidade Europeia [é o caso da convenção de Roma, de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, já vigente em Portugal] tudo sob o pano de fundo de limitar, quanto possível, o recurso à autonomia da vontade (das partes) como critério de conexão, sublinhando-se, por vezes, que a validade da escolha, pelas partes contratantes, da lei aplicável, não possa pôr em causa a aplicação das normas imperativas da ordem jurídica onde se situam a maioria dos elementos de conexão (residência das partes, lugar do cumprimento, etc.) ou a escolha, materialmente feita pelos próprias convenções, de forma imperativa, da aplicabilidade de certas leis nacionais [v.g., lei do estado da residência do consumidor, mesmo que, segundo as regras de conflitos de foro, — isto é, nacionais — devesse ser aplicável a lei de Estado onde empresa fornecedora do produto ou serviço se situa]<sup>(241)</sup>. Porém,

<sup>(241)</sup> Cfr., LAGARDE, P., *La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, in *Perre Critique*, v. 78, 1989, pág. 249 e segs.; GRUBER/MAGITOT, *Les conflits de costumes em matière de contrats dans la jurisprudence des Parlements de Dumolin au Code Civil*, Paris, 1980, pág. 16 e segs.; BATIFFOL, H., *Contrats et conventions*, Dalloz Droit International,

não se esqueça quanto é vantajoso o recurso à vontade das partes como critério determinador da lei aplicável (v.g., protecção da confiança, certeza, segurança jurídicas) a uma determinada relação jurídico-comercial internacional. Porém, constata-se sempre aqui uma certa *standardização* ou unificação, através da importância que, no domínio contratual, é reconhecida à vontade das partes.

Só que a unificação deste tipo de normas não logra propiciar uma resposta plenamente satisfatória do problema.

Com efeito, há sectores importantes do direito comercial que são delineados pelo legislador nacional com uma pretensão de vigência territorial excludente de outros ordenamentos, ainda que com algumas excepções.

Em particular aqueles sectores caracterizados por um acusado propósito *institucional-ordenador*, como é o direito da concorrência<sup>(242)</sup>. Ou aqueles outros como o direito de patentes, de elevado jaez político-económico. E, inclusivamente, o direito das sociedades que se caracteriza, sobretudo nos ordenamentos europeus, por uma notória vertente político-ordenadora. O que determina que se projecte com uma deliberada intenção de vigência territorial.

Doutra sorte, não pode olvidar-se a natural e comprovada tendência de os tribunais dos Estados aplicarem a própria *lex jori*, em face de evidentes dificuldades de

vol. I, Paris, pág. 562 e segs.; MAGALHÃES COLAÇO, I., *Da compra e venda em direito internacional privado. Aspectos fundamentais*, Lisboa, 1950; WILLIAMS, P. R., *The EEC convention on the law applicable to contractual obligations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 35, (1986), pág. 1 e segs.; MOURA RAMOS, *L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé*, Coimbra, 1988 (separata do B.F.D.U.C., vol. 63, 1987), pág. 25 e segs.; HAY, P./MÜLLER W./FREIENFELDS, *Agency in the conflict of laws and the 1978 Hague Convention*, in *The American Journal of Comparative Law* 1979, pág. 1 e segs.; MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, in B.F.D.U.C., (suplemento XXXVI), Coimbra, 1991, pág. 441 e segs.

<sup>(242)</sup> Cfr., a este propósito o ACSTJ, de 31-3-1993 (CUNHA LOPES), ao considerar que as regras de direito comunitário da concorrência só proibem as restrições de concorrência derivadas de certas práticas, se forem susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros.

conhecimento, interpretação e *qualificação* do direito estrangeiro. Ocorre, pois, não raro uma desvalorização das regras de conflitos, conduzindo de forma directa ao predomínio da *lei do foro*, à tendência para o *ficar em casa*. O que, se não preclui as legítimas expectativas dos sujeitos por atentar contra a continuidade da sua vida jurídica nas relações plurilocalizadas (objecto com que, aliás, se identifica o direito internacional privado), não deixa de constituir uma total negação dos fins para que esta disciplina vai dirigida.

Os sistemas conflituais nacionais recorrem abundantemente à *lei do foro*, em via de recurso, consagrando, assim a sua vocação subsidiária enquanto solução a adoptar no domínio dos conflitos de leis. Traduz-se a ideia de que a *lei do foro* possui uma aptidão eventual para regular as situações internacionais. Uma vez que a solução a que a aplicação do sistema das normas de conflitos (arts. 14º e segs. do código civil) conduz não possa ou não deva ser aplicada (v.g., por impossibilidade de concretização do elemento de conexão relevante, de averiguação do conteúdo da lei estrangeira por ele designada, por contradição frontal em que a lei estrangeira designada competente se encontra perante os valores jurídicos essenciais do Estado do foro] seria a *lex fori* que, fatalmente, deveria emergir como regulamentação a adoptar. É esta a solução que inúmeras ordenamentos, como o português consagrou. Só que a *jurisdicionalização* da vida privada internacional tende, na prática, a afirmar a aplicação da lei do foro, corroborando a tradição de os juízes previligarem esta *lex fori*<sup>(243)</sup>, com os inevitáveis riscos que da sua adopção advêm para a estabilidade das situações jurídicas internacionais<sup>(244)</sup>.

<sup>(243)</sup> Sobre isto, cfr. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général du droit international privé*, Recueil des cours, t. 176 (1982-III), pág. 58 e segs e 122 e segs; FERRER CORREIA, *O direito internacional privado e o princípio da igualdade*; MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit. pág. 144 e segs e 153 e segs e 165 e segs.

<sup>(244)</sup> FERRER CORREIA, *Direito internacional privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1985, pág. 24; BALLADORE/PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato Italiano*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dir. por CUCU e MESSINEO, vol. XLV, Miliano, 1974, pág. 8.

Demais que, o próprio sistema das normas de conflitos padece de um *deficit crónico* do ponto de vista das exigências normativas do comércio internacional. Levando o problema ao extremo, por vezes, resolve-se um conflito remetendo ao regime jurídico substantivo de uma lei estrangeira que, por princípio, raras vezes toma em consideração aquelas exigências normativas específicas.

Pense-se que há figuras jurídicas – como, por exemplo, o *crédito documentário* – próprios e específicos deste tráfico económico internacional.

Frequentemente ocorre, por isso, a desagregação do regime do negócio jurídico plurilocalizado quando este apresenta relações ou aspectos que se conectam, através do jogo das *regras de conflitos*, com diferentes leis nacionais.

Intui-se, pois, uma certa incongruência na disciplina jurídica das relações económicas internacionais, por causa do recurso a normas – dadas pelo direito conflitual – pensadas para o tráfico jurídico-mercantil interno. A própria unificação das normas de conflitos, conquanto seja um objectivo que não cabe menosprezar, sendo, com frequência, o único que se pode atingir num prazo relativamente curto, não representa, ainda, uma solução plenamente satisfatória para o desenvolvimento da economia internacional do nosso tempo.

Daí a aspiração, cronicamente sentida, da unificação, que não do direito de conflitos, outrossim do direito material. Ou seja, a construção de um direito substantivo uniforme (do comércio internacional). E, de facto, este representa uma dupla vantagem comparativa, relativamente à mera *unificação* das regras de conflitos. Por um lado, constitui um método *preventivo* de conflito de leis, em contraposição ao carácter *patológico* – vale dizer, pós facto consumado de conflito – de que se reveste o tradicional esquema das *normas*

*de conflitos*. O direito uniforme evita, por princípio, o conflito entre várias leis nacionais que se arrogam simultaneamente aplicáveis. Por outro lado, a elaboração do direito uniforme permite estabelecer uma disciplina adequada às exigências específicas do tráfico comercial internacional.

O processo de conformação de um direito uniforme, no domínio do direito comercial, conta com mais de um século de história.

Elaboraram-se já, de facto, inúmeras convenções internacionais, que cobrem vastas áreas de direito comercial. Desde as primeiras manifestações no sector da propriedade industrial<sup>(245)</sup>, passando pelas convenções atinentes ao tráfico comercial marítimo (sobre privilégios e hipotecas de navios, embargos de navios, etc.)<sup>(246)</sup>, pelo sector do direito dos transportes (rodoviário, ferroviário, misto), até à unificação do direito da compra e venda internacional de mercadorias e a institucionalização da arbitragem comercial internacional, o direito uniforme estende-se, ao menos formalmente, aos sectores mais representativas do direito comercial.

<sup>(245)</sup> É o caso, por exemplo, da convenção da União de Paris de 20-3-1883; dos Acordos de Madrid, de 14-4-1891 (sobre falsas indicações de proveniência e registo internacional de marcas), o Acordo de Nice, de 15-6-1957, relativo à classificação internacional dos produtos e serviços aos quais se aplicam as marcas de fábrica ou de comércio; o Acordo de Lisboa, de 31-10-58, relativo à protecção das denominações de origem e ao registo internacional; o tratado de cooperação em matéria de patentes, de 19-6-1976 (cuja aplicação a Portugal foi realizada, recentemente, pelo Decreto-Lei nº 107/93, de 7-4).

<sup>(246)</sup> Cfr., por exemplo, a convenção de Bruxelas de 1924, vigente em Portugal sobre regras de transporte por conhecimento de embarque; idem, de 1910, sobre assistência e salvamento; ibidem, de 10-4-1926, sobre privilégios de navios; ibidem, de 25-8-1924, sobre limitação da responsabilidade dos proprietários de navios; a convenção de Atenas, de 13-12-1974, relativa ao transporte de passageiros e respectiva tripulação por mar. Vide, sobre isto, ABRAHAM, *Das Seerecht*, 4ª ed., Berlim, 1974; ARROYO, *Convenios internacionales marítimos*, 3 vols., Barcelona, 1986; RODIÈRE/PONTAVICE, *Droit maritime*, 11ª ed., Paris, 1991; CHORLEY/GILES, *Shipping Law*, 8ª ed., London, 1987; GRIME, *Shipping Law*, 2ª ed., 1992; RIPERT, *Les procédés de l'unification internationale du droit maritime*, in Scritti Scialoja, Bologna, 1952, I, pág. 223 e segs.; RUBIO, *Derecho marítimo e derecho aereo*, in Anuario de Derecho Civil, 1952, pág. 552 e segs.; ALONSOLEDESMA, *La aplicación en España del convenio de Bruselas de 1926 sobre privilegios marítimos*, in Revista de Derecho Mercantil, 1990, pág. 95 e segs.; CHAUVEAU, *Le droit maritime en révolution*, in Estudios Carrigues, Madrid, 1971, II, pág. 183 e segs.; URIA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 1031 e segs.

2. As dificuldades que constroem a criação e, sobretudo, a efectiva implantação deste direito internacional uniforme do comércio são, não obstante, de assinalável relevância.

*Prima facie*, deve significar-se que a predisposição dos Estados no sentido de atribuir relevância jurídica, no seu território, a este direito uniforme, de inspiração internacionalista, é muito menor na zona do direito material do que na do direito de conflitos (no direito internacional privado). Tende-se, pois a configurar este direito comercial uniforme, ao menos preferentemente, no sector das relações comerciais de estrito carácter internacional.

Desta forma, aparenta-se ele como um sistema de normas – obviamente inorgânico – que se projecta sobre o tráfico comercial internacional e, enquanto tal, se justapõe ao direito estadual, que disciplina o tráfico económico interno.

Este direito mercantil internacional faz, de certa forma recordar o velho *ius gentium* romano, ainda que, obviamente o seu fundamento de vigência seja distinto.

Este moderno direito comercial internacional uniforme aparenta-se como um direito que, sem perder o seu carácter estadual no que toca ao seu fundamento formal de vigência, tende a inspirar-se em princípios comuns a outros ordenamentos jurídicos, adaptando-se às particulares exigências do tráfico mercantil internacional.

Só, excepcionalmente, algumas convenções – como as de Genebra, sobre as letras e livranças e cheques, de 1930-31 – foram concebidas com a pretensão de uniformizarem totalmente o correspondente sector normativo dos direitos estaduais.

Em segundo lugar, a real significação das vantagens alcançadas no âmbito da unificação legislativa do direito comercial internacional é bem mais modesta do que, à primeira vista, poderia levar a supôr.

De facto, há que salientar a tendência de os Estados retardarem a incorporação definitiva deste direito uniforme no seu ordenamento. A ratificação das convenções tende a ser lenta e com frequência, nem sequer ocorre. Com o que o âmbito de vigência deste direito uniforme fica muito á quem do estalão de universalidade que se pretende.

Numerosas convenções internacionais não lograram, de facto, mais do que uma unificação a nível europeu.

A este propósito tem sido relevante o papel do *Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)*, com sede em Roma, assim como, no sector do direito marítimo, o *Comité Marítimo Internacional* ou, com uma projecção regional europeia, o labor desempenhado pelo *Conselho da Europa*.

Precisamente para responder ao desejo de assegurar uma mais ampla representação do conjunto de países que integram a Comunidade Internacional nos trabalhos prelegislativos de unificação do direito comercial internacional, foi criada, em 1966, a *Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)*, encarregada de conduzir o processo de unificação universal do direito comercial.

Em terceiro lugar, há que ter em conta a circunstância de a vigência de algumas destas convenções ter sido obtida a troco de substanciais concessões aos legisladores estaduais, vazadas em inúmeras *reservas* que lhes foi facultado introduzir no conteúdo daqueles outros.

Do Anexo II da Convenção de Genebra sobre Letras e Livranças, constava uma enumeração taxativa das matérias sobre os quais os Estados aderentes poderiam legislar, afastando, mesmo, a regulamentação da Lei Uniforme. Porém, Portugal não reservou essa faculdade, mas o mesmo não sucedeu no ordenamento espanhol relativamente ao problema da *provisão* (vide, art. 16º do Anexo II, desta convenção). Portugal, a esse nível, tão só exarou na acta de depósito da convenção a declaração de que as suas disposições não se aplicavam ao território colonial português, tendo, posteriormente, declarado sem efeito essa reserva.

Finalmente, cabe significar que o processo de unificação jurídica se revela, até certo ponto, como um processo legislativo, permanentemente inacabado, pois que, a sua *jurisdicionalização* pelos tribunais nacionais, induz, quase inevitavelmente, uma tendência *fragmentadora*. Na verdade, a aplicabilidade e inserção deste direito uniforme em cada ordenamento jurídico estadual determina, inevitavelmente que, no seu desenvolvimento jurisprudencial, se manifeste uma tendência de assimilação ou *absorção* por parte de cada ordenamento jurídico, ocorrendo, não raro, divergências na interpretação e aplicação deste direito.

Daí que se comece a incluir nas mais recentes convenções um preceito *de estilo*, no sentido de fazer guiar a interpretação e aplicação da respectiva convenção de acordo com a teleologia uniformizadora perseguida pelo legislador internacional (vide, por exemplo, o art. 7º/1, da Convenção de Viena sobre a venda internacional).

Dificuldades estas que têm conduzido certos sectores da doutrina moderna a promover e eleger outras vias mais *pragmáticas* de unificação do Direito Comercial, mormente as tendências uniformizadoras que se manifestam no quadro do direito de *produção autónoma* [v.g., usos internacionais de comércio, os contratos-tipo, as cláusulas tipicamente utilizador na contratação internacional para definir, por exemplo, as obrigações das partes no que toca à entrega de mercadorias e ao risco pelo seu parecimento – *INCOTERMS* – a auto-disciplina ou autoregulamentação dos profissionais do comércio e indústria, promovida através da edição de *codigos de conduta* ou de comportamento (códigos de ética, códigos deontológicos, códigos de boas práticas)], como adiante se verá.

3. Relativamente ao direito internacional comercial particular, ou seja, constante de tratados ou acordos em que participe o Estado português, a Constituição parece ter aderido à tese da *recepção automática*, (art. 8º/2 da constituição) condicionada apenas ao facto de a eficácia interna depender da sua *publicação oficial*, aceitando o legislador a vigência das normas internacionais como tais e não como normas internas, pese embora a constituição fale em *normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas*. Adota-se, igualmente, a posição que defende que este direito internacional convencional tem valor *infraconstitucional mas supralegislativo*<sup>(247)</sup>.

#### IV – Fontes Comunitárias

Com a adesão de Portugal em 1986, ao Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia, iniciou-se um processo de integração económica de âmbito regional.

Este processo comporta, por sua vez um paralelo procedimento de integração normativa que, sob diversas manifestações no que tange às suas fontes formais de produção, afecta amplas zonas do direito comercial.

1. Para intuir o significado, o alcance e as manifestações deste processo de unificação do direito europeu é mister tomar em consideração os pressupostos e os objectivos, tanto de ordem político-económica, como

<sup>(247)</sup> Cfr. AZEVEDO SOARES, *Relações entre o direito internacional e o Direito interno*, Coimbra, 1979; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anotação do art. 8º; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 911 e segs.

político-constitucional, sob que se vem constituindo a associação de países que, hoje, integram a União Europeia<sup>(248)</sup>, instituído, sob a designação de Comunidade Económica Europeia, em 1957.

Com efeito, no art. 2º do Tratado de Roma (fonte *primária* de direito comunitário) são referidos os objectivos gerais e os instrumentos institucionais adstritos à sua consecução:

*A comunidade terá por objectivo promover, mediante o estabelecimento de um mercado comum e pela progressiva aproximação das políticas económicas dos Estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas (...).*

A União Europeia é, pois, concebida como associação funcional de Estados – organização internacional regional de *natureza mista* fundada com base num tratado internacional, podendo emanar normas *directamente* disciplinadoras de certas, relações jurídicas nos ordenamentos estaduais – com a finalidade de consideração em comum, de objectivos político-económicos e sociais de largo espectro.

É facto que no plano jurídico-constitucional, a União Europeia constitui uma forma de organização *sui generis*, de difícil cabimento nas formas associativas clássicas. Certamente transcende o plano de uma simples organização de cooperação internacional entre Estados, contendo elementos claríssimos de supranacionalidade, através da concessão a órgãos comunitários de competências originariamente adscritas à soberania estadual. Esta repartição de competências realiza-se através de um complexo sistema, que prevê extremadamente a especificação não só das matérias cuja regulamentação foi transferida para os

<sup>(248)</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos GONDRA, J. M., *Integración Económica e integración jurídica en el marco de la comunidad Europea*, in Tratado de Derecho Comunitário, dir. por GARCIA DE ENTERRIA, G. CAMPOS e M. MACHADO, t. 1, Madrid, 1986, pág. 275 e segs.

órgãos comunitários, mas também os instrumentos técnico-normativos que lhe é lícito utilizar no exercício das suas competências normativas (directivas, regulamentos, recomendações).

Os objectivos que se lhe assinalam são, regra geral, os que caracterizam o Estado Moderno, o *Estado de bem-estar* [desenvolvimento económico harmonioso, crescimento, estabilidade económica, elevação do nível de rendimento], para além dos que emergem dos propósitos associativos que originaram o estabelecimento da União (interpenetração das economias e, hoje, das comunidades políticas que concorrem nos Estados-Membros).

Visa-se, pois, um *mercado comum* e a *aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros*. O primeiro objectivo constitui, sem dúvida, o instrumento principal da integração económica europeia. É que esta vem, no tratado de Roma, concebida como um processo que, ao menos preferentemente, se desenvolve por via da actuação dos agentes económicos, no quadro da liberdade de iniciativa económica privada, através do estabelecimento de um mercado interior<sup>(249)</sup>.

O que se entende por *Mercado interior* explicita-se, hoje, no art. 8º-A/2, do Tratado, introduzido pelo *Acto Único Europeu* de 1986:

*O mercado interior implicará um espaço sem fronteiras interiores, onde a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais se garante de acordo com as disposições do presente tratado.*

<sup>(249)</sup> No plano da política económica, para além das designadas políticas comuns (agrícola, de transportes, política comercial exterior), a *União* não conta, no tratado de Roma, com efectivas e próprias competências para impor a referida aproximação; o que, neste sentido, não passa de uma declaração meramente pragmática. De resto, a modesta reforma do *Tratado de Roma*, introduzida pelo *Acto Único Europeu*, de 1986 representou um impulso ao desenvolvimento e aprofundamento das competências comunitários já existentes, em matéria de Política social e económica, como decorre do novo artigo 100º-A, do tratado.

O estabelecimento de um mercado comum supõe, pois, a criação de um espaço económico integrado, projectado sobre o território pertencente a diversas soberanias políticas nacionais, onde é garantia uma livre circulação não só de mercadorias, mas também de *factores de produção* (capital, trabalho, organização-empresa).

Neste sentido, o conceito de mercado comum (interior), no quadro do aspecto tipológico das formas de integração económica internacionais, representa um processo intermédio entre as formas mais dúcteis – zona de livre comércio, união aduaneira – e as mais rígidas e intensas, representadas por uma verdadeira *união económica*, onde a integração se projecta abertamente no terreno da Política económica.

Na medida em que a dinâmica evolutiva dos processos de integração económica naturalmente pressiona a passagem a níveis superiores de integração, também este processo europeu sentiu a necessidade de colocar como objectivo a união económica plena. A falta de idoneidade do Tratado de Roma, no tocante à realização deste objectivo último gerou a reforma deste instrumento fundador, através do fortalecimento, no *Acto Único*, de 1986, das competências originárias, para o efeito da efectiva instauração, que ocorreu em Novembro de 1993, (ao derredor do aprofundamento que teve lugar com o Tratado de Maastricht) do mercado comum interior.

2. O estabelecimento de um mercado comum interior requer, necessariamente, a contribuição do direito. É o que implicitamente se descortina do citado artigo 8º-A, introduzido pelo *Acto Único*, ao fazer referência à circunstância de a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais estar *garantido* à luz da disposição do Tratado.

A ordenação constitucional-económica do mercado vem estabelecida no próprio Tratado de Roma. Esta *ordenação institucional* orienta-se, *ultima ratio*, no sentido



da instauração dos dois princípios básicos materiais da ideia de mercado (económico): liberdade e igualdade do mercado.

A *liberdade do mercado* exige a remoção de todos os obstáculos directos e indirectos à livre circulação de mercadorias (contingentação, sobretaxas de importação) e livre mobilidade de factores produtivos. Tal é o objectivo que se persegue com o estabelecimento, no Tratado (arts. 3º/a e c, 9º, 48º, 52º, 59º, 67º e segs) das designadas quatro liberdades (de mercadorias, pessoas, capitais e serviços). O que supõe, definitivamente, a simultânea renúncia, pelos Estados-membros, aos instrumentos e recursos tradicionais da política comercial exterior<sup>(250)</sup>.

O segundo, a *igualdade de mercado*, reclama, por sua vez, a eliminação de qualquer tratamento discriminatório (art. 7º) em razão da origem, procedência ou nacionalidade das pessoas, mercadorias ou serviços.

Enquanto factor consequencial do princípio da *igualdade de mercado*, particular significado assume, no tocante ao direito comercial, o regime da concorrência (arts. 3º/f e 85º e segs. do Tratado), que se orienta no enfoque de uma efectiva igualdade de oportunidades no mercado económico europeu.

Conquanto, em princípio, sé deva reger as condutas anti-concorrenciais que façam sentir os seus efeitos danosos nas trocas económicas interestaduais<sup>(251)</sup> (arts. 85º e 86º, in fine), de

<sup>(250)</sup> Conforme decorre dos arts. 52º e segs. do Tratado de Roma a liberdade de estabelecimento consiste na faculdade de os industriais, comerciantes, agricultores e os profissionais independentes de um Estado membro da comunidade se poderem estabelecer e gerir as empresas que criem, em qualquer outro país membros, nas circunstâncias definidas pela legislação do país de estabelecimento, aplicável aos correspondentes agentes económicos nacionais.

Por sua vez, o art. 59º do Tratado (a liberdade de prestação de serviços) tem por objecto o direito de os nacionais de qualquer Estado membro poderem livremente propôr ou prestar os respectivos serviços a clientes de qualquer outro estado membro em condições idênticas àquelas de que beneficiam os operadores nacionais.

<sup>(251)</sup> Neste sentido, também, Cfr. AcSTJ, de 31-1-1993, citado, supra nota 242; AcSTJ de 29/11/1989, in Documentação e Direito comparado, nº 39/40, 1989, pág. 51 e segs. (ao considerar que, inexistindo qualquer elemento de conexão com alguma das práticas previstas no art. 85º do

facto, o seu desenvolvimento jurisprudencial evidenciou uma crescente interpretação extensiva do campo de aplicação deste regime. (v.g., para efeitos de reenvio prejudicial ao tribunal Europeu das comunidades).

3. O direito em que se contem o regime de organização e a actividade dos operadores económicos do mercado mantem-se, não obstante, adstrito formalmente ao direito estadual.

Porém, o funcionamento do *mercado interior* colocou exigências de unificação dos direitos estaduais, maxime do direito comercial.

3.1. Em primeiro, suscita-se a necessidade de entretecer uma intercomunicabilidade entre os ordenamentos jurídicos estaduais; para o efeito de dar um adequado tratamento normativo àquelas situações e relações jurídicas plurilocalizadas em diversos Estados-membros que se projectam no tráfico intracomunitário.

Vale isto por exigir o desenvolvimento – preferencialmente realizado, numa primeira época, através de convenções entre os Estados-membros – de um direito

Tratado de Roma, as alegadas práticas anticoncorrenciais não são reguladas por um *corpo legislativo autónomo* que, por definição, disciplina as situações que contenham elementos transfronteiriços. Cfr., MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, vol. III, Lisboa, 1991, pág. 443, 445; PAULO TENREIRO, M., *Direito Comunitário da concorrência*, in Revista de Direito e Economia, Ano XV, 1989, pág. 237 e segs.

Já, no entanto, o AcRL, de 18-4-1991 (JOSÉ DE MAGALHÃES), in Col. Jur., t. II (1991), pág. 171 e segs, no mesmo caso, objecto do acórdão do STJ (supra citado, no início desta nota, para além do art. 13º do DL nº 422/83), igualmente, aplicara à situação o art. 85º/2, do Tratado de Roma, declarando nula, ao abrigo, simultaneamente, desses preceitos, uma cláusula incluída em contrato de fornecimento de tabacos, celebrado entre a TABAQUEIRA, E. P. e alguns grossistas segundo a qual a primeira efectiva descontos sobre o preço dos produtos fornecidos, desde que os segundos não comercializassem produtos concorrentes com aqueles. Ora, neste caso, o objecto destes dois acordãos em nada apontava, realmente, para os efeitos reflexos de tais contratos, mediata ou imediatamente, no comércio jurídico praticado entre os vários Estados membros (real ou virtualmente) ou na restrição ou falseamento da concorrência, dentro do Mercado interior.

uniformizado. O art. 230º do tratado emprestou, aliás, específico apoio a este processo de unificação.

Nesse preceito se faz expressa referência a um sector importante adentro do direito comercial, justamente, o direito das sociedades, ao estabelecer que os Estados-membros entabularão negociações entre si, a fim de assegurar em favor dos seus nacionais, entre outras coisas, o reconhecimento recíproco das sociedades definidas no §2 do art. 58º, a manutenção da sua personalidade jurídica, no caso de transferência de sede social de um Estado para outro e a possibilidade de fusão de sociedades sujeitas a ordenamentos nacionais diferentes.

3.2. Em segundo lugar, enquanto consequência do princípio de igualdade de mercado, promove-se um processo de aproximação-*harmonização* dos direitos internos, conforme já prescrevia o originário art. 100º do Tratado.

Com efeito, o normal funcionamento do mercado interior exige uma uniformização material do regime das formas de organização e da actividade dos agentes económicos, por forma a evitar o falseamento das condições de concorrência. Este direito dos agentes económicos que actuam no *mercado interior* continua, pois, adstrito à matriz de cada direito nacional. Porém, são outorgados a *União Europeia* específicos poderes normativos para impulsionar essa *harmonização* de fundo.

3.3. Finalmente, o próprio processo europeu de integração económica suscita a necessidade de criar, através do direito comunitário de aplicação directa – ou seja, por via de *regulamentos* – figuras e formas jurídicas de organização imprescindíveis para o desenvolvimento do mercado interior, em conexão com o processo de reestruturação empresarial, que induz o novo e vasto mercado europeu.

Os órgãos comunitários encontraram, para o efeito, apoio, sobretudo, no artigo 235º do Tratado. Preceito este que contem uma cláusula geral de *competência sobre competências*, pois que quando uma acção da *União* seja necessária para atingir os seus objectivos sem que tenham sido, no Tratado, acautelados os necessários poderes de acção, após um procedimento relativamente célere, pode adoptar as medidas julgadas pertinentes.

4. Pelo que respeita ao processo de *harmonização* jurídica cabe referir que não era somente o art. 100º do Tratado que previa, em sede geral, esse processo unificador. Outros preceitos previam competências específicas nesses sentido: art. 27º, 54º/3, 57º/2 e 99º.

Na lógica do sistema do Tratado a *harmonização* jurídica cumpria, aliás, uma função económico-instrumental muito específica: serviu o processo de integração económica, através do mercado, eliminando as distorções nas condições de concorrência emergentes das divergências de regulamentação existentes nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Daí que o art. 100º do Tratado exigisse, como pressuposto legitimador de qualquer iniciativa harmonizadora, a preexistência destas disparidades.

Depois, dentro da lógica desta concepção, julgou-se que a harmonização se haveria de projectar em zonas normativas de ordenação estável. Que o mesmo é dizer, em zonas de direito *politicamente neutras*. A harmonização era um instrumento de aproximação dos direitos não um veículo de concatenação da Política dos Estados-membros.

Além disso, concebeu-se como um processo unificador que respeitava o sistema e a tradição jurídica dos ordenamentos nacionais. O que explica o recurso à figura da

*Directiva*, instrumento normativo típico que plasma uma obrigação de resultado em face dos objectivos que nela se contém. Porém, permitindo que os Estados-membros elejam, livremente, a forma e os meios da sua aplicação (art. 189º/3, do Tratado).

4.1. Todavia, gradativamente, sentiu-se que a harmonização jurídica poderia comprometer o futuro desenvolvimento legislativo do direito nacional, pois que, uma vez que a harmonização incida sobre uma zona do direito, o legislador perde, de facto, a iniciativa para promover, unilateralmente, o desenvolvimento do seu próprio ordenamento jurídico nessa zona. E isso por virtude da obrigação que os Estados têm de permanecer no nível de harmonização já alcançado (o chamado efeito *still stand*).

Demais que, o processo de harmonização tomou consciência da dimensão político-jurídica inerente a toda a medida *harmonizadora*. Na verdade, as *directivas* projectam-se, certamente, com a finalidade de eliminar as disparidades detectadas nas legislações nacionais. Todavia, do mesmo passo, comportam a promoção de uma política (jurídica) *dirigida* pela *União Europeia*. Trata-se, pois, de, no mesmo plano, lograr soluções normativas que se reputem os melhores, no enfoque dos fins gerais, consignados no art. 2º do Tratado.

*Last but not the least*, a harmonização não se conteve no terreno dos princípios. Outrossim, arrojou-se na delimitação de um *programa final*, praticamente se confundindo com os *Regulamentos*.

O que, igualmente, colocou o problema da aplicabilidade *directa* das *directivas* nos ordenamentos estaduais que as não introduziram no seu ordenamento, no prazo fixado. Todavia, o tribunal das comunidades só tem reconhecido a vigência *directa* daquelas *directivas* que atribuem direitos subjectivos aos

particulares frente ao Estado-membro, quando este não cumpre, naquele prazo, a sua incorporação em lei interna<sup>(252)</sup>.

Tudo isto, para além da crescente incidência das *directivas* em zonas do direito frentes de *significação política*, a provocar, por vezes, situações de manifesto incumprido por parte dos Estados-membros. O que, naturalmente, tem originado uma relativa morosidade do processo de harmonização, provocando a sua reorientação no sentido de uma linha de crescente *condescendência* em face das distintas posições dos Estado.

Movimento que foi particularmente visível em algumas das *directivas* de *segunda geração*, em matéria de sociedades.

5. Alcança, hoje, já significativa expressão a relevância deste movimento em largos sectores do direito comercial.

Há, desde logo, que significar, na zona institucional do mercado, a importância que tem revestido a disciplina da concorrência, consignada nos arts. 85º e segs. do Tratado, complementada por abundante direito comunitário de produção jurisprudencial, que, inclusivamente, pode relevar se fôr caso disso, na interpretação do regime jurídico português, constante do DL nº 371/93, de 19 de Outubro<sup>(253)</sup>.

<sup>(252)</sup> Cfr. acórdão do tribunal das comunidades de 13-11-1990, no caso *Marlearina, S.A.* Cfr., *La Ley*, C.E., 11-3-1991; cfr. VICENT CHULIÀ, *Compendio...*, cit., pág. 69. Além disso, nas relações entre particulares, as *directivas* tem *aplicação indirecta*, ou seja, ao que se julga, desempenham em função de através delas, se poderem interpretar as leis de cada Estado-membro.

<sup>(253)</sup> O art. 85º do tratado de Roma estabelece normas referente à salvaguarda da concorrência, dispondo no sentido de que são incompatíveis com o *mercado comum* quaisquer acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas susceptíveis de afectar o *comércio* entre Estados membros. E, nos termos do art. 90º/2, *idem*, as *empresas encarregadas*

Avulta aí os contratos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva, que, não sendo objecto de uma proibição absoluta, podem beneficiar do disposto do nº 3 do art. 86 do Tratado.

No plano das relações de concorrência interna salienta-se, neste domínio, a alínea d) do nº1 do art. 2º do DI nº 271/93, relativamente à repartição de mercados ou das fontes de abastecimento, que, não proibindo, em absoluto os acordos entre empresas, tendentes a este resultado, os consideram justificados, talqualmente o nº3 daquele art. 86º, se e quando se consideram abrangidos pelo artigo 5º. Isto é: consideram-se justificados se melhorarem a produção, a distribuição de bens e serviços ou promoverem o desenvolvimento técnico ou económico, contanto se verifiquem, cumulativamente os requisitos das várias alíneas do nº1 do citado art. 5º<sup>(254)</sup>.

O problema, igualmente, se tem posto, relativamente ao contrato de *franchising* internacional, o qual, no quadro comunitário, foi objecto do Regulamento da Comissão nº 4087/88/CEE, de 30/11/1988, em vigor nos Estado-membros, desde 1/2/1989, que no seu art.2º isenta certas práticas de *franchising*, das disposições restritivas da concorrência<sup>(255)</sup>.

Directamente conectado com este sector deve mencionar-se o da propriedade industrial. Neste enfoque, exige-se a compatibilidade da vigência territorial de direitos de exclusivo de patentes e marcas (vide, art. 36º do Tratado) com a liberdade de circulação de mercadorias (arts. 3º/a e 19º e segs, do Tratado) e com o regime da concorrência (art. 85º e segs, idem).

*da gestão de serviços de interesse geral estão sujeitas às regras da concorrência, na medida em que a aplicação de tais regras não seja incompatível com a natureza e fins das tarefas que lhe são atribuídas.* Note-se que a noção de comércio, no âmbito do direito comunitário da concorrência, é interpretada, também aqui, extensivamente, no sentido de troca de mercadorias ou qualquer tipo de bem económico, compreendo quer bem materiais ou imateriais, isto é, os serviços. Cfr. apud, PAULO TENREIRO, *ob. cit.*, pág. 231, nota 9.

<sup>(254)</sup> Sobre isto, cfr., PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito Português da Concorrência...*, cit., pág. 657 e segs; NOGUEIRA SERENS, *Acordos de compra exclusiva*, Coimbra, 1993.

<sup>(255)</sup> Cfr. FRIGNANI, A., *Factoring, leasing, franchising...*, cit., pág. 335 e segs; FRIGNANI, A., *Il diritto del comércio internazionale*, Milano, 1980 pág. 289 e segs; MENDELSONHN/ZEIDMAN, *Proposed block exemption for franchising in Europe: many answers, some questions*, in the Journal of International Franchising & Distribution Law, (9), 1987, pág. 5; FRIGNANI/WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, 4ª ed., Torino, 1991.

As restrições à concorrência, de natureza económica, podem plasmar-se, por exemplo, na obrigação de o *franchisado* adquirir futuras patentes de invenção do *franchisador* (ou futuros modelos de utilidade, desenhos); a obrigação daquele pagar *royalties* por todo o período de duração contrato; a obrigação de segredo e de não concorrência por parte daquele enquanto durar o contrato.

Importa, ainda, referir, adentro da disciplina dos operadores económicos do mercado os desenvolvimentos normativos havidos no domínio do direito das sociedades, [com particular referência às anónimas e às de responsabilidade limitada – isto é, sociedades de capitais] e, bem assim no mercado de capitais.

Pelo regulamento (CEE) nº 2137/85, de 23 de Julho, do Conselho, foi criada juridicamente a figura do Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE). Sendo que a lei aplicável ao contrato de agrupamento e ao seu funcionamento é a lei interna do Estado da sede, fixada naquele contrato, tornou-se necessário dar execução, em Portugal, ao regulamento em questão. O que foi realizado através do DL nº 148/90, de 9 de Maio. O AEIE é, por vezes, equiparado às sociedades comerciais (registo comercial, falência, recuperação de empresas) se tiver por objecto a prática de actos de comércio ou de uma das empresas do art. 230º, sendo, pois, nessa medida, um comerciante, desfrutando, como é obvio de personalidade jurídica.

6. Não se deve perder de vista a ideia de que o direito comunitário, considerado na sua globalidade – e incluindo, pois, a disciplina que nesse quadro revela do direito comercial – constitui um ordenamento autónoma, que se insere no ordenamento jurídico estadual (art. 8º, da constituição), desfrutando de primazia relativamente aos actos legislados internos, com base no *princípio da especialidade*, ou da competência prevalente, vinculado inclusivamente os juízes portugueses em face de normas

nacionais infraconstitucionais conflitantes, podendo, no entanto, syndicar a desconformidade deste direito (que não é um direito de produção autónoma) com as normas e princípios consignados na constituição<sup>(256)</sup>.

### E) Fontes de Produção Autónoma

#### I – *Os usos do comércio*

Preceitua o art. 3º/1, do código civil:

*Os usos que não forem contrários aos princípios de boa fé, são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.*

A ordem jurídica portuguesa não conhece o costume como fonte autónoma de direito. Entre nós, aquilo que se chama costumes mais não são do que *usos* consagrados pela jurisprudência ou por correntes jurisprudenciais.

O *uso* pode ser entendido como uma reiteração plurisubjectiva e prevalecente de *actos jurídicos* (negócios, quase-negócios, operações jurídicas), incontestados e lícitos<sup>(257)</sup>. Daí as características da *reiteração* (devem ser aplicados em casos suficientemente numerosos para que não se possa pôr em dúvida a normatividade que transportam),

<sup>(256)</sup> Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 915-917. A regra do primado do direito comunitário pode ver-se afirmada por exemplo, nos *Acordãos Windsurfing*, de 25-2-86 (rec. 1986, pág. 611 e segs.), *LTMIMBU* de 30-6-66 (rec. 1966, pág. 359), *Grundig Consten*, de 13-7-66 (Rec. 1966, pág. 495), todos do tribunal de Justiça das comunidades. AcRE, de 11-6-91 (MANUEL FERNANDES), in col. Jur., t. III(1991), pág.305 e segs. Cfr., ainda, na doutrina, FAUSTO DE QUADROS, *O direito das comunidades*, ed. da Associação da Fac. de Direito de Lisboa, 1983, pág. 95.

<sup>(257)</sup> Em termos semelhantes, vide LEITE CAMPOS, *Anatocismo...*, cit., pág. 54.

*generalidade* (devem ser aplicados a todos os casos similares do mesmo sector de actividade, da mesma área geográfica na mesma praça, perante o mesmo tipo de agentes económicos) e *duração* (devem ser suficientemente duradouros para que se possa verificar o consentimento unânime que pressupõem)<sup>(258)</sup>.

Já o costume, em termos jurídico-genéticos, exige a intervenção do poder judicial que o *jurisdicionaliza*, indo colhê-lo à ordem social espontânea.

Os *usos do comércio*, que decisivamente contribuíram para a formação do direito comercial [inclusivamente após a consolidações de alguns sectores, como o das operações de bolsa e o direito bancário] têm, hoje um menor protagonismo. É difícil imaginar que na hodierna sociedade, especialmente no tráfico económico-mercantil [caracterizado pela celeridade dos negócios e operações, por uma intensa especialização técnica, pela racionalização dos comportamentos, etc.], se reünam as condições mínimas para o desenvolvimento de genuínos usos.

Para além da menção geral dos usos no art. 2º do Código Civil, inúmeros preceitos, seja do código civil, seja do código comercial, seja ainda de legislação comercial avulsa, aludem ou remetem o julgador e o intérprete para os *usos*.

Vide, por exemplo, os arts. 253º/2, (*dolus bonus*) 1112º/1 (prazo do contrato de parceria pecuária, 560º/3 (juros), 885º/2 (lugar de pagamento nas vendas a prazo), 919º, (venda sob amostra), 920º (venda de animais defeituosos), 921º/2 (prazo de garantia de bom funcionamento), 924º/3 (prazo de resolução do contrato na venda a contato), 925º/2 (prazo e modalidades da

<sup>(258)</sup> Além disso, para a existência validade e relevância jurídica de um *uso de comércio*, exige-se, ainda, a previsão expressa (ou tácita) pela lei e a não contrariedade às leis, à boa fé, à ordem pública, sendo que, igualmente não podem ser a via para situações de abuso de direito. Não se admitem, pois, quer os usos *contra legem*, quer *praeter legem*.

prova na venda sujeita a prova), 927<sup>o</sup> (entrega da coisa na venda sobre documentos), 940<sup>o</sup>/2 (donativos conforme os usos sociais), 1039<sup>o</sup>/1 (tempo e lugar de pagamento da renda, na locação), 1087<sup>o</sup> (revogado: prazo do arrendamento), 1128<sup>o</sup> (aplicação subsidiária dos *usos da terra*, na parceria pecuária), 1158<sup>o</sup> (retribuição do mandato), 1400<sup>o</sup> (divisão de águas)<sup>(259)</sup>, 1401<sup>o</sup> (aproveitamento de águas), 2110<sup>o</sup>/2 (despesas não sujeitas à colação), todos do Cód. Civil; arts. 68<sup>o</sup>/5, 6 e 7 (revogado), 232<sup>o</sup> (remuneração do mandato mercantil), 269<sup>o</sup> (responsabilidade do comissário), 271<sup>o</sup>, § único (idem), 382<sup>o</sup> (prazo de entrega dos objectos, no transporte mercantil), 404<sup>o</sup>, parágrafo único, 407<sup>o</sup> (depósitos bancários)<sup>(260)</sup>, todos do código comercial; art. 212<sup>o</sup> do cód. da Propriedade Industrial; art. 4<sup>o</sup>/1, do Decreto-lei n<sup>o</sup>470/93, de 29 de Outubro (recusa de venda de bens ou de prestação de serviços); art. 15<sup>o</sup>, do Decreto-Lei n<sup>o</sup>178/86, de 3-7 (retribuição do agente).

A generalidade destas normas reproduz, topicamente, a característica invocação dos usos na esfera dos negócios jurídicos. São os usos do tráfico, os usos negociais.

1. Os *usos de comércio* servem, seja para suprir a ausência de disciplina legal adequada (se e quando convocadas pela lei), seja para colmatar lacunas na disciplina do programa contratual, seja, pura e simplesmente, para resolver dúvidas que surjam na sua interpretação ou qualificação<sup>(261)</sup>. Fica, pois, claro que o *uso de comércio* não

<sup>(259)</sup> Este preceito como o subsequente - art. 1401<sup>o</sup> - referem-se aos *costumes* no aproveitamento das águas. Porém, dada a equiparação genérica entre *usos* e *costumes*, feita pelo legislador, a referência em texto não é despidianda.

<sup>(260)</sup> Neste particular, como veremos, é a jurisprudência que tem vindo a entender que a palavra *Estatutos*, insita no art. 407<sup>o</sup> do cód.comercial, tem o significado de *usos*.

<sup>(261)</sup> É esta a hipótese versada no AcRE de 29/11/1990 (in, col. jur., t. IV, 1990, pág. 259) (ARAÚJO DOS SANTOS), ao se entender que não é possível qualificar de contrato de mútuo ou de abertura de crédito, passíveis de pagamento de juros, as entregas de dinheiro, feitas por certa sociedade a outras, quando estas se obrigam a não restituir os dinheiros daquela recebidos, mas a prestar serviços e fornecer mercadorias para amortizar aqueles adiantamentos.

é só um uso de facto (repetição de actos ou operações materiais do tráfico económico), mas também um *uso essencialmente jurídico, matéria de direito*<sup>(262)</sup>, que cumpre qualquer das apontadas *funções* como *norma de produção autónoma* a que o direito atribui função normativa<sup>(263)</sup>.

A terminologia não é unívoca.

Certos autores<sup>(264)</sup> distinguem:

- *usos normativos* (*normative trade usages*), a compreender aqueles usos que têm força de lei num ordenamento estadual, como qualquer outra norma. Para efeitos do nosso ordenamento estes são os costumes (*mercantis*), que, entre nós não são fonte de conhecimento de direito.
- *usos convencionais ou contratuais* (*contractual trade usages*), isto é, práticas reiteradas que são, pelos contraentes, incorporadas no contrato, por força do princípio da liberdade negocial.
- *usos de facto* (*factual trade usages*), ou seja, práticas que, pese embora tenham um jaez convencional, têm um campo de aplicação limitado geograficamente ou por ramos de actividade<sup>(265)</sup>.

<sup>(262)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 48, ainda que não os considere como fonte de direito.

<sup>(263)</sup> Também, neste sentido, na doutrina alemã, cfr. CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht...*, cit., pág. 163-164; SCHMIDT, K., *Handelsrecht*, cit., pág. 22.

<sup>(264)</sup> SCHMITTHOFF, C., *Rapport définitif à l'Institut du Droit et des Pratiques des affaires internationales: Internacional trade usages*, Paris, Publications de la chambre de commerce Internationale, 1987, pág. 47.

<sup>(265)</sup> SCHMITTHOFF, C., *Rapport...*, cit., pág. 26-27. É através da consideração destes usos que os tribunais ingleses, em matéria de transporte de contentores, co-responsabilizam o proprietário da mercadoria e o despachante se, por culpa deste, a mercadoria é retida, por largo prazo e sem justo motivo, nas hipóteses de contrato de compra e venda com cláusula F.O.B. (*Free on board*); Cfr., DAVID, R./PUGSLEY, D., *Les contrats en droit anglais*, n<sup>o</sup> 365-369, pág. 264 e segs. É ainda o caso do art. 1648 em que faz referência aos usos do lugar onde ocorreu a venda (*l'usage du lieu où la vente a été faite*) para se determinar o prazo de denúncia dos defeitos e de anulação

Estas distinções não estão isentas de ambiguidades.

Outros autores<sup>(266)</sup> falam em *usos normativos*, no sentido de usos erigidos em regra jurídica onde a sua aplicabilidade se subordina ao requisito de serem geralmente conhecidos e observados pelos contraentes, em contratos do mesmo tipo, em idêntico sector de actividade; e em *usos convencionais*, no enfoque de práticas entretecidas entre os agentes económicos, no limitado quadro dos seus negócios, para temperar as exigências do formalismo, presumindo-se o seu consentimento.

A distinção entre *usos normativos* (noção muito próxima do costume mercantil) e *usos convencionais*, desfruta, aliás, de alguma tradição jurídica em muitos países: Austrália, U.S.A., Áustria, Bélgica, República da Alemanha, Holanda, Suíça, Reino Unido e Espanha.

Nesses ordenamentos, as coisas parecem claras, pelo menos, do ponto de vista formal.

Desde logo, através da atribuição da prevalência dos *usos (de comércio) convencionais* (ou interpretativos) sobre a lei subjectiva, ao passo que os *usos normativos* (chamados a desempenhar uma função integradora), normalmente cederiam em face da lei dispositiva ou subjectiva. De resto, os meramente *convencionais* ou *interpretativos* não poderiam ter o jaez de *costume*, isto é, de normas jurídicas de tipo consuetudinário.

Todavia, além desta contraposição não fazer sentido no ordenamento português, no plano dogmático não deixa de ser questionável que esta contraposição de funções –

por vícios redibitórios (assim, Acórdão da *cour de cassation*, de 16-5-1973, in *Juris Classeur Periodique*, 1975, II, nº 17932, anotado por GHESTIN). É ainda a hipótese da referência que é feita no art. 5º do Código Civil da confederação Helvética (Assim, GAUCH, P./SCHLUEP, W.R./TERCIER, P., *Partie générale du droit des obligations*, t.1, nº 12, pág 4).

<sup>(266)</sup> FOUCHARD, Ph., *La contribution des organisations internationales à l'unification du droit commercial*, pág. 353 e segs.

interpretação e integração do contrato – propicie uma diversa inserção de uns e outros no plano das fontes.

Com efeito, na prática, a interpretação e a integração das declarações negociais constituem uma sequência de operações ou actividades cumpridas pelo intérprete, sendo que é difícil delimitar uma clara linha de diferenciação entre uma e outra. É que, quando a interpretação abandona a busca da *intenção* ou vontade real dos contraentes ou sentido *usual* e, sobretudo, quando, com o apoio nesse mesmo uso, se ultrapassa o *vazio* interpretativo, suprindo ou integrando o omissivo programa contratual dos contraentes, a verdade é que, aquilo que separa a interpretação – designada *objectivista*, à luz da *teoria da impressão do declaratório* – e aquilo que se estima que é, verdadeiramente, *integração* do contrato – resolvendo-se um caso omissivo – é demasiado ténue para possuir tamanha consistência real.

Em todo o caso, há que convir que esta distinção de funções não constitui base suficientemente firme para apoiar a diferente valoração, no plano da dogmática das fontes (de *juridicidade*) de direito, que, no direito estrangeiro é feita entre uns e outros.

A doutrina alemã, de facto, nunca considerou que os *usos* citados no §157, da AGB (*Os contratos interpretam-se de acordo com a boa-fé, à luz dos usos do tráfico*), isto é, aqueles que são chamados a cumprir uma função de interpretação de declarações negociais, fossem diversos dos que se aludem no §242 (*o devedor deve realizar a prestação como o exige a boa fé, à luz dos usos do tráfico*), ou seja, aqueles que desempenham uma função integradora do conteúdo dos contratos<sup>(267)</sup>.

Há unanimidade de opiniões na consideração de que, em ambos os casos, esses *usos* são vistos como *mera prática social generalizada* (*Verkehrssitte*), simples elementos de facto, com

<sup>(267)</sup> Cfr., FERRI, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pág. 270 e segs.

valor normativo<sup>(268)</sup>.

Na doutrina italiana duvida-se se os usos aludidos nos arts. 1368º: (*As cláusulas ambíguas interpretam-se segundo o que se pratica geralmente no lugar em que o contrato tenha sido concluído*), 1340º (*as cláusulas «de estilo» consideram-se incluídas no contrato, salvo se não resultar que foram deliberadamente excluídas pelas partes*) e art. 1374º (*O contrato obriga as partes não só no que nele vem expresso, mas também em relação a todas as consequências que dele derivam, segundo a lei ou, na falta, segundo os usos*) do *codice* são uma e mesma coisa. O certo é que, na doutrina italiana, se diferenciam do costume, propriamente dito<sup>(269)</sup>.

Verdade é que as consequências práticas deste diferente tratamento são irrelevantes, ao menos, entre nós<sup>(270)</sup>.

Ambos são, de facto e de certo modo, expressão da *tipicidade social* à qual o legislador pretende conferir eficácia normativa, seja do ponto de vista da interpretação dos contratos, seja na perspectiva da sua integração. Os *usos interpretativos* representariam o sentido ou significado normal – isto é, o generalizado no tráfico – atribuível a uma declaração de vontades; os *usos normativos* expressariam o comportamento típico, o que habitualmente se pratica no tráfico, para o tipo de operação comercial que se entreteceu,

<sup>(268)</sup> Cfr., CAPELLE/CANARIS, *ob. cit.*

<sup>(269)</sup> Cfr., PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, 1961, pág. 526; BALOSSINI, *Usi (teoria degli)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. XX, torino, 3ª ed., 1977, pág. 202 e segs.; CIAN/TRABUCCHI, *Commentario Breve al codice civile*, 4ª ed., Padova, 1992, págs. 1340, 1341 e 1375.

<sup>(270)</sup> Adoptando idêntica posição no direito espanhol isto é, não distinguindo entre *usos* e costumes e considerando irrelevante a distinção entre *usos normativos* e *usos interpretativos*, em face de disposições legais bem mais problemáticas (como é o caso da *Exposicion de Motivos* relativa ao art. 2º do Código Comercial Espanhol em face do jogo do art. 57º do mesmo código e arts. 1287º/2e 1º/3, do código civil Espanhol), cfr., ÁGUILA-REAL, J.A., *La funcion de los usos en el código de comercio*, in *Revista de Derecho Mercantil*, (nº 205), 1992, pág. 419 e segs.; GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 185 e segs.; GARRIGUES, *Los usos de comercio*, in *RDP*, 1944, pág. 827; DE CASTRO, F., *Derecho civil de Espana*, I, (reimp.), Madrid, 1984, pág. 389 e segs.

perante o mesmo tipo de agente económicos, numa certa área geográfica de contratação ou local específico. Práticas estas – a dos usos normativos – consagradas pela jurisprudência, ou por correntes jurisprudenciais. Usos, deste último tipo não pressupõe, necessariamente, uma específica aceitação ou mútuo consentimento da contraparte [excluindo-se, é obvio as *práticas* que pressupõem uma submissão ou imposição de obrigações a cargo de uma das partes, sem que esta tenha oportunidade de discuti-las]<sup>(271)</sup>,

<sup>(271)</sup> É exemplo do exposto a jurisprudência constante do AcRP, de 9/11/1991 (in. col. Jur., t. IV, 1991, pág. 209), (ALVES CORREIA), ao entender que não se verifica anatocismo, por estar dentro dos usos do comércio bancário, a prática de capitalização de juros por período superior a um ano, sem convenção posterior ao vencimento ou notificação do devedor para capitalização, ou ainda quando haja convenção das partes posterior ao vencimento e o período a que respeitam seja no mínimo de três meses; do AcRC, de 29/10/1991 (in. Col. Jur., t. IV, 1991, pág. 122 e segs.) (COSTA MARQUES), entendendo que a palavra *Estatutos*, constan. do art. 407º do Cód. Com. tem o alcance de regulamentos ou usos bancários, para o efeito de sendo omissos o regulamento da Caixa Geral de Depósitos, quanto à movimentação de contas bancárias de titulares analfabetos, considerar válida e eficaz a autorização dada para esse fim, se conforme ao uso bancário, em declaração feita por documento particular, com a assinatura a rogo do titular, sem reconhecimento notarial, e onde foi aposta a sua impressão digital; do AcSTJ, de 23/3/1976 (in. B.M.J. nº 255, 1976, pág. 133), (FERREIRA DA COSTA), preceituando que, de acordo com os usos ordinários do comércio, o vendedor não é obrigado a elucidar a comprador acerca das habilitações profissionais indispensáveis para tirar de uma coisa o rendimento normal; do AcRE, de 9/11/1989 (in. Col. Jur., t. V, 1989, pág. 258), (RAUL MATEUS), ao entender que é uso bancário aquando da entrega, a crédito, de uma conta de depósito à ordem, de valores negociáveis, designadamente de cheques a cobrar, fazer nessa conta o respectivo crédito que é provisório e dependente de *boa cobrança* considerando, por isso que, se esta não se efectiva, o banco leva a débito da conta de depósito o montante do título que ficou por cobrar e põe este à disposição do depositante. Considerou, igualmente, este acordão - e bem, nomeadamente atendendo ao princípio da boa fé - que esse uso não deve prevalecer se o gerente do banco, a quem o cheque é apresentado, apondo nele um visto com a declaração de que o mesmo tem provisão, declarar ao portador que depositasse o referido cheque na sua conta à ordem, afirmando-lhe que, se quisesse, poderia levantar de imediato, a quantia (proposta que o portador aceitou). É que, nesta hipótese deve entender-se, contrariamente aos *usos* que o depósito do referido cheque foi feito como valor firme, correndo por conta do banco o risco de uma eventual não cobrança.

São, igualmente, deste tipo, os *usos* que servem para reputar ilícitos certos comportamentos no domínio do direito da concorrência, para o efeito de indemnização por perdas e danos nos termos dos arts. 222º e 227º do cód. da Prop. Industrial. Cfr., AcRC, de 9/12/87 (in. Col. Jur., t. V, 1987, pág. 48) (POROBO TAMBÁ): (...) *constituem concorrência desleal os actos, reputados pela consciência normal dos comerciantes como contrários aos usos honestos do comércio, que sejam susceptíveis de causar prejuízo à empresa de um competidor pela usurpação, ainda que parcial da sua clientela (...)*; no mesmo sentido, cfr., AcRC, de 4/1/1983 (in. Col. Jur., t. I, 1983, pág. 21) (ATAÍDE DAS NEVES).



na medida em que supõe que a sua disciplina melhor responde às expectativas normativas das partes [e desde que a lei autorize a regulação do caso, também, e alternadamente pelos usos].

Na sua função estritamente interpretativa os *usos do comércio* auxiliam a tipificação e *standardização* do significado de cláusulas contratuais, habitualmente utilizados no tráfico mercantil<sup>(272)</sup>. Para além dos exemplos referidos supra, notas nº 238º e 242, pode ainda destacar-se que a cláusula, ínsita num contrato de compra e venda internacional de mercadorias, que refere o *Pagamento contra documentos (CAD)*, deve interpretar-se no sentido de que o comprador deve pagar, não quando receba as mercadorias ou quando elas já estão à sua disposição (v.g., em contentores, num determinado porto-de-mar) mas só quando entrega os documentos ao banco pagador do crédito documentário. É exemplo de *uso de comércio* a desempenhar uma função de *integração* do contrato aquele que prevê o montante da comissão auferida pelo comissário mercantil, em determinado sector do tráfico ou zona geográfica; ou aquele que responsabiliza o comissário pelo cumprimento das obrigações contraídas pela pessoa com quem contratou (art. 269º, cód. com.)<sup>(273)</sup>.

Quando o código civil (art. 3º) confere aos *usos* o sentido de *fontes de juridicidade* do direito (e do direito comercial) não está obviamente, a excluir os *usos interpretativos*.

Pelo que ao *critério material* concerne, os usos podem ser *comuns* a toda a actividade comercial, industrial e de serviços, ou *especiais* – vale dizer, privativos de uma determinada actividade ou sector mercantil. Consoante a área que abarquem podem ser *internacionais* – se coenvolverem práticas vigentes no território de vários

<sup>(272)</sup> Assim, CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*, cit., pág. 166.

<sup>(273)</sup> CAPELLE/CANARIS, *ob. cit.*, pág. 169.

Estados – *gerais* ou *nacionais* – se observadas em todo território nacional – e *regionais, locais* ou de *praça*, consoante imperem em certa região, localidade ou mercado (v.g., Bolsa de valores de Lisboa, bolsa de mercadorias de Lisboa, etc)<sup>(274)</sup>.

Quanto à alegação e prova dos usos do comércio cabe distinguir.

Se os contraentes, na economia do contrato, remetem aos usos, ou melhor neles inserem *cláusulas de uso*<sup>(275)</sup>, aqueles integram-se no contrato constituindo *lei das partes*, cujo significado cabe ao juiz investigar. A significação destes usos pode conter-se em textos ou compilações de *cláusulas de uso*, como é o caso dos INCOTERMS (na redacção de 1991; vide infra), isto é, fórmulas abreviadas de contratação no domínio do contrato de compra e venda mercantil internacional (*statutory trade usage*) ou, como dissemos, deverá ser investigada pelo juiz, na tarefa de interpretação da vontade das partes (*adopted trade usage*).

Nos restantes casos, os *usos de comércio*, são matéria de facto, a alegar e provar pelas partes, nos termos dos arts. 264º/1, do Cód. de Processo Civil, devendo, por isso, ser incluídos no questionário e dados ou não como provados pelo tribunal de juiz singular ou pelo tribunal colectivo. Exceptuam-se aqueles *usos* que, por terem alcançado um elevado grau de *notoriedade geral*, é lícito ao tribunal conhecer officiosamente (art. 594º/1 do Cód. de Processo Civil) e ainda aqueles que são *notórios* por causa do exercício das funções do tribunal (v.g. se, nos termos das normas de

<sup>(274)</sup> Adoptando esta classificação, cfr., URIA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 25-26.

<sup>(275)</sup> Ou seja, cláusulas contratuais lícitamente inseridas nos contratos dos diversos sujeitos, de modo reiterado e prevalcente, que não são simples usos individuais, nem cláusulas pré-constituídas por uma das partes, mas sim cláusulas abstracta e generalizadamente usadas na contratação. Sobre isto, cfr., LEITE CAMPOS, *Anatocismo...*, cit., pág. 54.

conflitos, o tribunal português competente, tem de aplicar o ordenamento jurídico de outro Estado, sendo que neste vigora um certo costume mercantil) – arts. 514<sup>o</sup>/2, do Código Processo Civil, os quais, neste último caso, devem ser levadas à especificação. Os meios de prova, de que se lança mão, podem consistir em documentos – prova documental: arts. 362<sup>o</sup> do Código Civil e 527<sup>o</sup> e 535<sup>o</sup> do Código de Processo Civil – [compilações de *usos*, *códigos (escritos) de conduta* de Associações Comerciais, Industriais e de Consumidores], ou nas respostas, do domínio técnico comercial ou industrial, dadas pelos peritos, no domínio da prova pericial: arts. 388<sup>o</sup> do código civil e 568<sup>o</sup> e segs. do Código de Processo Civil<sup>(276)</sup>(<sup>277</sup>).

Ainda, no plano processual, cumpre dizer que a violação de *usos de comércio* – sejam *normativos* ou *interpretativos* – pode ser nos termos apontados, objecto de recurso de revista no Supremo Tribunal de Justiça. Não deve, por isso, impressionar o argumento de que o recurso de revista se funda na violação de lei substantiva (art. 721<sup>o</sup>/2, do Código

<sup>(276)</sup> V.g., considerar-se, no *questionário dos peritos*, que não existe qualquer *usos do comércio* bancário que obrigue os bancos a vigiar a correcta aplicação do dinheiro mutuado, relativamente ao iim estipulado no contrato de mútuo.

<sup>(277)</sup> Constituindo matéria de facto, a fixação dos *usos comerciais* pertinentes nos casos concretos, pode, por vezes, integrar questão de direito se e quando implicar a formulação de juízos sobre a violação de preceitos legais, isto é, os normativos que, desseminalados pelos textos legais (cfr. supra), remetem para os *usos*. Um efeito útil desta doutrina é, como se sabe, fazer atribuir competência ao supremo tribunal de justiça para se pronunciar em questões deste jaez em sede de recurso de revista. Além disso, o Supremo pode exercer censura sobre se, na interpretação de cláusulas contratuais – unilateralmente predispostas ou não – foi observado o disposto nos arts. 236<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, do código civil – o que sucede quando a interpretação feita nas instâncias inferiores não está de harmonia com *cláusulas de uso*, ou com documentos apresentados pelas partes – v.g., *códigos de conduta*, compilações de *usos comerciais* – aí onde se condensam *usos de comércio* e, bem assim, nas hipóteses em que, face a um determinado *quadro negocial padronizado*, as instâncias consideram válida uma determinada *cláusula contratual geral*, por fazer apelo a determinados *usos de comércio* desse sector de contratação, se e na medida em que, ao considerarem a validade dessa cláusula, estão simultaneamente a *violar a lei* (art. do DL n<sup>o</sup> 446/85, de 25-10), que numa formulação genérica, proíbe as cláusulas contratuais gerais contrárias à *boa fé*. Aparentemente noutro sentido, cfr. SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas...*, cit., pág. 11, nota 13.

Proc. Civil). Sendo assim, violação dos *usos* nunca poderia ser sindicada no Supremo. É que, não deve olvidar-se que o que é objecto de recurso de revista são, para além desta *fonte de juridicidade* autónoma não estadual de direito comercial, as normas legais que, no plano formal das *fontes de conhecimento do direito comercial*, por força da remissão prevista no art. 3<sup>o</sup> do Código Civil, remetem para os *usos* a tarefa de integração e interpretação de efeitos negociais vários. Por isso que, além de o recorrente dever invocar, no recurso de revista, o *uso de comércio*, concretamente violado, deve fundamentalmente identificar a norma legal *remissiva* que no seu entender foi violada.

Outra questão – aliás, já a florada – é atinente à supra ou infraordenação dos *usos de comércio* em face da lei civil.

Vale isto dizer que, nos casos em que a lei civil é directamente aplicável às relações jurídico-mercantis, deverá naturalmente prevalecer perante os *usos de comércio* (mesmo que a lei comercial para eles remeta a solução do caso). Já nas hipóteses em que a lei civil é verdadeiro direito subsidiário, perante verdadeiros casos omissos deve ela ser afastada se e quando a lei comercial ou civil remeter para os *usos do comércio*. Nestes casos, estes *usos* prevalecem. (a não ser que sejam contrários à *boa fé* ou ofendam disposições legais imperativas). Pode, pois, dizer-se em tese geral que os *usos de comércio* devem preferir-se à lei civil (vide, art. 560<sup>o</sup> do Código Civil) uma vez que, estando normalmente mais próximos da vontade das partes, constituem uma *norma especial* (de produção autónoma) perante a mais geral da normal legal subjectiva, traduzindo – até para efeitos interpretativos, nos termos dos arts. 236<sup>o</sup> e segs. do Código Civil – mais fielmente a sua vontade.

Por vezes, a determinação em concreto do *uso de comércio* aplicável coloca problemas de eleição do *elemento*

de conexão relevante, nas hipóteses dos contratos mercantis internacionais, sempre que o tribunal português, tendo que escolher uma de entre várias leis estrangeiras aplicáveis é confrontado com a existência de variados *usos de comércio* nesses ordenamentos potencialmente aplicáveis à questão *sub iudice*. Todavia, este problema excede, como é bom de ver, as preocupações do nosso estudo, atinente essencialmente ao direito comercial substantivo<sup>(278)</sup>.

Por outro lado, o vocábulo *usos de comércio* vai, por vezes, utilizado no sentido de *ética social* dominante no tráfico mercantil. É o que se descortina quando a lei faz apelo a cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, que exigem do intérprete-julgador um juízo valorativo de condutas várias à luz de um padrão ético-social objectivo vigente num determinado ambiente social. Trata-se, nesta hipótese, da ética-profissional que rege o tráfico mercantil.

Esta referência aos *usos honestos* é expressão, por exemplo da cláusula geral que se contém no direito da concorrência. Assim, o artigo 212º do Cód. da Propriedade Industrial, ao definir concorrência desleal fala nos *usos honestos* de qualquer ramo de actividade económica. Igualmente o art. 10º da convenção da União de Paris, de 20-3-1883 define que ((...)) *é acto de concorrência desleal, todo de concorrência contrário aos «usos honestos» em matéria industrial e comercial*<sup>(279)</sup>.

## II – O Direito autónomo da contratação internacional

O que se discute agora é se as fontes do direito comercial se não podem considerar desligadas de um

<sup>(278)</sup> Para amplos desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr., CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*, cit., pág. 174 e segs.

<sup>(279)</sup> Quanto a esta perspectiva dos *usos do comércio*, vide a jurisprudência citada supra nota 248, *in fine*.

determinado meio onde prevaleça uma dada ordenação. E se esse meio não pode ser outro que aquele onde vigoram as ordens jurídicas nacionais. Abre-se, assim, a questão da possibilidade de situar noutros complexos normativos de carácter jurídico, certas *fontes de juridicidade* de direito comercial.

Dentro desta forma de ver as coisas, igualmente, na prática mercantil internacional se pode dizer que se produzem idênticas manifestações de direito comercial de produção autónoma.

A contratação jurídico-mercantil internacional permitiu, de facto, o desenvolvimento de usos e práticas comerciais, maioritariamente não codificados, constituindo uma verdadeira ordenação própria do comércio internacional, à luz das suas específicas necessidades: a *Lex Mercatoria*. Conglobaria esta um conjunto de preceitos criados pelos operadores jurídicos que actuam no comércio internacional, e não regras de origem estadual. Talqualmente o antigo *ius mercatorum*, converter-se-ia esta ordenação em um nóvel *direito comum* do moderno comércio internacional. Direito este emergente da autonomia da vontade das partes e da criação espontânea da própria comunidade onde se desvela<sup>(280)</sup>.

1. As fontes deste novo *direito corporativo* dos operadores económicos do comércio internacional são, por um lado, os *contratos-tipo* e as *condições gerais* que se caracterizam pela criação de uma regulamentação adequada

<sup>(280)</sup> Cfr. GOLDMAN, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, Clunet v. 106 (1979), pág. 475 e segs.; LANDO, O., *The lex mercatoria in international commercial arbitration*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pág. 747 e segs.; LAURENCE, W./CRAIG/PARK, W./PAULSSON, J., *International chamber of commerce*, Paris, C.C.I., 1985, Part IV, pág. 1.; MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho*, cit., pág. 499 e segs.; OSMAN, F., *Les Principes généraux de la Lex Mercatoria (contribution à l'étude d'un ordre juridique anational)*, L.J.D.J., Paris, 1992, pág. 257 e segs.; 407 e segs.

à especificidade das transacções que versam<sup>(281)</sup>; por outro lado, as cláusulas tipicamente utilizadas na contratação internacional, para definir com clareza, generalidade e abstracção, as obrigações das partes no que tange à entrega das mercadorias e ao risco pelo seu perecimento, isto é, os designados *INCOTERMS*; os *usos de comércio* uniformes relativamente aos créditos documentários; e os *Códigos de conduta*, enquanto fontes de auto-regulamentação ou auto-disciplina dos próprios operadores económicos, onde a supervisão se faz pelos próprios grupos coenvolvidos.

a) Os *INCOTERMS*, enquanto definições-modelo de cláusulas tipicamente utilizadas no contrato de compra e venda internacional<sup>(282)</sup> são regras codificadas com sucesso a partir de 1936, pela *Câmara de Comércio Internacional* e disciplinam problemas atinentes:

- à transferência do risco;
- às modalidades de transporte e seguro;
- à armazenagem e etiquetagem das mercadorias;
- à natureza dos documentos que acompanham as mercadorias;

<sup>(281)</sup> Cfr. JACQUET, J. M., anotação ao acórdão da 3ª secção do tribunal de Dorrais, de 13-7-1988, no caso *Sté Van Seumeren Kraanbedrijf. B.V. v Nederlandré Kraaverhuur, B.V. e Dunkerque Manutention, S.A.*, *Clunet*, 1990, pág. 403-415. MALINVERNI, P., *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, Paris, 1978, pág. 227; TADJER, V., *Problèmes juridiques des contrats-types, des conditions générales et des guides pour la conclusion des contrats élaborés par la commission économique pour l'Europe, ainsi que leur rôle pour le développement des relations commerciales entre l'est et l'ouest*, in *Revue Internationale de droit comparé*, 1985, nº especial, pág. 369 e segs; vejã-se os contratos-tipo elaborados pela *The Grain and Feed Trade Association (G.A.F.T.A.)*, designado por *contract of shipment of Feeding Stuff in Bulk C.I.F. Terms*.

<sup>(282)</sup> Assim, RATZ, *Handelsgesetzbuch. Grosskommentar Der Praxis*, t. III, Vol. I, 3ª ed., Berlim, 1978, § 346 do HGB. Como refere RAMBERG (in *The transnational law of International Commercial transactions, Studies in transnational Economic Law*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, Kluwer, Deventer, 1980, II, 1982, pág. 138) *Trade terms constitute an early example of simplification of commercial practices. By reference to shortland expressions, such as «FOB» and «CIF», merchants could determine the division of important junctions.*

– às operações de controlo e certificação da qualidade dos produtos;

– às notificações das diversas operações efectuadas.

Deste modo se predispõe um clausulado *de estilo* que, com apoio na vontade, expressa ou tácita dos contraentes, se incorpora nos singulares contratos de compra e venda. Assim se evitando, tanto a insegurança jurídica derivada do possível conflito entre *usos* estaduais díspares, como a submissão a um eventual uso local desconhecido para algum dos contraentes.

b) O comércio internacional dá lugar, não raro à troca de múltiplos documentos, cujo papel é o de garantir a boa execução das diferentes operações que caracterizam, aquelas transferências. O *crédito documentário* faz parte integrante destes mecanismos, pois que é um meio de garantir o financiamento das operações. Porém, a sua efectivação carece de certas regras, cuja uniformização tem vindo a ser levada a cabo pela *Câmara de Comércio Internacional*, desde 1933<sup>(283)</sup>.

<sup>(283)</sup> Por exemplo, na abertura de um crédito documentário, o banco obriga-se, por mandato do comprador, a pagar o preço ao vendedor logo que receba os documentos previstos. Realiza-se, assim, o pagamento do preço da mercadoria através de um estabelecimento bancário. Além disso, indirectamente, o vendedor está garantido, pois é-lhe assegurado que receberá pontualmente o preço.

Figure-se o seguinte caso: A, empresa holandesa que exerce actividade de importação e exportação de batatas e cebolas, recebe por parte de B, empresa portuguesa, uma encomenda (proposta) de compra 400 toneladas de batata de semente. A envia a B, os documentos, informando-o do embarque, quantidade, preço unitário e total, indicação dos contentores, entrega CIF em Lisboa e pagamento CAD à vista em Viseu; A, envia depois ao banco X os documentos e dá cumprimento à ordem de encomenda recebida, promovendo o embarque de doze contentores; ao efectuar o pagamento B receberá do banco os originais dos *conhecimentos de embarque*, que lhe permitem levantar as mercadorias, v.g., no Porto de Lisboa.

A cláusula CIF (*cost, insurance, freight*) analisa-se, hoje, em sub-tipos a saber: a) a cláusula CPT (*carriage paid to*, indicando-se o nome do lugar de destino); a cláusula CIP (*cost and insurance paid*, indicando-se o nome do lugar do destino). Já, ao invés, nos designados *destination contracts*, o risco corre por conta do vendedor da mercadoria até por que ela chegue ao lugar de destino. Cfr., entre nós, num caso em que se discute a nulidade de uma cláusula de um contrato de seguro o AcSTJ, de 28-6-1983 (AQUILINO RIBEIRO), in B.M.J., (1983), pág. 608 e segs. Sobre isto, cfr., BERMAN, J.LADD, M., *Risk of loss or damage in documentary transactions under the Convention on the international sale of goods*, in *Cornel International Law Journal*, 1988, pág. 423;

De resto, a prática jurisprudencial tem vindo a *juridicizar* estas regras, enquanto função de integração do contrato<sup>(284)</sup>. Além de que, os contraentes submetem, não raro, a resolução destes conflitos a instâncias arbitrais, que desempenham forte protagonismo, particularmente na interpretação dos efeitos jurídicos que decorrem dos mecanismos do crédito documentário<sup>(285)</sup>.

c) A influência da autodisciplina dos *códigos de conduta* manifesta-se numa trílice via: 1) estabelecem a optimização das relações entre os diversos protagonistas da vida económica; 2) contribuem para a formação de regras

HONNOLD, *Uniform Law of International Sales*, 2ª ed., Deventer, 1991; LOOKOFKY, J., *International Sales Contracts: a Scandinavian view*, in Suum Cuique, Copenhagen, 1993; *International Encyclopedia of Law*, ed. por R. BLANPAIN, *The 1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, por J. LOOKOFKY, Deventer, Boston, 1993, pág. 69, 112 e segs. (§5, III). Sobre a cláusula CIF cif., ainda, AcSTJ, de 10/5/1988 (JOSÉ DOMINGUES), proc. nº 75030, in Tribuna da Justiça, nºs. 43/44 (Julho/Agosto de 1988): *A cláusula CIF aposta num contrato de compra e venda significa que o preço da mercadoria, prémio de seguro e frete de transporte ficará a cargo do comprador, sendo-lhes debitados na factura passada pelo vendedor que por sua vez, agindo como mandatário daquele chama a si as operações de transporte e de seguro.* Sobre a cláusula FIO no contrato de fretamento de navio, cfr., AcSTJ, de 24/5/1988, in Tribuna da Justiça, nºs. 43/44 (Julho/Agosto de 1988), pág. 41: *... tendo o afretador mandatado um operador portuário para afretar aquele navio e tendo sido incluída no contrato a cláusula FIO (free in and out) compete aos caregadores ou destinatários o pagamento das despesas e os riscos das operações de carga e descarga.*

<sup>(284)</sup> Cfr. Acórdão da *cour de cassation*, de 14-10-1981, in *Juris Classeur Periodique*, 1982, II, nº 19815, com anotação de GAVALDA e J. STOUFELET = DALLOZ, 1982, pág. 301, com anotação de VASSEUR. Acórdão de 8-3-1976, da 1ª sala do tribunal de comércio de Paris (Baillly, S.A. v. Worms et la Banque française et italienne pour l'Amerique du Sud), in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1977, pág. 72 e segs, com anotação de R. Le GUIDE.

<sup>(285)</sup> Por exemplo, para efeitos de prorrogação do prazo de entrega das mercadorias em casos de atraso na operação de abertura de crédito (sentença da Câmara de Comércio Internacional no caso nº 3226, em 1979, *Clunet*, 1980, pág. 959-961); assim como a existência de uma abertura de crédito foi analisada pelos árbitros no sentido de impedir que o banco se recuse a pagar o crédito documentário (C.C.I., nº 3031, de 1977, *Clunet*, 1978, pág. 1000), a não ser na hipótese de os documentos serem falsos. Neste caso, pagando, o Banco não é responsável pelas consequências da fraude. Cfr., EISEMANN, F./BONTOUX, C., *Le droit documentaire*, Paris, 1980, nº 6; ELLINGER, E. P., *Documentary letters of credit: a comparative study*, 1970; EISEMANN, F./BONTOUX, C./ROWE, M., *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, 1985; OSMAN, F., *Les principes généraux...*, cit., pág. 276-279.

materiais de conduta na actuação dos operadores económicos; 3) a adopção destes *códigos* (voluntários) de conduta tem um importante impacto nas diversas associações de profissionais, designadamente para determinar se um comportamento de um associado está conforme ao prescrito<sup>(286)</sup>.

Este esquema, menos complexo na aparência é constituído por *normas de comportamento devido* e constitui uma fonte formal não negligenciável de *Lex Mercatoria*.

Conscientes da sua importância, os organismos profissionais, como a Câmara do Comércio Internacional elaboraram diversos códigos-tipo:

- Códigos internacionais de práticas de marketing (C.C.I., publicação nº 275);
- Guia para o Investimentos internacionais de mercado e de opinião;
- Código internacional de práticas leais e matéria de promoção de vendas;
- Código internacional de práticas leais em matéria de publicidade;
- Código internacional de práticas leais em matéria de venda do domicílio (C.C.I. publicação nº 318º).

Por vezes, estes códigos abandonam a sua natureza programática, incitativa, para assumirem um carácter vinculativo, juridicamente sancionável, no quadro dos associados destas organizações empresariais que os emitem, na medida que, quer a justiça arbitral, quer a estadual não enjeitam a sua aplicação em face de violações cometidas pelos operadores económicos, em relação aos quais são vinculantes. E, de facto, enquanto normas de leal conduta, a

<sup>(286)</sup> Cfr., METAXAS, S., *Enterprises transnationales et codes de conduite. Cadre juridique et questions d'effectivité*, (tése), Zurich, 1988, Schulthners Polygraphister Verlag AG, § 645-648, pág. 300 e segs.; MÁRIO FROTA, *Autorregulación: ventajas i inconvenientes*, in *Siuos sobre consumo*, nº 24, Agosto 1992, pág. 33 e segs.

actuar em específicos mercados económicos, são editados ou elaborados por organismos profissionais corporativos (com personalidade jurídica) e, nessa medida, tutelados pelo direito estadual, que reconhece e faz actuar os mecanismos de funcionamento das pessoas colectivas, mormente estas – as associações de direito privado<sup>(287)</sup>.

Ainda que estes *códigos de conduta* mais não plasmem do que um nível mínimo de exigências, enunciando práticas leais e honestas, que não obrigações propriamente ditas, isso não significa que esses documentos (mesmo os de origem internacional) não sejam expressão de um certo direito de produção autónoma que, por vezes, carece da intervenção do braço secular dos sistemas de justiça estadual. Vale tudo isto por dizer que a *Lex Mercatoria* é fonte de juridicidade, que não tem apenas lugar nos espaços deixados em branco pelos Estados ao regular o comércio internacional, mas que também aparece como disciplina desejada pelas partes nos seus contratos. Ora, os contraentes submetem os conflitos emergentes dessa contratação a tribunais arbitrais, usando da faculdade de escolher, por exemplo, alguma desta *Lex Mercatoria* a aplicar pelos árbitros (ou quando, v.g., estes devem decidir segundo a equidade ou segundo os usos e os princípios do comércio internacional). O direito estadual manifesta alguma abertura, desde logo quando reconhece as sentenças arbitrais que façam aplicação dos preceitos desta heterogénea *Lex Mercatoria*<sup>(288)</sup>.

<sup>(287)</sup> Um acordão do tribunal de comércio de Bordeaux, de 7-3-986 (citado por LAMY Droit Economique, Paris, Lamy, S.A., 1987, nº3511) entendeu que o código deontológico francês sobre franchising, obrigava todos os operadores desse tipo de contratação. Entre nós, tal só será possível acaso o organismo tenha a natureza de associação pública (ordem dos advogados, dos engenheiros, dos revisores oficiais de contas, dos médicos, etc.) ou associação privada e somente em relação às pessoas ou entes associados.

<sup>(288)</sup> Assim, a *jurisprudência arbitral* torna-se fonte formal da *lex mercatoria* ao enunciar os seus princípios gerais as suas particulares. práticas, próprias de milhões de profissionais.

Todavia, não pode admitir-se a defesa desta *Lex Mercatoria* como *ordem jurídica* de base, estatuto primário dos contratos internacionais, ao arrepio completo dos critérios estabelecidos nas normas de conflitos dos direitos estaduais (arts. 14 e segs. do Código Civil). Por isso, a referência feita pelas partes à *Lex Mercatoria*, na contratação internacional, deve ser entendida como uma pura referência material, incluída, isso sim, no âmbito da *lei do contrato* designada no quadro aberto pelas *normas de conflitos* do foro. Assim, pode dizer-se que, por via de regra, a autonomia da vontade não tem o poder de designar como lei aplicável a um conflito de interesses na contratação internacional a chamada *Lex Mercatoria* como verdadeira e autónoma referência conflitual. Daí que só nos limites dos diversos ordenamentos estaduais pode ter lugar a referência (não em termos de direito conflitual, mas uma referência puramente material) a estes complexos normativos não estaduais.

Mesmo que as partes remetam a resolução dos litígios a um tribunal arbitral, que segundo elas deverá aplicar todo aquele acervo de princípios, usos e regras, coloca-se sempre o melindroso problema de fazer valer esse julgamento nos ordenamentos jurídicos, nacionais (v.g., para efeitos de registo comercial, levantamento de depósitos bancários, etc.).

Entre nós, as decisões dos tribunais arbitrais estão, quando proferidas no estrangeiro, sujeitas a revisão, nos mesmos termos das sentenças dos tribunais do estado (art. 1094º/1, do código Processo Civil). Por isso se devem observar os requisitos do art. 1096º do mesmo código, dois dos quais poderão levar particulares óbices à revisão: a não contradição da decisão com a ordem pública internacional portuguesa [alínea f)] e a não contradição da decisão com o direito privado português quando, tendo sido demandado um português, por aquele devesse ser resolvida

A convenção Europeia sobre arbitragem comercial internacional de 21-4-1961 (a que Portugal não aderiu) impõe que os árbitros tenham em conta as cláusulas contratuais e os *usos do comércio*, qualquer que seja o direito aplicável ao fundo do litígio. Com efeito, esta e outras convenções relativas à arbitragem contribuíram para a emergência de um nível desenvolvimento dos *usos* no comércio internacional, seja contando a sua existência, seja desenvolvendo interpretativamente o seu alcance e eficácia.

a questão segundo o direito internacional privado português [alínea g)]<sup>(289)</sup>.

Além disso, Portugal não é parte na convenção de Genebra de 1961, nem na de Nova Iorque, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Pelo que só nos vinculámos ao Protocolo de Genebra de 1923, ratificado em 25-10-1930, mediante o qual os Estados contratantes se comprometem a garantir a execução, pelas suas autoridades e de harmonia com as disposições da sua legislação nacional, das sentenças arbitrais proferidas no seu território; não foi por isso, tomado qualquer compromisso no sentido de executar as decisões arbitrais proferidas em outro Estado contratante.

Pelo que, se a sentença arbitral é proferida no território nacional, é tornada exequível após depósito do documento, em que foi exarada, na secretaria do tribunal judicial do lugar da arbitragem (Lei nº 31/86, de 29-8: arts. 24º/2, 26º/1 e 37º).

Não parece, por isso que todo o processo de unificação do direito do comércio internacional possa absolutizar a nova *Lex Mercatoria*. É verdade que o comércio e, particularmente o comércio internacional, reclama o reconhecimento de um amplo espaço à autonomia privada. O que não é lícito é que esta autonomia opere com absoluta liberdade<sup>(290)</sup>. É, pois, necessário que este *direito de produção autónoma* – ao qual corresponde, sem dúvida, uma inestimável função no plano da unificação do direito comercial internacional – se projecte sobre um fundo legal uniforme, justamente, os complexos normativos estaduais, que garantem o adequado equilíbrio no regime jurídico da contratação internacional. Porém, quer aquele *direito* quer este constituem as vias necessárias e complementares da construção do direito uniforme do comércio internacional hodierno.

<sup>(289)</sup> Sobre isto, cfr., MOURA VICENTE, D., *Da arbitragem comercial internacional*, Coimbra, 1992, pág. 275 e segs.

<sup>(290)</sup> No mesmo sentido, GONDRA, J. M., *Derecho mercantil...*, cit., pág. 213-214; GONDRA, J. M., *La moderna «Lex Mercatoria» y la unificación del derecho del comercio internacional*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, nº 127, pág. 7 e segs; MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, cit., pág. 515.

#### § 4. OS ACTOS DE COMÉRCIO

#### §4. Os actos de comércio

##### A) Introdução

Contrastando com o modelo em que se formou e estruturou o direito comercial – nos comerciantes e na actividade de mediação e produção de riqueza – o *code de commerce*, de 1807, apareceu organizado noutra esquema. É que, como se viu, extintas as corporações dos comerciantes e anulado o seu poder de controlo do mercado, no subsequente regime liberal da economia, o particularismo do direito comercial é entendido a partir de determinados actos em si mesmo considerados, que instrumentalizam e realizam a mediação e produção de produtos e serviços. A especialidade do regime do direito comercial português, ainda hoje, de *iure constituto*, se baseia nestes actos de comércio. Com efeito, a doutrina comercialista portuguesa tem entendido unanimemente que o código comercial ainda vigente consagra a designada *teoria dos actos de comércio*.

Deste jeito, é mister estudar, para delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial, o que seja um acto de comércio (art. 2º, código comercial).

E, seguidamente, completar essa delimitação e organização da matéria mercantil através da designada *teoria jurídica da empresa comercial* como critério qualificador autónomo da matéria mercantil (art. 230º, código comercial).

Com efeito, quando está em causa a delimitação das fronteiras materiais do direito comercial, para além da questão assumir, hoje, importância prática (isto é, sujeitar



certas relações jurídicas aos específicos regimes jurídicos das obrigações mercantis), dispõem-se, essencialmente de dois preceitos, cuja interpretação e harmonização suscita problemas de vulto: os arts. 2º e 230º do código comercial).

### B) Factos jurídico-comerciais e actos de comércio

Diz o art. 2º do código comercial:

*Serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar.*

Deste normativo se deduz que certas eventualidades juridicamente relevantes são consideradas como comerciais, tomando-se a palavra *acto* no sentido, que não de conduta humana, mas de facto jurídico-mercantil em sentido amplo<sup>(291)</sup>, ao qual são atribuídos efeitos jurídicos diversos. E abrange esta expressão:

- os factos jurídicos naturais ou involuntários, que são ocorrências estranhas a qualquer processo volitivo, seja porque resultam de causas de ordem natural, seja porque a sua eventual voluntariedade não tem relevância jurídica. É o caso, v.g., do decurso do tempo (na caducidade e prescrição das acções sociais: art. 174º, do código Sociedades comerciais; o prazo para entrega das coisas

<sup>(291)</sup> Neste sentido, LOBOXAVIER, *Direito comercial*, cit., pág. 28-29; BRITOCORREIA, *Direito comercial*, cit., I, pág. 32; PUPO CORREIA, *Direito comercial*, cit., pág. 50; LE GALL, J. -P., *Droit commercial*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1993, pág. 14; GUYENOT, *Cours...*, cit., n.ºs 113 e segs.

- vendidas – art. 473º, código comercial), a perda total do navio (para efeitos de abandono dos objectos seguros – art. 618º, código comercial), os danos que acontecem ao navio e carga, desde que começam os riscos de mar (art. 634º, código comercial), a morte do mandante (no mandato mercantil: art. 246º, código comercial);
- os factos voluntários, enquanto acções humanas tratadas pelo direito como manifestações de vontade, quer sejam simples actos jurídicos [na modalidade dos quase-negócios: na reclamação por vícios – art. 471º do código comercial; entrega da guia de transporte ao expedidor – art. 369º, código comercial; reclamação contra o transportador por deterioração nas mercadorias – art. 385/2, código comercial; a notificação do devedor, na venda de penhor mercantil – art. 401º, código comercial; a transmissão, por endosso de um conhecimento de depósito – art. 411º, código comercial; o enriquecimento sem causa de um comerciante emergente de vendas realizadas; o protesto de uma cautela de penhor – art. 417º, código comercial, ou, na modalidade das operações jurídicas<sup>(292)</sup>: v.g., as invenções industriais patenteáveis – art. 4º, do Código da Propriedade Industrial; a posse de um navio, sem título de aquisição – art. 487º, código comercial; o alijamento de mercadorias – art. 508º, §8, do código comercial] ou negócios jurídicos (v.g., compra e venda mercantil – art. 463º e segs.,

<sup>(292)</sup> As operações jurídicas traduzem-se na realização de um resultado material ou factual a que a lei liga determinados efeitos jurídicos. Assim, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., 1ª reimp., Coimbra, 1986, pág. 356.

código comercial; reporte – arts. 477º e segs., código comercial; o aluguer – art. 481º, código comercial; a empreitada de navio – art. 489º, código comercial; o trespasse de estabelecimento comercial – art. 115º do R.A.U.; o depósito mercantil – art. 403º e segs. código comercial), ainda que sejam factos *ilícitos* (v.g., responsabilidade civil por factos ilícitos, emergente de um acidente de viação, por culpa de um comerciante, que circulava ao derredar do exercício das suas funções; obrigação de indemnização de um comerciante, por ocasião de desmonoramento de obra que edificou; obrigação de indemnização por actos de concorrência desleal – arts. 227º e 212º do código da Propriedade Industrial; a falta de pagamento da retribuição de um trabalhador subordinado do comerciante), factos *isolados* ou *ocasionais* (v.g., saque, aceite ou endosso de uma letra de câmbio) ou os que fazem parte integrante de uma *actividade* comercial (exploração de uma das empresas do art. 230º do código comercial).

### C) O artigo 2º do código comercial

Este normativo não enuncia qualquer conceito *material* de acto de comércio, na medida em que tal envolve, como vimos, uma *resposta impossível*. Ele tão-só se limita a dizer *quais* são os actos de comércio, sem fazer qualquer enumeração, seja taxativa, seja meramente exemplificativa dos actos de comércio. Utiliza-se, isso sim, um processo de *enumeração implícita*, remetendo esse normativo para outros preceitos da lei comercial (v.g., arts. 394º e segs., 397º e

segs., 403º e segs., 425º e segs., etc., todos do código comercial).

E repare-se que o artigo tem duas partes bem distintas.

De facto, os actos indicados na primeira parte do art. 2º são actos *objectivamente comerciais*, porquanto a sua comercialidade reside neles próprios.

Na segunda parte do art. 2º estão referidos os actos *subjectivamente comerciais*, porquanto se presume que qualquer *acto* de jaez patrimonial se presume mercantil, desde que tenha sido praticado por um comerciante.

Porém, como adverte o Prof. FERRER CORREIA<sup>(293)</sup> estas categorias de actos não só puras, pois que subsistem, seja *condições subjectivas da comercialidade objectiva dos actos de comércio*, seja *condições objectivas da comercialidade subjectiva dos actos de comércio*.

De facto, o contrato de transporte está especialmente regulado no código comercial, cabendo, portanto, na primeira parte do art. 2º. Só que a comercialidade deste negócio, depende da qualidade de comerciante de um dos sujeitos da relação jurídica (*quando os condutores tiverem constituído empresa ou companhia regular e permanente*). Importa, por isso, para este *acto* seja comercial, que um dos sujeitos do acto seja comerciante.

Em segundo lugar, nem todos os *actos* praticados por comerciantes são *actos de comércio*, sendo necessário que além dessa condição subjectiva, neles se surpreenda uma certa *qualidade objectiva* que se traduz na fórmula: *não serem de natureza exclusivamente civil* e, nesta outra, se o contrário do próprio acto não resultar.

Esta classificação tem, com efeito, muito de artificial, uma vez que nos actos subjectivos o *objecto* (mediato) entra sempre

<sup>(293)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 57-58.

em linha de conta, pois se um comerciante celebrar um contrato ou contrair uma obrigação de natureza exclusivamente civil (v.g., obrigação sucessória de prestar tornas; obrigação de prestar alimentos ao seu ex-cônjuge, etc.) ele não pratica um acto de comércio. E, igualmente, nos *actos objectivos* se tem de atender à pessoa de quem os pratica (v.g., os seguros são actos de comércio a respeito do segurador e nem sempre o são a respeito do segurado: art. 425º do código comercial).

Inexiste, pois, uma categoria pura de actos de comércio (objectivos ou subjectivos)<sup>(294)</sup>. É que, aliás, o art. 2º tem por finalidade primeira contrapor os actos de comércio aos actos civis. Daí que a classificação que agora curamos não diz necessariamente respeito à distinção entre actos subjectivos e actos objectivos. Disto falaremos adiante.

Pelo que respeita à primeira parte do art. 2º do código comercial consideram-se *especialmente regulados neste código* não só os actos aí *exclusivamente* disciplinados, isto é, que se acham directa e explicitamente nesse código (v.g., o contrato de transmissão de navio: art. 490º, código comercial; a conta-corrente: art. 344º; o reporte: art. 477º; o seguro: arts. 425º e segs.)<sup>(295)</sup>

<sup>(294)</sup> Assim também, AZEVEDO E SILVA, *Comentário ao novo código comercial português*, Lisboa, 1988, pág. 111; SALDANHA, *Estudos sobre o direito comercial português*, Coimbra, 1986, pág. 39; ALVES DE SÁ, *Primeiras explicações do código comercial português de 1988*, I, Lisboa, 1903, pág. 138 e segs.; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito comercial* (coligido por PALMA CARLOS), Lisboa, 1924, pág. 82, nota; PINTO COELHO, *Direito comercial português*, Coimbra 1914, vol. I, pág. 53, nota 1; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições de Direito comercial* (coligidas por SIMÕES PINHO), 2ª ed., Coimbra, 1928, pág. 32; FERNANDO OLAVO, *Direito comercial*, cit. pág. 105; na doutrina italiana, VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, I, 5ª ed., Milano, 1900, nº 42, pág. 34 [afirmando que esta distinção não tem nenhum real fundamento na natureza dos factos sociais, porque na qualidade de comerciante só se justifica a presunção de comercialidade dos seus actos, não a natureza comercial dos mesmos sendo, admissível prova contrária (n. 41, pág. 33, nº 36, pág. 26 e segs)]; em França, por exemplo, RIPERT/ROBLAT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 15ª ed., Paris, 1993, nªs 295, 305, 307.

<sup>(295)</sup> É exemplificativa o caso do AcSTJ, de 18/12/70 (LUDO VICODA COSTA), proc. nº 63213, in *Data Juris*, cit., ao considerar que (...) *integra um contrato de compra e venda de bens futuros, objectivamente comercial, em relação ao vendedor, o contrato pelo qual o dono de um estabelecimento comercial de venda de lotarias se obrigou a fornecer a um cliente em toda e cada uma das extracções da lotaria da Santa Casa da Misericórdia, uma fracção de determinado bilhete.*

mas também os *actos* simultaneamente regulados no código civil e na lei comercial [a compra e venda: arts. 463 e segs. do código comercial e 874º e segs. do código civil; o mandato: arts. 231º do código comercial e 1157º do código civil; o mútuo: arts. 394 do código comercial e 1142 do código civil; o depósito: arts. 397º do código comercial e 1185 do código civil; o penhor: arts. 403º do código comercial e 666º do código civil; a fiança: arts. 101º do código comercial e 627º/1, do código civil; o aluguer: arts. 481º, do código comercial e 1022º e 1023º do código civil], os regidos em legislação comercial avulsa, posterior ao código comercial<sup>(296)</sup> [v.g., a transmissão de patentes: arts. 24º e segs. do código da Propriedade Industrial; o contrato de locação financeira: DL nº 171/79, de 6-6; o contrato de sociedade (comercial): DL nº 262/86, de 2-9, que aprovou o código das Sociedades Comerciais<sup>(297)</sup>; os actos relativos aos títulos de crédito, v.g., letras, livranças e cheques: Lei Uniforme Sobre Letras e Livranças e Lei Uniforme sobre cheques, aprovados pelo DL nº 23721, de 29-03-1934; o extracto de factura, nas vendas a prazo: arts. 1º e 2º do Decreto nº 14940, de 21-3-1931; o arrendamento para fim comercial: arts. 110º e segs do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo DL nº 321-B/9º, de 15-10; o trespassse: arts. 115º e 116º, do mesmo diploma; a cessão de exploração de estabelecimento comercial] e bem assim aqueles actos regulados simultaneamente no código civil e em legislação comercial extravagante posterior ao código comercial [o contrato de sociedade: arts. 980º e segs

<sup>(296)</sup> Ainda que, por vezes seja revogatória de actos *especialmente previstos* no código, como é o caso das operações de bolsa [DL nº 142-A/91, de 10-4].

<sup>(297)</sup> Já se considerou que é objectivamente comercial o contrato de cessão de quotas de uma sociedade comercial, para, desde logo, se concluir que, também tem natureza (objectivamente) comercial a promessa de cessão de quotas [AcRE, de 7/10/82 (CASTRO MENDES), in *Col. Jur.*, (1982), t. IV, pág. 280.

do código civil (sociedades civis) e 1º/2 e 3 e 7º e segs., do código das sociedades comerciais].

Além disto, existem, *actos de comércio* objectivos, regulados em legislação avulsa posterior ao código comercial que aglutinam os caracteres de actos previstos no código civil [é o caso do *contrato de factoring*, previsto no DL nº 56/86, de 16-3, que se analisa numa cessão global de créditos futuros (arts. 577º e segs. do código civil, e respectiva remissão para os arts. 270º e segs., 280º e 399º, do mesmo diploma)].

Noutros casos, actos de comércio objectivos há que conjugam os caracteres específicos de actos de comércio típicos [v.g., no contrato de locação financeira subsistem elementos contratuais dos tipos compra e venda e locação, normalmente no sub-tipo do aluguer-mercantil — na medida em que se ceda o gozo temporário de uma coisa móvel, respeitante v.g., a bens de equipamento: arts. 2º e 3º/1, do DL 171/79]<sup>(298)</sup>, sendo, por conseguinte, segundo nos parece, um *contrato nominado misto*.

<sup>(298)</sup> Cfr., LEITE DE CAMPOS, *Ensaio de Análise tipológica do contrato de Locação Financeira*, separata do vol. LXIII (1987) do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1989, pág. 57 e segs., espec. pág. 76 e segs.; sobre a qualificação deste contrato na Alemanha, vide, CANARIS, *Finanzierungsleasing und Wandelung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, pág. 30 5; WESTPHALEN, G. von, *Die neuesten BGH-Entscheidungen zum Finanzierungsleasing. Konsequenzen fuer die Praxis*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1985, pág. 1033; idem, *Der Leasingvertrag*, OTTO SCHNIDT KG, Köln, 1992, pág. 30 e segs., Rz. 58 e segs. (a jurisprudência aplica, uma vez as normas sobre o contrato de locação — § 535 e segs. do BGB — outras, o regime do contrato de compra e venda a prestações, resolvendo inúmeros problemas através do regime das cláusulas contratuais gerais — *AGBG*, de 1976); na Suíça, a doutrina e a jurisprudência oscilam entre uma triplíce qualificação: contrato de utilização do uso de uma coisa (*Gebrauchueberlassung*), contrato de mútuo e contrato de compra e venda a prestações (cfr., STAUDER, B., *Die Behandlung des Leasingvertrages im schweizerischen Recht. Zwischenbilanz*, in Kramer (org. por) *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Haupt*, 1986, pág. 61; GIOVANLI, *Il contratto di leasing in Svizzera*, in *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Milano, 1984, pág. 59; na Polónia é visto como uma locação com características especiais (cfr., POCZOBUT, *Polnischer Gesetzentwurf eines Leasingvertrages im internationalem Handel*, in *Rech der internationalem Wirtschaft*, 1985, pág. 105; assim também em França (cfr., CALAIS-AULOY, *Crédit-bail (leasing)*, in *Encyclopedie Dalloz*, 1981, pág. 27); em Espanha, o leasing financeiro é visto como um *contrato misto*, que integra a concessão do uso de uma coisa com opção de compra, elementos estes ligados genética e funcionalmente a uma causa-função única (vide, FRIGNANI, A., *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leverage buy out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*, Torino, 1993, pág. 176 e segs).

Como refere PUPO CORREIA<sup>(299)</sup> não devem subsistir dúvidas acerca da inclusão de todos os *actos de comércio* antecedentes na previsão da primeira parte do art. 2º, do código comercial, pois que desde 1888 até aos dias de hoje múltiplos actos de comércio surgiram desde então regulados em leis avulsas, seja substituindo disposições do código comercial, seja inovando através da criação de actos novos.

Não é, pois, de considerar como objectivamente comerciais somente os actos regulados no código comercial, sob pena de se ter caído num critério puramente *formal*. Daí que, numa interpretação objectivo-actualista da vontade do legislador do século XIX, são também actos de comércio objectivos todos aqueles que se acham especialmente regulados na lei por causa das necessidades ou interesses da vida mercantil. O que interessa não é, por isso, necessariamente que o legislador classifique um determinado *acto*, previsto em lei avulsa, com comercial, porquanto o que é mister é determinar se *o regime traçado pela disposição em causa vai destinado a satisfazer as necessidades do comércio, a resolver problemas específicos deste sector da vida económica*<sup>(300)</sup>.

Todavia, como já se sabe, merece resposta negativa a questão que procura indagar se existe um critério geral, de natureza substancial que delimite unitariamente o que seja um *acto de comércio objectivo*. Aliás, já LOCRÉ<sup>(301)</sup> afirmava que *les tribunaux de commerce ne peuvent connaitre que des affaires qui sont textuellement attribuées*. Renunciava-se, já nessa altura, a surpreender um critério geral delimitador dos actos de comércio.

<sup>(299)</sup> PUPO CORREIA, *Direito comercial*, cit., pág. 57.

<sup>(300)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 83.

<sup>(301)</sup> LOCRÉ, *Esprit du code du code de commerce*, 2ª ed., Paris, 1829, t. VIII, pág. 174.

Todavia, a ausência desse critério não exclui a existência de particulares critérios em face dos diferentes *actos* pensados pelo legislador. E ele foi, seguramente, inspirado por diferentes motivos para qualificar os diversos actos por si especialmente regulados na lei, em atenção às necessidades da vida comercial, a saber:

a) Certos actos de comércio objectivos configuram actividades de intermediação a título ocasional, pontual ou, ao invés, profissional, com vista a assegurar a circulação de produtos e serviços. Na falta deste tipo de operações a vida comercial seria, como é bom de ver, reduzida à troca directa de bens, talqualmente nas sociedades primitivas. E, de facto, a vida em sociedade potencia-se por mor da circulação dos bens, através de intermediações várias. Convém, por tal, favorecer este elemento do progresso social, entendendo-se que os *actos* que facultam esta intermediação na circulação da riqueza são actos de comércio. É o caso por exemplo das compras de coisas móveis ou imóveis para revenda (art. 463º, 51 e 4, do código comercial), as compras para revenda de títulos de crédito negociáveis (art. 463º § 2, idem, por exemplo, obrigações, acções, warrants, ...), as operações de bolsa, as operações de banco (arts. 362º e segs. do código comercial e demais legislação respeitante ao exercício do comércio bancário)<sup>(302)</sup>. É, como se vê, um critério específico para certa categoria de actos de comércio objectivos.

b) Outros actos de comércio constituem meios materiais que propiciam o incremento da intensidade da vida mercantil. Não são, decerto, agora, actos isolados mas

<sup>(302)</sup> Cfr., hoje, o Decreto-lei nº 298/92, de 31-12 (que aprova o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras).

actividades organizadas, donde resulta que são actos de comércio objectivos, todos e quaisquer actos praticados por aquele que exerça uma empresa das enumeradas no art. 230º do código comercial<sup>(303)</sup>. É evidente, para a vida social, a utilidade de, nesta perspectiva *objectiva*, submeter ao direito comercial os actos praticados por aquele que explora a empresa [não só necessariamente por parte do seu proprietário, como é o caso do locatário do estabelecimento comercial].

c) Outros actos são reputados como comerciais se e quando são préordenados a uma intenção de especulação. O desejo de lucrar ao entretecer relações jurídicas é,

<sup>(303)</sup> Ao menos, com formulações mais ou menos imprecisas para a maioria da doutrina portuguesa. Assim, LOBO XAVIER, *Direito Comercial*, cit., pág. 45-46; GUILHERME MOREIRA, *Actos de comércio*, Coimbra, 1889, pág. 188-189; CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda*, 2ª ed., Coimbra, 1925, pág. 44 (vê a empresa como acto de comércio, único e isolado, um acto de comércio objectivo); FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, cit., pág. 258 e segs. (afirmando que o art. 230º foi introduzido pelo legislador mais com a preocupação e o fim de declarar objectivamente comerciais as actividades referidas, do que para qualificar como mercantis as empresas – em sentido subjectivo – que os exercem); FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pág. 76 e segs., 126 e segs. (indo neste autor clara a percepção que o núcleo do direito comercial de hoje, a empresa mercantil, ainda que sob a nomenclatura de acto de comércio objectiva, é algo de diverso dos demais actos objectivos, pois que enquanto estes são ocasionais, aqueles são formas de actividade); BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito Comercial* (Palma Carlos), cit., pág. 87, 94 (a empresa seria um acto de comércio objectivo, enumerado no código, acto que constitui o organismo económico, que na terminologia científica se chama empresa); ADRIANO ANTERO, *Comnetário*., cit., pág. 584 e segs., 589 (a empresa seria um complexo de negócios, muitos e variados actos, uma multiplicidade de actos civis e comerciais, a ponto de, também dizer que a empresa é em si mesma, um acto de comércio objectivo ou, a empresa, objectivamente, é um acto comercial complexo (Comentário, cit., pág. 47); implicitamente, também, MÁRIO DE FIGUEIREDO (*Lições de Direito Comercial*, coligidas por Eduardo Ralha), 2ª ed., Coimbra, 1937, pág. 113, 119, 122). É este, igualmente, o panorama nas doutrinas francesa e italiana, cfr., PARDESSUS, *ob. cit.*, pág. 7, 54; DELAMARRE-LEPOITEUIN, *ob. cit.*, pág. 77; HAMEL/LAGARDE, *Traité...*, cit., nºs 149, 157; MANARA, *ob. cit.*, pág. 53 e segs., 442 e segs.; VIVANTE, *ob. cit.*, pág. 115; NAVARRINI, *ob. cit.*, nº 54, pág. 71; AZZARITI, *Sugli atti di commercio per accessorio*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, pág. 10 e segs.; GUYÉNOT, J., *Cours...*, cit., pág. 69 e segs., 92; THALLER, *ob. cit.*, nº 10, pág. 9; LYON CAEN/RENAULT, *ob. cit.*, nº 132, 138, pág. 139; WAHL, *ob. cit.*, nº 76.

Porém, como veremos (*infra*, § 6), parece-nos que os actos dos empresários-comerciantes que se propõem exercer uma das actividades que reúnem as características das empresas plasmadas nos nºs. 1 a 7 do art. 230º, do código comercial são, antes, actos de comércio subjectivos, ou melhor, *actos profissionais* do exercício do seu comércio.

igualmente, considerado o *leit motiv* necessário e mais eficaz para estimular, o incremento da vida comercial. Vantajoso para o sujeito do direito, a prática destes actos é, também, útil e valiosa para a colectividade, pois que o enriquecimento daquele outro contribui para o desenvolvimento económico e social geral.

Todavia, como já se obtemperou, este critério não abarca a caracterização de todos os actos de comércio (objectivos), distinguindo-os dos actos puramente civis. Por exemplo, uma empresa pública, como é a *Imprensa Nacional Casa da Moeda*, persegue outros fins para além do escopo directa e essencialmente lucrativo ou que vise uma qualquer vantagem económica socialmente útil. De outro modo: a sua qualificação como tal fica dependente da circunstância de contribuir para assegurar directamente o progresso económico-social (enquanto faceta do bem comum) e, simultaneamente, uma qualquer egoística vantagem económica (que, deste modo, é socialmente útil).

Pode, pois dizer-se, em traço largo, que se submetem à específica disciplina do código comercial, sendo reputados como *actos de comércio*, aquelas relações jurídicas que permitem a um sujeito de direito participar profissional ou ocasionalmente na vida económica, ao derredor de uma finalidade socialmente útil. De outro modo: a sua qualificação como tal fica dependente da circunstância de contribuir para assegurar directamente o progresso económico-social (enquanto faceta do bem comum) e, simultaneamente, uma qualquer egoística vantagem económica (que, deste modo, é socialmente útil). Por outro lado, o progresso da ciência e das técnicas de organização e gestão fizeram surgir novas formas de participação activa e útil na vida económica. É a hipótese, por exemplo, dos actos de comércio (objectivos, na perspectiva que, por ora, vai dada) praticados por todo aquele uma qualquer actividade consistente na *prestação de*

*serviços*, reunindo as características das empresas referidas nos n.ºs 3 e 7 do art. 230.º do código comercial.

O artigo 2.º, primeira parte do código comercial tem, pois, por função delimitar positiva e negativamente [isto é, também remete para outras normas que dispõem que não são comerciais determinados actos de compra ou de venda: art. 464.º/1, 2,...] o nosso direito comercial. E respeita ela aos *actos de comércio isolados*, os objectivos, tendo, aliás, hoje, reduzido alcance positivo, pois que, na prática, é pelo menos difícil a comprovação real de muitos desses actos, maxime no que toca ao elemento subjectiva, v.g., da intenção de revenda (especulativa?), do qual se faz depender a qualidade civil ou comercial do acto.

Por isso que já se perguntou se a analogia pode (ou deve) ser excluída na qualificação positiva do art. 2.º, 1.ª parte. Isto é, se poderão ser objectivamente comerciais os actos não regulados explicitamente na lei, através do recurso à analogia, qualificando-se como comercial um determinado acto, sob o pressuposto de este ser análogo a outro *especialmente regulado* na lei comercial.

Por exemplo: poderia qualificar-se como comercial, à luz do art. 2.º, 1.ª parte, a compra de imóveis para dar de arrendamento, com uma cláusula que prevê que, no termo do contrato, o arrendatário terá uma opção de compra do imóvel?

Com efeito, a analogia deve ser excluída na qualificação positiva do art. 2.º, primeira parte, por várias ordens de razões, a saber:

- o elemento histórico da interpretação da lei conduz à afirmação de que o legislador português de 1888 quis pôr de lado a qualificação por analogia, na medida em que expressamente repudiou a solução contrária constante do código comercial espanhol de 1886 que, sendo uma das

fontes da nossa codificação comercial, expressamente previu, num preceito idêntico, os *actos de natureza análoga*. – a certeza e segurança jurídicas<sup>(304)</sup><sup>(305)</sup> incompatibilizam-se com o recurso, para efeitos desta norma, à analogia. Com efeito, como se verá, se a prática reiterada e habitual de actos de comércio objectivos, de natureza substancialmente comercial, também têm o condão de despoletar a aquisição da qualidade de comerciante – art. 13º [assim

<sup>(304)</sup> Assim, também PINTO COELHO, *Lições de Direito comercial*, cit., I, pág. 54 e segs.; FERNANDO OLAVO, *ob.cit.*, 65 e segs., 97 e segs.; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 61 e segs.; PAULO SENDIM, *Lições...*, cit., I, pág. 48 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 34-35, 38; PUPO CORREIA, *ob.cit.*, pág. 60.

Porém, note-se que se não exclui que certos aspectos do regime jurídico de um acto de comércio, como tal previamente qualificado nos termos, do artº 2º, sem recurso à analogia sejam determinados por recurso à analogia. Vai, aliás, neste sentido, a hipótese versada no AcRL, de 17/1/85 (ANTÓNIO DA VELHA), processo nº 16589 [in *Data Juris*, Base de Dados de Direito e Jurisprudência, Coimbra], ao ter entendido que, não obstante no contrato de correspondência bancária não haja mandato no sentido tipicamente descrito na lei civil ou comercial, mas sim um contrato de prestação de serviços inominado – comercial objectivamente ou subjectivamente, nos termos do artº 2º são-lhe aplicáveis, nas suas linhas gerais e no âmbito da falta de previsão das partes, o regime daquele mandato mercantil. Vão, igualmente, neste sentido, os casos abordados no AcSTJ, de 25/6/86 (GAMA PRAZERES), processo nº 73708, in *Data Juris*, cit. [(...) *As aberturas de créditos documentários – típicas operações bancárias – são contratos de mandato, sendo o banco ordenador, o mandante, o ordenado o mandatário e o beneficiário da ordem de pagamento o credor e regem-se pelas disposições pertinentes ao código comercial e, na sua falta, pelas do contrato de mandato civil*] e no AcSTJ, de 16/6/70 (RUI GUIMARÃES), processo nº 63032, in *Data Juris*, cit. [(...) *como negócio não especialmente previsto e regulado na lei, a abertura de crédito documentário (...) resolve-se fundamentalmente num mandato mercantil sem representação, já que o Banco pratica em seu próprio nome, mas a pedido, por conta e consoante as instruções do cliente ordenante, determinados actos jurídicos*].

Noutros casos, trata-se tão-só, em face das formas contratuais típicas [e objectivamente comerciais, total ou parcialmente], de qualificar certos acordos de vontade, que escapam ao enquadramento de precisas *paróquias contratuais*. É o caso abordado na sentença do 15º Juízo cível de Lisboa, de 23/2/81 (ANTUNES MARTINS), Processo nº 3998, in *Data Juris*, cit., onde se considerou que *existe um contrato misto de prestação de serviços e de transporte, quando uma empresa por um preço global se obriga a prestar a outrem determinados serviços e efectuar o transporte de objectos, sem discriminação do preço*. É claro que, em face dos casos concretos, não é de excluir a aplicação da *teoria da combinação*, aplicando as disposições do código comercial, relativamente ao acto objectivamente comercial de transporte e, por outro lado, às disposições relativas ao contrato de prestação de serviços, previstas no código civil.

<sup>(305)</sup> Recusam, igualmente, a analogia na qualificação mercantil, GUILHERME MOREIRA, *Actos de commercio...*, cit., 44 e segs.; ALVES DE SÁ, *Primeiras Explicações...*, cit., pág. 55 e segs.; JOSÉ TAVARES, *Das empresas...*, cit., pág. 115 (mas admitindo-a quanto ao artº 230º); VEIGA BEIRÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 14; PINTO COELHO, *Direito Comercial*, cit., pág. 100 e segs.; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...* (M. Ralha), cit., 41 e segs.; FERNANDO OLAVO, *ob.cit.*, pág. 89 e segs.

como tem esse condão, como se verá, a circunstância de o sujeito de direito se propôr a exercer uma das actividades descritas no art. 230º; desde o período de organização inicial dessas empresas, onde logo se revela o específico jaez do risco assumido pelo empresário, risco aliás associado com riscos de parceiros] –, mas há casos em que o capital da exploração comercial não reclama uma imobilização em bens fixos que formam o respectivo estabelecimento, escoando-se a actividade comercial em v.g., mercadorias que são compradas e revendidas, não sendo pois, lícito, falar de empresa enquanto organização. Ora, nestes casos – e só nestes, que não nos do art. 230º – se se atribuisse, por via analógica, a qualidade de actos de comércio objectivos, criar-se-ia, para quem as praticasse e para terceiros, um estado indesejável de incerteza quanto à assunção da qualidade de comerciante pelos respectivos autores, e bem assim quanto ao regime jurídico desses actos (v.g., para efeitos dos arts. 10º, 15º, 19º e 29º e segs., do cód. comercial). – Não se deve estender (por recurso à analogia) uma categoria de actos de comércio que, por ocasionais, é, no mínimo secundária, quando não artificial nos dias de hoje, na disciplina do direito mercantil. Com efeito, o direito mercantil, já há largas décadas deixou de ser (se é que alguma vez o foi) um direito relativo a actos de comércio (objectivos) isolados, mas um direito profissionnal dos actos em série (de direito privado) da empresa mercantil.

E, de resto um *acto* não compreendido no disposto na 1ª parte do art. 2º, será de comércio, não já porque tenha qualquer analogia com algum dos actos de comércio enumerados por remissão desse artigo, mas quando sirva para os fins atrás enunciados, maxime quando praticados por aquele que exerça numa das empresas do art. 230º ou outras cujas características de comercialidade são dadas pela exclusão que nessa norma se faz das empresas não comerciais; não sendo, por isso, necessário sequer, recorrer à analogia, pois que esta limita arbitrariamente e caprichosamente à livre expansão do comércio, constituindo um obstáculo, mesmo no domínio do art. 230º, à liberdade de iniciativa económica, (para efeitos de qualificação jus-mercantil), constitucionalmente tutelada.

D) A segunda parte do artigo 2º.

Conforme dispõe a segunda parte do art. 2º do código comercial, são também considerados como actos de comércio, *todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar.*

Este artigo pressupõe, já vê, como *prius* a qualidade de comerciante (adquirida nos termos do artigo 13º ou 230º) do sujeito que os pratica.

Note-se que não se adoptou a teoria<sup>(306)</sup> que reduz os actos dos comerciantes (art. 2º, 2ª parte) aos próprios actos objectivos (art. 2º, 1ª parte), dotando-os da presunção de comercialidade, isto é, não se entendeu que a 2ª parte do art. 2º assentava nos actos dos comerciantes, nos tipificados no código, mas com a presunção de corresponderem ao exercício do seu comércio.

É que, interpretando-se desta maneira (restrita) a II parte do art. 2º ficaria sem sentido a primeira condição de comercialidade dos actos dos comerciantes (a de não serem de *natureza exclusivamente civil*), pois que se os actos dos comerciantes, nesta forma de ver as coisas, fossem tão-só os actos objectivos que o Código especialmente regula – e os que aparecessem como tais – não faria sentido que, para a comercialidade desses actos, se tivesse que eles não fossem exclusivamente civis. É que eles por definição nunca poderiam ser exclusivamente civis, uma vez que, à partida são apenas actos objectivos, especialmente regulados, no código.

<sup>(306)</sup> Perfilhavam esta doutrina, entre nós, J. BENEVIDES, *Contractos commerciais*, 1892, pág. 16; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código de Processo Commercial*, 1ª ed., 1895, pág. 13, nota 2; MENDONÇA FURTADO, *Lições de Direito commercial*, 1889-90, pág. 203 e segs.; em França, DESJARDINS (como noticia DUCHANGE, *Traité des actes de commerce par relation*, Paris, 1900, pág. 40); em Itália, ANGELONI, *Osservazioni sull'art. 4 del codice di commercio*, in *Annali dell'università di Perugia*, 1908.

Adoptou, outrossim, a teoria que vê nesses actos da II parte do artigo 2º uma categoria própria, qual seja a dos *actos subjectivos*, conexos ao exercício do comércio do comerciante, e com a presunção de serem comerciais.

Há, de resto, um trecho do relatório do projecto do código comercial que bem no-lo revela: *A justificação de semelhante disposição (a do art. 2º, 2ª parte) está na presunção de que os actos praticados por comerciantes são-no, em regra, no exercício do seu comércio.*

Ideia idêntica já resultava do *Projecto de código de commercio* de SAMPAIO PIMENTEL (2ª ed., Coimbra, 1871), ao consignar que *em especial são considerados actos commerciais: (...) os actos dos que exercem commercio relativos ao ramo exercido* (nº 3 do artigo 13º, do *Projecto*). Isto é, neste *Projecto* a razão da conexão dos actos com o comércio do comerciante dizia unicamente respeito aos actos que afectavam imediatamente as suas relações comerciais no ramo de comércio escolhido. A doutrina é que pouco a pouco *deslizou de actos no exercício do comércio para os actos conexos, referentes ou relacionados com o exercício do comércio.* O que é bem diferente.

Elegeu-se, pois, na interpretação da 2ª parte do art. 2º, o princípio de que o fundamento desta norma está na presunção de que os actos dos comerciantes estão conexos, por via de regra, com a actividade mercantil<sup>(307)</sup>, partindo a lei do pressuposto de que a actividade jurídica do comerciante é atinente, normalmente, à sua actividade económica. Daí que, a não ser que se prove o contrário, os *actos* dos comerciantes são comerciais porque normalmente não têm um fim estranho ao seu comércio, um fim especial alheio à sua intermediação, especulação mercantil, à sua profissão<sup>(308)</sup>.

<sup>(307)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 94.

<sup>(308)</sup> Com formulações mais ou menos equivalentes, cfr. FERNANDO OLAVO, *Direito commercial*, cit., I., pág. 84, 92; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Lições de Direito commercial português* (coligidas por Bessone d'Abreu), Lisboa, 1917, pág. 115; CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda*, cit., pág. 33, 35, 39; PIRES DE LIMA, *Regimen jurídico do acto de comércio*,



Porém, entre nós, nem todos os actos praticados por comerciantes, são actos de comércio. De facto, a teoria dos actos de comércio acessórios (a teoria do acessório, na sua vertente de actos do comerciante que se presumem comerciais por conexos com o exercício do seu comércio) foi reduzida no seu originário significado e amplitude além fronteiras (França, Espanha)<sup>(309)</sup>. Vale isto dizer que nem todos os contratos e obrigações do comerciante são actos de comércio. Com efeito, a lei portuguesa consagrou certas condições objectivas da comercialidade subjectiva dos *actos de comércio* dos comerciantes. Que o mesmo é dizer estes actos não são actos de comércio:

- a) se forem de natureza exclusivamente civil; e
- b) se o contrário do próprio acto resultar.

Coimbra, 1929, pág. 27, 74, 79; PINTO COELHO, *Direito comercial português*, cit., I, pág. 84, 87, 96; idem, *Lições de Direito comercial*, I, 3ª ed., Lisboa 1957, pág. 65; CAEIRO DA MATTA, *Direito comercial português*, Coimbra 1910, pág. 21, 218; JOSÉ TAVARES, *Das empresas...*, cit. pág. 123; FERNANDO VAZ, *Lições de direito comercial* (coligidas por Pinto Gouveia), Coimbra, 1907, pág. 130; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 65; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 35-36.

<sup>(309)</sup> Com efeito, o acto de comércio acessório define-se por contraposição aos actos de comércio por sua própria natureza (*por si mesmos*), cuja existência pressupõe. A distinção pode focar-se quer do ponto de vista económico ou jurídico. De acordo com o critério económico o acto de comércio por natureza é o que permite realizar por si mesmo a actividade de interposição nas trocas, enquanto que o acto acessório é o que se limita a preparar ou facilitar essa intermediação. De modo que, neste sentido económico, são acessórios todos aqueles actos que se constituam por si mesmos actos de comércio em sentido económico (actos de interposição nas trocas, idóneas à circulação dos bens, que directamente plasmam um escojo lucrativo, etc.) auxiliam ou facilitam o exercício de uma indústria mercantil. Do ponto de vista jurídico, os actos acessórios seriam os que propiciam a realização de outros actos de comércio (v.g., a comissão mercantil) ou que facilitam a sua execução (v.g., o penhor mercantil). Ambos os pontos de vista se podem entrecruzar. Há *actos de comércio absolutos* ou por natureza (vide infra) – v.g., seguro, depósito mercantil – que são economicamente acessórios de uma das indústrias mercantis. E, ao invés, existem actos absolutos, do ponto de vista económico (v.g., a comissão mercantil, – no exercício profissionalizante do comissário) que são juridicamente acessórios. Estas classificações correspondem, de certo modo à contraposição entre comércio em sentido jurídico e em sentido económico. E dizem elas apenas respeito aos actos de comércio. Não têm por função contrapor os actos de comércio aos actos civis, preocupação esta ao invés, marcante da 2ª parte do artº 2º ora em análise.

Note-se que se parte do pressuposto, já referido, da aquisição da qualidade de comerciante, seja pelo exercício habitual e profissional de actos de comércio *absolutos*, seja pela actividade, ainda que inicial, de organização de uma das empresas do art. 230º, empreendida pelo empresário. Todavia, a aquisição, por qualquer destas formas, da qualidade do comerciante comporta um particular significado; os actos de natureza civil *podem ser* considerados, não por si mesmos, mas subjectivamente como actos de comércio, por que e na medida em que estão conexos com a actividade profissional do seu autor. Estes actos, não obstante a sua natureza civil, exprimem a influência exercida pela actividade comercial (profissionalizante), sobre a qualificação das operações através das quais se desenvolve.

a) Porém, o que se deve entender por *actos de natureza exclusivamente civil*?

Deve entender-se que acto de natureza exclusivamente civil é todo aquele que é por essência ou por natureza civil e só civil, independentemente de estar apenas regulado na lei civil<sup>(310)</sup>; que nunca pode ser praticado pelo comerciante no exercício do seu comércio, que de nenhum modo possa ser comercializado, por ser impossível que tenha alguma relação com o exercício do comércio daquele.

E não é difícil enumerar os actos cuja natureza exclua toda a referência à actividade mercantil. São eles os *actos* que constituem, modificam ou extinguem relações (pessoais e patrimoniais)<sup>(311)</sup> de família, os actos atinentes às relações

<sup>(310)</sup> Pois que, como vimos, há numerosos *actos de comércio* objectivos que se encontram regulados em legislação civil avulsa ou no código civil.

<sup>(311)</sup> V.g., o acto de registo de uma convenção antenupcial, ainda que um ou ambos os nubentes seja comerciante, o contrato promessa de casamento, o contrato de casamento, o contrato promessa de partilha de bens comuns (se admitido, *de iure constituto*), uma doação entre cônjuges, uma doação por morte para casamento (1700º e registo do código civil), a adopção, o divórcio, a perfilhação, etc. Neste sentido, já se considerou que o exercício do direito de denuncia do contrato de cessão de exploração de um estabelecimento de padaria, por um dos cônjuges, não constitui um acto de comércio, mas um simples acto de administração ordinária (assim, AcRP, de 20/7/78 (PINTO GOMES)).

jurídico-sucesárias [v.g., partilha extrajudicial, pagamento de tornas a co-herdeiros, repúdio de uma herança ou legado, testamento, aceitação de herança, partilha em vida, etc.] e demais negócios de natureza extrapatrimonial.

Bem se compreende que fiquem excluídos aqueles casos em que, pela sua própria natureza, não pode o acto ter qualquer conexão com o exercício do comércio do seu autor.

De modo que seria contraproducente não considerar como comerciais actos praticados no seio da actividade comercial do sujeito que os pratica, só pela circunstância formal de estarem apenas regulados no código civil.

Por outro lado, há inúmeros *actos* (na acepção ampla que damos à expressão) exclusivamente regulados no código civil ou em legislação avulsa que devem ser havidos como actos de comércio se e quando estiverem ligados ao próprio exercício do comércio, à específica actividade comercial de um comerciante, não tendo, por isso, natureza exclusivamente civil.

É o caso dos designados *negócios jurídicos de liberalidade* praticados pelo comerciante, com a finalidade de promover a aquisição dos produtos e serviços que constituam a razão de ver do seu comércio. E podem analisar-se:

- no comodato de coisas móveis ou imóveis, que sejam objecto da actividade comercial ou, não o sendo, permitam igualmente publicitar e promover o seu comércio;
- na doação de bens de consumo, independentemente das modalidades que podem revestir (brindes, presentes, jogos, lotarias, sorteios, *sweep stakes*), desde que constituam meios directos ou indirectos de incitar à aquisição de produtos ou serviços do comerciante;
- na prestação gratuita de serviços pelo comerciante a um consumidor (ou a outro comerciante), por causa ou ao derredor das assinaladas finalidades.

Igualmente é a hipótese de certos *negócios jurídicos de garantia*, isto é, aqueles em que o comerciante promete uma

prestação na eventualidade de frustração de algum direito ou expectativa, maxime:

- na garantia expressa do produtor, importador ou vendedor, em geral, relativamente ao bom funcionamento de um bem intermédio ou de consumo duradouro, ainda que a prestação seja devida pelo comerciante a um consumidor ou a outro comerciante (isto é, que actue como tal no exercício profissionalizante do seu comércio).

Nos negócios jurídicos de *crédito gratuito ao consumo*, em que é o próprio comerciante vendedor que concede o diferimento do pagamento da coisa comprada pelo adquirente, beneficiário do crédito, ou quando realiza operações que tenham como conteúdo o meio de pagamento (v.g., cheques-brinde, cartões de crédito, emitidos pelo próprio comerciante, como forma de disciplinar os meios de pagamento dos produtos ou serviços que vende).

Em matéria de responsabilidade pode ser havido como *acto de comércio* a obrigação (mercantil) de ressarcimento de danos que onera o comerciante como consequência de ilícito civil, praticado no exercício da sua actividade (v.g., a obrigação de indemnização, por perdas e danos, emergente da prática de actos de concorrência desleal: art. 227º, do código da Propriedade Industrial); ou, em matéria de responsabilidade criminal – contravencional ou contraordenacional – conexas ou não com responsabilidade civil – as multas ou coimas aplicadas, enquanto consequência de ilícitos penais (crimes) contravencionais (contravenções) ou contraordenacionais, praticados por causa do exercício do seu comércio.

Em sede de enriquecimento sem causa pode ser acto de comércio (também pela 2ª parte do art. 2º, do código comercial) a obrigação legal de restituição do enriquecimento (art. 473º, 478º, do código civil), quando se relaciona com a actividade mercantil do comerciante *enriquecido*. Assim, v.g., a obrigação de restituição de parte de certos *preços*, pela prestação de serviços de telecomunicações, quando superiores aos homologados, pelo ente administrativo de tutela ou fixados pelo comerciante, operador privado.

Em matéria de gestão de negócios, (arts 464 e segs. do código civil) aquela que é efectuada por um comerciante é acto de comércio, quando as operações realizadas são atinentes ao exercício do comércio do *gestor* comerciante, como sucede, v.g., com o depositário que procede à venda de mercadorias, sitas nos seus armazéns e que correm o risco de se desvalorizarem, avariarem ou perecerem.

Em geral, pode dizer-se que são igualmente mercantis (2ª parte, do art. 2º) todos os actos e factos jurídicos que fazem nascer, modificam, extinguem ou geram obrigações, pois todos eles podem ser praticados no âmbito do comércio do sujeito – comerciante que os exercita. Justifica-se que possam ser havidos como actos de comércio quando assim suceda.

b) Pelo que respeita à expressão *se o contrário do próprio acto não resultar* começou, desde logo, por se afastar a interpretação (de VEIGA BEIRÃO) que limitava o sentido da II parte do art. 2º à presunção de comercialidade dos actos de comércio objectivos se praticados por um comerciante (isto é se do próprio acto não resultar que ele é o contrário de um acto de comércio objectivo).

É que, para Veiga Beirão se, por exemplo, um comerciante comprasse livros para a sua escrituração mercantil e, no acto da compra, nada declarasse quanto ao fim do acto ou destino dos objectos comprados, o referido acto seria comercial, pois dele não resultava que era o contrário de um acto dum acto de comércio objectivo, isto é, não resultava que a compra não era para revenda ou para alugar o uso; se, porém, o comerciante revelasse o destino dos objectos comprados, se declarasse que os destinava ao exercício do seu comércio ou da sua indústria, então, porque resultava do acto que a compra não era para revenda (art. 464º, código comercial), o referido acto seria considerado civil.

Ora, para os críticos desta doutrina<sup>(312)</sup> [criticas a que aderimos nos resultados a que conduzem, pese embora, diverjamos na construção que os suporta] este acto deixaria de se considerar comercial precisamente quando se verificava aquilo que, quando apenas havia a presunção em que se funda a 2ª parte do art. 2º, lhe atribuiu carácter comercial. Dito de outro modo, seriam excluídas da comercialidade todas as compras estritamente atinentes à actividade comercial de quem as faz. O que é um absurdo não considerar como acto de comércio, pela 2ª parte do art. 2º, a compra desses objectos, pelo simples facto de a compra não ser para revenda.

Daí que tenha prevalecido a doutrina que considera que os actos dos comerciantes que não forem de natureza exclusivamente civil serão comerciais se deles mesmo não resultar que não têm relação com o exercício do comércio do comerciante que os pratica<sup>(313)</sup>. Assim, pode dizer-se que, quando do *próprio acto* se puder concluir que ele não tem qualquer ligação ou pertinência à actividade comercial ou industrial do comerciante que o praticou, se deve naturalmente extrair que ele não é um acto de comércio (mesmo que não seja de natureza exclusivamente civil, de acordo com o entendimento que foi dado à expressão).

<sup>(312)</sup> Cfr, as críticas de GUILHERME MOREIRA, *Actos de commercio...*, cit., pág. 28, 32, 48, 130; CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda...*, cit., pág. 52; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...*, (col. por Ralha), cit., pág. 39 e segs. (autor que foi o primeiro a defender que, no art. 2º, Guilherme Moreira e toda a doutrina que com ele concordou, via sempre duas categorias de actos de comércio, os objectivos e os subjectivos); FERNANDO OLAVO, *Direito comercial*, cit., pág. 92; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 99 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., pág. 50; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, 67-68.

<sup>(313)</sup> É a doutrina de MANARA (*Gli atti di commercio*, cit., pág. 72, 87, 178), a que aderiram MARGHERI (*Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, I, 2ª ed., Napoli, 1886, pág. 156, 160), VIVANTE (*Trattato...*, cit., pág. 177 e segs), AZZARITTI (*Sugli atti...*, cit.), NAVARRINI, *Tratado elementare di diritto commerciale*, I, 2ª ed., Milano, 1914, pág. 60, 70 e segs) ROCCO (*Princípios de direito comercial. Parte geral* [trad. port.] Coimbra, 1931, pág. 202, 206) e, entre nós, GUILHERME MOREIRA (*Apontamentos de direito comercial*, (coligidos por A. Menano), Coimbra, 1919, pág. 25, 34 e segs; *idem*, *Actos de commercio*, Coimbra, 1889, pág. 49, 125 e segs, 129, 122 e segs) e PINTO COELHO (*Lições...*, cit. I, pág. 47-48).

Mas, ainda importa dilucidar a importância da expressão *do próprio acto*. E tem ela a ver com os meios de demonstração da não verificação da presunção de comercialidade dos contratos e obrigações dos comerciantes. Isto é, com a prova do contrário, que consista na ilisão da presunção de que os *actos* dos comerciantes são normalmente comerciais (salvo os de natureza exclusivamente civil) por serem profissionais, na medida em que formam o exercício do comércio do concreto comerciante.

Ora a admissibilidade da prova do contrário da presunção [demonstrando-se que o acto em questão nada tem a ver com o exercício do específico comércio de quem os pratica] de comercialidade dos *actos e obrigações* dos comerciantes, por razões de segurança jurídica e outras atinentes à protecção dos legítimos interesses e expectativas de quem entreteceu relações com o comerciante, fica circunscrita a todos os elementos circunstanciais e coetâneos ao *próprio acto*. Atende-se, por isso, não só ao conteúdo formal das declarações negociais que o integram, mas também a outras circunstâncias, para além do texto da declarações, como, por exemplo, arranjos preliminares, outras declarações das partes, os usos do comércio, etc. que fossem conhecidas do destinatário da declaração negocial ou que este devesse razoavelmente conhecer.

Acolhe-se, neste domínio, a *teoria da impressão do declaratório*, insita no art. 236º/1, do código civil, para a interpretação das declarações negociais, por forma a salvaguardar as legítimas expectativas da contraparte do comerciante, no que toca à *confiança* que possa ter existido em supor que esse acto estaria ligado à esfera da actividade mercantil de quem o praticou. Protegem-se, deste jeito, os interesses gerais da contratação e a boa fé do declaratório, que, facilmente poderia ser violada, acaso se permitisse, por

exemplo, o recurso à prova testemunhal para demonstrar que um determinado acto não fora praticado no âmbito da actividade do comerciante que o praticara [v.g., provar-se, através de testemunhas ou de inspecção judicial que um comerciante de artigos informáticos adquiriu um computador para uso não profissional, outrossim, privado ou familiar, através da constatação de que o referido computador se encontrava, de facto, no domicílio do comerciante].

É claro que se deve admitir a ilisão da referida presunção de comercialidade através de confissão judicial ou extrajudicial, tanto do comerciante (declarante) como da contraparte (declaratório), na medida em que mais não se faz do que reconhecer a realidade de um facto (ter ou não sido o acto em causa praticado no exercício do comércio do comerciante que se trata). — arts. 352º, 355º e 356º do código civil. É que tal pressupõe que o declaratório já conhecia a vontade real do declarante (art. 236º/2, do mesmo diploma).

Numa palavra: o juízo sobre a procedência da ilisão da presunção de comercialização dos *actos e obrigações* dos comerciantes, em face de um concreto *acto* afere-se pela compreensão que um declaratório normal (destinatário da declaração) tenha acerca do comportamento do declarante.

Daí também, que a declaração de aceitação engloba os elementos que o aceitante não se tenha efectivamente apercebido (v.g., a contraparte do comerciante), mas que deveria ter percebido nas circunstâncias concretas, porque não usou, por exemplo, da diligência que essas circunstâncias reclamariam (art. 224º/1 e 2, do código civil).

Para que o significado apurado pela compreensão do declaratório se confirme como significado juridicamente relevante, é ainda necessário confrontá-lo com a representação que o declarante (v.g., o comerciante) faz do seu próprio comportamento. De facto, o valor deste como declaração negocial exige, desde logo, seriedade e consciência (arts. 245º e 246º, código civil); e, de resto, o juízo delimitivo sobre o sentido da

declaração depende da sua imputabilidade a esse declarante (art. 236º/1, in fine, do mesmo código).

Por vezes, a regra do artigo 237º, do código civil não tem, neste domínio aplicação, maxime nas obrigações de garantia [de bom funcionamento, expressa, v.g., em rótulos, catálogos e outros meios de comunicação em que o propósito promocional é mais evidente porque vincula o comerciante emitente, quanto à verdade da respectiva proposição. De resto, a veracidade é uma exigência legal comum às afirmações contidas em rótulos e em mensagens publicitárias, já que a lei parece ter partido do pressuposto de que a enunciação puramente informacional é, por via de regra, uma ficção], porque pressupõe uma dualidade entre negócios jurídicos gratuitos e onerosos, à qual este tipo negocial escapa.

Daf que, se mesmo assim persistir a dúvida se do próprio acto resulta ou não que ele é alheio à actividade comercial de que o realizou, deverá o intérprete socorrer-se – acaso o comerciante e/ou a contraparte tiveram utilizado na sua contratação *cláusulas contratuais gerais* – do preceituado no nº 2 do art. 11º do decreto-Lei nº 446/85, de 25-10, fazendo prevalecer o sentimento mais favorável ao aderente [cfr. PINTO MONTEIRO, *Claúsulas limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, pág. 355, nota 810; HONDIUS, *As condições gerais dos contratos...*, cit., pág. 10-11; SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra 1992, pág. 20-21, nota 28; na jurisprudência sobre interpretação de C.C.G., vide, AcRL, de 2-5-91 (CARVALHO PINHEIRO), in Col. Jur., 1991 t. III, pág. 133; AcRL, de 17-3-92 (SOUSA INÊS), in Data Juris, Base de dados de direito e informática, Coimbra].

Todavia esta ideia de o legislador não permitir que a ilusão da referida presunção de comercialidade dos *actos e contratos* dos comerciantes se possa fazer nos termos mais amplos admissíveis no direito probatório, pode conflitar ou entrar em crise à luz da disciplina contratual privativa dos actos e contratos realizados com *consumidores*. E, de resto, o problema releva de duas vertentes.

Primeiro, cumpre saber se um comerciante deve ser considerado como consumidor quando adquire produtos ou

serviços atinentes ao exercício das suas actividades profissionais, por uma daquelas formas de contratação [v.g., vendas à distância: ao domicilio, por televisão, por telefone, por teletexto, telefax, etc.] ou tipos contratuais [v.g., contratos de crédito ao consumo, aquisição de direitos reais ou obrigacionais) que reforçam a posição jurídica desses adquirentes, atribuindo-lhes direitos e faculdades [v.g., direito à informação leal e completa, sobre as características essenciais dos produtos e serviços que lhe vão ser fornecidos, direito potestativo de resolução dos contratos nos 7 dias ou, nalgumas hipóteses 14 dias – subsquentes à conclusão do contrato a anulação dos contratos acaso se não respeitem certos requisitos de forma; o direito ao reembolso de despesas feitas com o reenvio de produtos não encomendados; o direito de revogação da proposta contratual, mesmo que já tenha sido recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida] que são excepcionais em face do regime contratual comum.

Segundo, independentemente da resposta afirmativa ou negativa à questão anterior, dilucidar se a esse comerciante, pretendendo provar que um produto ou serviço foi adquirido para um *uso que tenha uma finalidade estranha ou mercado*, isto é, para seu *uso privado* ou *não profissional*, é lícito lançar mão de todos os meios de prova para demonstrar que adquiriu esse produto ou serviço para satisfazer directamente as suas *necessidades humanas* ou as do seu *agregado familiar*, provando que do *próprio acto* resulta que ele é alheio ao *seu comércio*.

Pelo que respeita à primeira questão, parece-nos que o comerciante, para os efeitos dessas nóveis formas de contratação e tipos contratuais, que protegem especialmente uma das partes da relação jurídica, não deve ser considerado consumidor.

Com efeito, por formarem o exercício do comércio do comerciante, os seus actos, são normalmente comerciais por isso mesmo, por serem profissionais, assistidos da presunção de comercialidade, idóneas a satisfazer directamente necessidades outras (as do seu comércio) que não as suas necessidades humanas pessoais ou as da sua família. Ademais, o comerciante não se encontra, normalmente, num estado de impreparação típico, no que toca às eventualidades (efeito-surpresa), aos conhecimentos e ao poder negocial (*bargain power*) de certos modelos de contratação, quando assim negocia no quadro da sua actividade comercial ou industrial. Tudo leva a crer que um comerciante, normalmente diligente, avisado e sagaz, não se compromete contratualmente de forma leviana, inconsiderada ou sob o efeito da surpresa de uma proposta contratual veiculada nos termos atrás referidos, quando estão em causa *actos ou contratos* do exercício do seu comércio [v.g., um contrato veiculado no domicílio, de publicidade e promoção relativa ao trespasse do estabelecimento comercial do comerciante, ou uma proposta contratual, veiculada por *videotexto*, relativa à realização de um contrato de seguro do seu estabelecimento].

No que à segunda questão quadra, entendemos que, não obstante as injunções normativas dos arts. 60º da constituição e 1º, 3º, 7º e 9º, da Lei de Defesa do consumidor (Lei nº 29/81, de 22-8) e preservando a unidade do sistema jurídico (art. 9º/1, do código civil), não pode, ao arripio da tradicional interpretação da expressão *do próprio acto*, fazer-me essa demonstração com recurso a quaisquer meios de prova<sup>(314)</sup>.

<sup>(314)</sup> É claro que se o adquirente for um não comerciante [v.g., um trabalhador subordinado, um profissional liberal, etc.] fica salva a possibilidade de recorrer a qualquer meio de prova para demonstrar v.g., que não comprou para revendar (isto é, que não praticam um acto de comércio objectivo) ou para utilizar o bem na sua actividade profissional.

E, repare-se que esta conclusão não acarretará, normalmente, qualquer desigualdade no tratamento jurídico das situações existenciais em que os comerciantes adquirem produtos ou serviços para *uso privado* através daquelas e de outras formas e conteúdos de contratação.

O recurso aos expedientes da interpretação e prova dos negócios jurídicos em geral (arts. 236º, 237º, 238º, 373º e segs., 394º, do código civil) ou em especial, quanto a certos modelos de contratação (arts. 10º e 11º do DL nº 446/85, de 25-10, havendo, portanto, predisposição unilateral de *cláusulas contratuais gerais*), permitirá por via de regra, ilidir a presunção de comercialização do *acto*, fazendo com que o comerciante (ora consumidor) se possa fazer prevalecer do regime privativo das *relações jurídicas contratuais de consumo*.

Se, por exemplo, um comerciante de electrodomésticos adquire, por catálogo, peças de vestuário facilmente se demonstrará que do *próprio acto* resulta que ele é alheio à sua actividade comercial, pela análise imediata do conteúdo formal das declarações negociais que devem constar do documento escrito (arts. 9º e 10º, do DL 272/87, de 3-7) que titula o contrato (v.g., as quantidades encomendadas). É bom de ver, aliás, que nestas formas de venda à distância de bens de consumo, em que se prescinde, simultaneamente, da presença física do vendedor e do comprador, a contraparte (vendedor) do comerciante não cria normalmente expectativas acerca da pertinência do acto à esfera do comércio do comprador.

Porém, outras situações existem em que das circunstâncias do *próprio acto*, conhecidas ou cognoscíveis pela contraparte do comerciante, é legítimo esperar que um declaratório normal compreenda o *acto* como ligado ao comércio do declarante [v.g., um vendedor de automóveis que compra um automóvel, não para

revenda mas para que o seu cônjuge o utilize na sua vida privada], a não ser que o declaratário conheça a vontade real do declarante [no exemplo anterior, já era relevante a circunstância de o comprador-comerciante ter dito ao vendedor qual o destino do bem, ou de no documento de compra e venda, para efeitos de registo automóvel, ter ficado logo, inscrito o nome do cônjuge do comerciante, sendo certo que os efeitos reais da venda de veículos automóveis operam imediatamente, independentemente de qualquer forma especial].

Importa ainda esclarecer que, numa época em que as tecnologias da informação e da comunicação se começaram a alterar, revolucionando os hábitos da actividade contratual dos comerciantes (entre si ou em face a consumidores finais) é mister adaptar aqui também a doutrina da impressão do declaratarie (art. 236º/1, código civil), pelo que concerne a saber se o *acto* forma ou não o exercício profissional do comerciante.

Na verdade, a associação entre o telefone, a televisão e o computador, desloca o espaço físico das transacções comerciais. Em vez da loja, do escritório, do centro comercial, da feira ou do mercado, as decisões de compra pelos comerciantes prescindem da presença física da contraparte, deslocando-se, por vezes, para a sua própria residência. Daí que o processo de formação dos seus negócios jurídicos se desmaterializa, reduzindo-se o contacto directo entre os contraentes. É hoje, usual em certos sectores da actividade mercantil [operações de bolsa, de banco e demais operações (v.g., transferência electrónica de fundos atinentes a serviços financeiros) que, na negociação, ambas as partes usem computadores, eventualmente programados para tomarem *decisões autónomas*].

Por vezes, os produtos e serviços estão descritos em textos, armazenados numa central de dados que se tornam acessíveis no ecrã de um televisor ligado à rede telefónica (TELEPAC) através

de um aparelho modelador (*modem*), codificador e descodificador de linguagens, que permite seleccionar os textos e transmitir decisões do cliente-assinante (comerciante ou não) às empresas fornecedoras. Cfr. BRINKMANN, W., *Vertragsrechtliche Probleme bei warenbestellungen uber Bildschirmtext*; KLEIER, U., *Bildschirmtext-Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen*, Wettbewern in Recht und Praxis, 1983, pág. 534 e segs.; CLÁRIZIA, *Informática e conclusiones del contratto*, Milano, 1985, pág. 152 e segs.

Em virtude da desmaterialização das operações comerciais deste tipo e da circunstância de os factos (proposta, aceitação, conteúdo do contrato, obrigações acessórias, etc.) ficarem registados em instrumentos diferentes do papel, coloca-se novamente o problema da prova, *rectius* dos meios de prova admissíveis para afastar a *presunção de comercialidade* dos actos dos comerciantes.

E isto é assim na medida em estes *documentos electrónicos* podem iluminar as circunstâncias concomitantes que possam ter sido conhecidas do destinatário da declaração negocial (a contraparte do comerciante) ou que este devesse razoalmente conhecer.

Já se defendeu a equivalência destes instrumentos (onde são registadas as informações computadorizadas), aos documentos escritos para os quais a lei não exija autenticação<sup>(315)</sup>, isto é, a valerem como documentos particulares.

O problema, consiste em saber se, sendo a palavra escrita substituída por impulsos electrónicos, armazenados eventualmente na memória do aparelho, esses impulsos podem ser vistos como documentos. Afinal, trata-se de indagar se quando o comerciante emite ou recebe propostas ou aceitações contratuais está a elaborar documentos.

<sup>(315)</sup> Assim, CLÁRIZIA, R., *Informática...*, cit., pág. 86 e segs.

No direito português a noção de documento<sup>(316)</sup> abarca seguramente as mensagens electrónicas inscritas em suportes magnéticos, ainda que só possam ser *lidas* pelos computadores.

Onde parece não haver dúvidas é na circunstância de incluir estes instrumentos na categoria das reproduções mecânicas<sup>(317)</sup>. Todavia, cabe determinar com exatidão os factos cuja realidade estes meios representam. É discutível que possam ser qualificados como documentos escritos<sup>(318)</sup>. Como quer que seja, o que não podem é ser qualificados como documentos particulares, pois que estes exigem a assinatura do seu autor (art. 373º/1, código civil).

Valeria isto dizer que sendo eles reproduções mecânicas que, fazendo prova plena dos factos que representam, se assimilariam a documentos não assinados cuja força probatória seria livremente apreciada pelo tribunal (arts. 364º/1, código civil e 655º, do código Processo Civil).

Porém, cremos que pode não ser sempre assim. Na verdade, pode pensar-se, em certas hipóteses, em aplicar o regime do art. 97º, do código comercial, por analogia. Isto é, não existindo *original* do documento ou não tendo sido, confirmada a assinatura, tem de demonstrar-se que a mensagem (contratual) electrónica foi expedida ou mandada expedir pela pessoa designada nos *impulsos* (armazenados ou não na Base de Dados) como expedidor. Se tal fôr

<sup>(316)</sup> Art. 362º, do código civil: ... qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.

<sup>(317)</sup> Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., II, pág. 673, nota 25; AMÁVEL RAPOSO, *Alguns aspectos jurídicos dos pagamentos através de caixas automáticas: responsabilidade civil e prova*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 377 (1988), pág. 22; MONTESANO, L., *Siul documento informático come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in Diritto e Informatica, 1987, pág. 23.

<sup>(318)</sup> No sentido afirmativo PARISI, F., *Il contratto concluso mediante computers*, Padova, 1987, pág. 64 e segs; contra SACCO, R., *Il contratto*, Torino, 1975, pág. 436 e segs.

tecnicamente realizável, estes documentos electrónicos revistirão a força probatória de documentos particulares. Que o mesmo é dizer, presume-se a isenção de culpa do expedidor mas, por força disso, plena imputação ao autor das mensagens das declarações expressas no *documento*, restando à contraparte arguir e provar a falsidade do documento por força da presunção ou mera inversão do ónus da prova (art. 376º/1, do código civil). Se fôr tecnicamente possível dissémos. Pois que tanto a prova da existência da emissão das mensagens como a prova da sua conformidade ou desconformidade com a vontade do declarante, tem que ficar dependente do exame aos *programas* que fazem funcionar os sistemas informáticos do declarante, do declaratório e, eventualmente, do operador – concessionário do serviço público desse tipo de comunicação à distância<sup>(319)</sup>.

Já se vê, por conseguinte, que para constatar a existência de um documento – não assinado ou particular, conforme o condicionalismo que referimos – é, por vezes, mister recorrer à prova pericial, na modalidade de exame (arts. 388º, código civil e 568º/2, do Código Processo Civil) às respectivas *redes informáticas*.

Vale isto por concluir que, em face destas nóveis modalidades de entretecer relações jurídico-comerciais, a demonstração de que o *acto* não tem relação com o exercício do comércio pode envolver juízos valorativos de assunção da prova de toda a *ambiance* jurídico negocial concreta a não prescindir deste tipo de prova documental e da instrumental prova pericial.

<sup>(319)</sup> Neste sentido, porém, no domínio da transferência electrónica de fundos, cfr., GIANNATONIO, E., *Transferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Milano, 1986, pág. 77 e segs; MACCARONE, S., *I Transferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano*, in Diritto e Informatica, 1985.



Além disso, o juiz enquanto intérprete do *sentido normativo* das declarações negociais<sup>(320)</sup>, deverá considerar elementos detectáveis para além do próprio acto tais como, por exemplo: os arranjos preliminares, outras declarações contemporâneas das partes, o tipo e a antiguidade das relações comerciais havidas entre os comerciantes, as quantidades transaccionadas, o género de produtos ou serviços comerciados, o conteúdo dos documentos que acompanham as mercadorias, os usos do comércio, etc.

E) A segunda parte do artigo 2º. Os actos de comércio subjectivos como *actos acessórios*. Crítica.

Já vimos que, no regime liberal da economia, após o *code de commerce*, de 1807, extintas as corporações, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei é, neste domínio, justificada pela circunstância de todos poderem praticar *actos de comércio*. E esses *actos* são comerciais independentemente da qualidade profissional do sujeito que os pratica. São, por isso, negócios *ocasionais*, esporádicos do seu autor. Aliás, como melhor se verá, a qualificação de determinados sujeitos como comerciantes, em nome individual, isto é, a sua profissionalidade resultiva, já no

<sup>(320)</sup> Isto é, aquele que esclarece o sentido e a valoração do acto, de acordo com critérios jurídicos e não através de quaisquer fenómenos psíquicos ou da indagação de vontades psicológicas. Cfr. LARENZ, *Methodlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Berlim-Heidelberg-New York, 1983, pág. 286; BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, (trad. port.), Coimbra, 1969, Volume II, pág. 233; BROX, H., *Allgemeiner teil des Birgerlichen Gesetzbuchs*, 14ª ed., Koln-Berlim-Bonn-Munchen, 1990, pág. 66 e segs; CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão de Facto questão de direito*, Coimbra, 1967, pág. 341-342. Assiste-se, pois hoje, a uma objectivização ou normalização da interpretação do negócio jurídico, isto é, o que interessa é a *compreensão (normativa)* do sentido mas já não a *explicação de factos*. Dito de outro modo, trata-se não de analisar *factos* a partir de uma perspectiva externa mas de compreender um sentido e imputar consequências, que reclamam um ponto de vista *interno*.

modelo do *code*, da prática desses actos de comércio (art. 13º, do código comercial português).

Para além deste modelo objectivo dos actos de comércio, desde cedo a doutrina francesa [PARDESSUS<sup>(321)</sup>, LOCRÉ<sup>(322)</sup>] se interrogou quanto à natureza de certos actos que só são comerciais quando praticados por comerciantes. É que esses actos não eram, certamente, os que integravam o exercício sistemático e profissional, pois que esta actividade era, outrossim, realizada pelos designados *actos de comércio por natureza*. Então se os actos comerciais próprios dos comerciantes não eram os do exercício do seu comércio, só poderiam ser os *acessórios* ou conexos com esse exercício, instrumentais ou auxiliares do comércio de um comerciante. Que, por isso, eram comerciais e sobre eles sempre recaia a *presunção* de o serem. Daí que esta doutrina, alegando que o *code* não teria sido claro neste particular, tenha construído a celeberrima *teoria do acessório*. Ou seja, os actos de um comerciante *acessórios* do seu comércio presumem-se que são comerciais. Assim, por exemplo, o acto de compra de livros, por parte de um comerciante, para a sua escrituração mercantil<sup>(323)</sup> seria comercial por que *acessório* do seu comércio. Ao invés, a compra de vasilhame ou de tonéis, feita pelo agricultor para os revender, mas com a venda dos produtos (v.g., vinho) da sua exploração, enquanto recipientes *acessórios* já não seria comercial pela 2ª parte do art. 2º do Código Comercial (vide, ainda, art. 464º (2, do mesmo código).

<sup>(321)</sup> PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 5ª ed., Paris, 1841 (a 1ª ed., é, porém, de 1814), I, pág. 19 e segs., 22 e segs.

<sup>(322)</sup> LOCRÉ, *Esprit...*, cit., IV, pág. 108, 110 e segs.

<sup>(323)</sup> É o exemplo de GUILHERME MOREIRA, *Apointamento de Direito Comercial*, (coligidas por A. Menano), Coimbra, 1919, pág. 35 e segs.

A *teoria do acessório*, na doutrina francesa, teve, logo aí, um duplo alcance. Na função de organizar e delimitar o direito comercial em função, não dos actos de comércio objectivos (*por si mesmos*, ocasionais) mas em relação a *profissões*. Assim, foi essa teoria uma forma de *excluir* a comercialidade de actos de compra para revenda dos agricultores, dos profissionais liberais e artífices, já que eram acessórios a tais actividades.

De facto, na profissão do comércio de cada comerciante, para além da existência dos actos de comércio objectivos, mercantis *por natureza*, que o qualificam como tal (art. 13º, código comercial), é presumida (ainda que se tivesse, desde logo, admitido a prova do contrário) a comercialidade dos actos que lhe são conexos. É a designada categoria dos *actos de comércio por conexão*.

E, na verdade, esta teoria do acessório enquanto explicitação de actos do comerciante que se presumem comerciais por conexos com o exercício do seu comércio eliminou, formalmente, os actos profissionais dos comerciantes e entre comerciantes. Passou-se, assim, dos actos subjectivos que só são comerciais se realizados profissionalmente pelo comerciante [na vertente de actividade formada por negócios em série do exercício do seu comércio] para os actos subjectivos acessórios, que, talqualmente os actos objectivos [os da 1ª parte do art. 2º] são, assim, também *ocasionais*.

A recepção limitada desta teoria do acessório no art. 2º, 2ª parte código comercial português (a *comercialidade subjectiva por conexão*) conduziu à contraposição destes actos à dos *actos objectivos*<sup>(324)</sup>. O que vale por dizer que, esta teoria, no seu verdadeiro sentido, postula a inexistência

<sup>(324)</sup> Contraposição esta que foi, desde logo, feita entre nós por AZEVEDO E SILVA, *Commentario ao novo código commercial portuguez*, cit., pág. 111.

de actos de comércio profissionais do comerciante. É que, para ela, todos os actos de comércio são, *de per se*, ocasionais que não do exercício sistemático e profissional. E isto é assim, tanto em relação aos actos objectivos, como aos subjectivos, por *conexos* com o comércio do comerciante<sup>(325)</sup>.

Ora, tal é ambíguo e criticável, pois que, como veremos, esta doutrina implicará a atribuição da *qualidade de comerciante* (art. 13ª) como um mero efeito ulterior do carácter comercial objectivo dos actos de comércio. Isto é, a qualificação de comerciante só se atinge através da prática efectiva e habitual desses actos (absolutos, substanciais), que por si são ocasionais. Para a qualificação de alguém como comerciante recua-se, por isso, a um momento anterior e abstracto, exterior ao mercado económico, ou seja, o dos actos comerciais ocasionais, independentemente da qualidade do sujeito como comerciante. Daí que, constituindo esses actos (objectivos, absolutos) enunciados na lei, pela sua prática reiterada, o exercício profissional do comércio do comerciante, este outro tipo de actos mercantis por presunção do comerciante só poderá, por isso, ser atinente a actos acessórios, contrapostos aos que constituem o exercício habitual do comerciante. Actos conexos e, por isso, *ocasionais*.

A razão profunda de ser da extensão da presunção de comercialidade às relações dos comerciantes com todos aqueles que o não eram (através da abolição, na interpretação doutrinal do code da categoria dos actos profissionais do comerciante) residiu na preocupação de se estender a juridicidade mercantil, para além do mercado dos comerciantes. Assim, a categoria dos actos de comércio por presunção é um resultado da teoria do acessório.

<sup>(325)</sup> É, aliás, essa a *confissão* do Prof. FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 89, 94 e demais doutrina (FERNANDO OLAVO, *ob.cit.*, pág. 109; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...* [col. por E. Ralha], cit., pág. 52 e segs.; ADRIANO ANTERO, *Commentario...*, cit., I, pág. 38 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 65).

Aliás, esta ideia dos actos mercantis por presunção, por que *accessórios* ou conexos com o exercício do seu comércio, além de ter aumentado o número de actos de comércio (e estendido a normatividade mercantil no mercado liberal do comércio), não foi somente plasmada, limitadamente, na nossa lei comercial, outrossim, se importou para o código comercial italiano de 1882<sup>(326)</sup> e na Lei belga, de 15-12-1872<sup>(327)</sup>.

Por isso que o que é criticável é a circunstância daquela presunção de comercialidade dos actos dos comerciantes, [inicialmente justificada por assentar na categoria dos seus actos profissionais, em série, correspondendo, assim, à *normalidade do acontecer*], se ter deslocado exclusivamente para os actos acessórios, ocasionais, perdendo, por conseguinte, toda a sua razão de ser<sup>(328)</sup>.

Na verdade, a categoria dos actos de comércio acessórios, pretensamente recebida no art. 2º, 2ª parte do código comercial, carece de real fundamento na natureza dos factos económicos e sociais, na medida em que a qualidade de comerciante só justifica a presunção da comercialidade dos seus actos, que não a natureza comercial dos mesmos. Dado que os actos do comércio são os de exercício do comércio por comerciantes, actos de repetição orgânica e funcional, é um artifício sustentar a contraposição entre os actos objectivos (absolutos) e acessórios de um comerciante. É que os *actos e contratos* dos comerciantes

<sup>(326)</sup> Art. 4º (*si reputano inoltre atti di commercio gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulti dall'atto stesso*). E, igualmente, no anterior código comercial italiano de 1865, eram reputados actos de comércio ... *geralmente i contratti e le obbligazioni dei commercianti, se l'atto stesso non dimostra che non hanno causa commerciale* (art. 3º).

<sup>(327)</sup> São actos de comércio *toutes les obligations des commercants à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce*.

<sup>(328)</sup> Também neste sentido, PAULO SENDIM, *O art. 230º...*, cit., pág. 928, nota 6.

são normalmente comerciais por serem *professionais*, uma vez que formam o exercício do comércio do comerciante, mas não por que lhe são acessórios. Ora, sendo assim, só se justifica a presunção de comercialidade destes actos *professionais*, admitindo-se que o comerciante ilida essa presunção. A razão da presunção está no comerciante, pela circunstância de o acto ter sido praticado por ele. Presume-se, pois, que é acompanhado dos respectivos requisitos de comercialidade<sup>(329)</sup>.

Exemplifique-se. Se um comerciante compra 300 Kg de batatas podem verificar-se três hipóteses, sendo que a última se subdivide em duas subhipótese. Nas duas primeiras do acto resulta que essas batatas são ou não são para revenda e, sendo assim, o acto é ou não é objectivamente mercantil, por força do disposto na 1ª parte do art. 2º, do cód. com., respectivamente. Na terceira hipótese se o comerciante ao comprar as batatas nada disser sobre a aplicação que lhes pretende dar, de duas uma: se o comerciante nada diz, ou elas destinam-se a *revenda* ou foram adquiridas para *consumo final*, [seu ou do agregado familiar]. No primeiro caso, o acto de compra é de *comércio objectivo*, pois que é acompanhado do seu requisito de comercialidade (art. 463º/1, do código comercial), mas por se tratar de um comerciante não foi necessário a sua prova, ou seja, foi sem mais presumido. No segundo, se a compra foi para *consumo*, pelo art. 2º, 1ª parte, o acto é *civil*, não é acto de comércio; todavia, em face da presunção da 2ª parte do mesmo normativo – acaso não possa ou não seja, de facto, ilidida pelo comerciante (através da prova do contrário) – é um acto de comércio subjectivo por presunção.

Ora, a razão de ser da comercialidade subjectiva dos

<sup>(329)</sup> Contra esta presunção está, porém, BRITO CORREIA (*ob.cit.*, vol. I, pág. 37), ao opinar que a norma da 2ª parte do art. 2º é imperativa, sem porém explicar as razões da tomada posição.

*actos e contratos* dos comerciantes não é, assim, a da conexão com o exercício do comércio, mas o do próprio exercício do comércio. Como dizia **VEIGA BEIRÃO**<sup>(330)</sup> – em arrazoado que esquecido ou adulterado pelas leituras que a doutrina, ao longo das décadas, lhe dedicou – *A justificação de semelhante disposição (a do art. 2º, 2ª parte) está na presunção de que os actos praticados pelos comerciantes são-no em regra, no exercício do seu comércio*<sup>(331)</sup>.

Pode, na jurisprudência, colher-se precipitados práticos de construção que se deixou exposta.

Assim, já se considerou que nem todos os actos dos comerciantes são actos de comércio [AcRE, de 5/4/1979, proc. nº (BERNARDO COELHO), in Data Juris de Dados de Direito e Informática, Coimbra]; que o mútuo é mercantil quando seja outorgado entre comerciantes e ainda quando é celebrado por um comerciante, a não ser que o contrário resulte do próprio acto, isto é, do próprio acto resulte que nenhuma relação tem com o comércio [AcRC, de 10/1/1967, in Data Juris, cit. (FERNANDES COSTA)]; que a redacção do art. 15º do cód. com. não impõe uma interpretação restritiva, pois fala genericamente em dívidas provenientes de actos de comércio, a incluir os subjectivamente comerciais, visto terem sido praticados por um comerciante, não serem exclusivamente civis e o contrário deles não resultar [AcSTJ, de 5/11/1980, proc. nº 68767, in Data Juris, cit. (MATOS CORTE-REAL)]; que é comercial a compra pelo comerciante de formas para utilização na sua própria indústria [AcRP, de 28/1/1986, in Col. Jur., 1986, t. I, pág. 177 (MÁRIO RIBEIRO)]; ou que são comerciais as dívidas de um comerciante aos seus

trabalhadores resultantes dos respectivos contratos individuais de trabalho [AcRC, de 7/5/1985, in Col. Jur., 1985, t. III, pág. 128 (SOARES CARAMUJO)]; que o contrato de compra e venda ajustado entre comerciantes é, em regra, comercial AcSTJ, de 12/1/1984, proc. nº 7128, in Data Juris, cit. (DIAS GARCIA)]; que os promitentes vendedores comproprietários de um andar a vender, ao celebrarem o contrato promessa na qualidade de industriais da construção civil, assumem para com o promitente comprador uma obrigação mercantil e, como tal, solidária AcSTJ, de 2/12/1975, proc. nº 65834, in Data Juris, cit. (ANTÓNIO FERNANDES)].

<sup>(330)</sup> VEIGA BEIRÃO, *Appendice ao código comercial Portuguez*, 1888, pág. 272 e segs.

<sup>(331)</sup> A nossa doutrina tradicional afirma, como se sabe, que a razão de ser da comercialidade dos actos dos comerciantes reside na circunstância de eles serem conexos com o exercício do comércio (e presumindo-se como tais). Além disso, a opinião unânime dos autores na interpretação do que seja o exercício do comércio (art. 13º/1, cód. comercial), para o efeito da atribuição da qualidade de comerciante de quem o realize profissionalmente, é a de que de esse exercício se exterioriza sómente através de actos absolutos (objectivos), com os devidos requisitos de comerciabilidade (cfr., infra). Daí que, um acto no exercício do comércio é, mesmo para a doutrina tradicional, um acto objectivo e absoluto, mas não um acto conexo com esse exercício do comércio.

**§ 5. CLASSIFICAÇÃO DOS ACTOS DE  
COMÉRCIO**

## §5. Classificação dos actos de comércio

### A) Actos de comércio objectivos e subjectivos

Como já se viu, são actos de comércio objectivos os que são regulados na lei comercial e noutros normativos em atenção às específicas características de comercialidade de que se reestem.

Por seu turno, são actos subjectivos todos aqueles que se integram na área dos negócios dos comerciantes (no exercício das empresas, cuja comercialidade se afere pelas características das empresas mencionadas no art. 230º do cód. comercial), tanto os *actos profissionais* da indústria mercantil do comerciante (na medida em que formam o exercício do comércio do comerciante), como os negócios *auxiliares* do comerciante, *laterais, isolados*<sup>(332)</sup> ou ocasionais e bem assim todos os demais *actos* praticados por comerciantes, com base na presunção genérica de comercialidade dos negócios dos comerciantes, a menos que este prove que não ocorreram por causa ou no decurso do exercício do seu comércio<sup>(333)</sup>.

Estes actos de comércio subjectivos implicam, deste jeito, a prévia qualidade de *comerciante* de quem os pratica. Já os actos de comércio objectivos (*rectius*, alguns deles) servem (se bem que hoje essa função seja, nos termos em

---

<sup>(332)</sup> V.g., compra de livros para a sua escrituração mercantil.

<sup>(333)</sup> Note-se que os actos a que esta presunção se refere são, genericamente, os actos de comércio que formam o exercício do comércio do comerciante, ou actos auxiliares do exercício desse comércio, ou actos civis, que *aparecem* como sendo actos de comércio subjectivos, a não ser que o comerciante ilida a presunção.

que veremos, residual) para atribuir essa qualidade a quem os pratica, à luz do art. 13º, nº 1 do cód. comercial.

B) Actos de comércio (objectivos) absolutos e actos de comércio por conexão objectiva e subjectiva.

Com base nas críticas que a doutrina italiana<sup>(334)</sup>, desde cedo, teceu à classificação dos actos de comércio em objectivos e subjectivos subdistinguiu-se, em razão do fundamento da sua comercialidade, os actos de comércio absolutos (por natureza, por si mesmos) dos actos de comércio por conexão, ou auxiliares do exercício do comércio do comerciante [que, para nós não devem qualificar-se como actos acessórios, pelas razões que atrás deixámos dito]<sup>(335)</sup>.

Os primeiros são os que têm por si próprios natureza mercantil, na medida em que neles se surpreendem as características típicas que normalmente integram o objecto material do direito comercial: intermediação nas trocas,

<sup>(334)</sup> E, igualmente, a portuguesa, onde primeiramente se destacou AZEVEDO E SILVA (*Commentário...*, cit., pág. 111), GUILHERME MOREIRA (*Apontamentos...*, cit., pág. 17 e segs., 39), ALVES DESÁ (*Primeiras explicações...*, cit., pág. 138 e segs.), FERNANDES VAZ, (*Lições...*, cit., pág. 109, 112, 135).

<sup>(335)</sup> Esta subdivisão dos actos objectivos em *absolutos* e *conexos* (ou acessórios) foi inaugurada por BOLAFFIO (*Degli atti di commercio accessori*, cit., pág. 2 e segs., 6 e segs., ao considerar insuficiente a mera distinção de actos objectivos e subjectivos), ao qual aderiram CARNELLUTTI (*Commercialità dell'azione da infortunio sul lavoro*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, II, pág. 757), ARCANGELI (*Contribui alla teoria generale degli atti di commercio. La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1904, pág. 47, nota 1), AZZARITTI (*Sugli atti di commercio*, cit., pág. 10 e segs.), ROCCO (*Saggio di una teoria generale degli atti di commercio*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, pág. 91 e segs.), MANARA (*Gli atti...*, cit., nº 4), entre outros; contra, desde logo, se manifestou VIVANTE (*I così detti atti accessori di commercio*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1906, pág. 3 e segs.) reputando-a artificial pois que seriam diferenciados os requisitos de comercialidade dos actos do comércio objectivos por conexão contemplados no código e além disso, inútil e desnecessária na medida em que só os actos de comércio absolutos atribuiriam a qualidade de comerciante.

especulação, escopo lucrativo, etc.

Abarcam, uma grande parte dos actos de comércio objectivos e, por isso, as actividades de mediação nas trocas: as compras e as vendas de móveis, títulos de crédito, imóveis e os direitos a eles relativos (art. 463º, código comercial); as actividades industriais<sup>(336)</sup> [v.g., a edição e venda de livros, o contrato de empreitada de construção civil, mas já não os *actos* atinentes à exploração agrícola, à pecuária, ao artesanato, à publicação e venda das obras pelos próprios autores, às profissões liberais], onde se inclui a indústria dos serviços financeiros [v.g., operações de banco: depósitos, empréstimos, câmbios, guarda de valores; operações de bolsa: compra e venda de acções e obrigações, cotadas em bolsas de valores]; demais serviços [v.g., contrato de transporte: arts. 366º e segs. – marítimo, aéreo, por estrada, ferroviário, etc.]; actividades aleatórias [contratos de seguro (425º e segs. código comercial), lotaria, jogo de fortuna ou azar, Fundos de Pensões, etc.].

Os segundos são aqueles a que a lei atribui comercialidade por força da sua especial relação a uma outro acto de comércio objectivo absoluto ou ao exercício do comércio do comerciante. São exemplos de actos de comércio objectivos por conexão: o mandato mercantil (art. 231º, código comercial), o penhor mercantil (art. 397º, idem), o depósito mercantil (art. 403º), o contrato de agência (art. 1º, do DL nº 178/86, na redacção do DL nº 118/93, de 10-4).

Assim, quando é conferido mandato a A para este comprar para revender, por conta de B, aquele acto conexiona-se objectivamente com o acto de comércio absoluto, de que depende económica e jurídico-geneticamente: a compra para revenda

<sup>(336)</sup> Incluindo os *actos* e *contratos* relativos à pesca (art. 1º do Decreto nº 20677, de 28/12/1931).

(art. 463º, do cód. comercial). Aquele acto *vive* para o direito à sombra e por causa deste outro.

De resto, a conexão qualificadora da comercialidade desses actos pode ser *imediata* ou *mediata*. É *mediata* quando o acto está ligado a um outro acto conexo [v.g., penhor mercantil de um estabelecimento comercial a favor de um Banco, para o efeito de concessão de um empréstimo mercantil necessário à aquisição de mercadorias destinadas a revenda]<sup>(337)</sup>; e *imediata* quando o acto está imediatamente ligado a um acto absoluto (v.g., o contrato de agência para o efeito de promoção de contratos de seguro e angariação da respectiva clientela).

Os actos de comércio por conexão abrangem alguns actos objectivos de comércio e os actos subjectivos do exercício do comércio do comerciante, assim qualificado pelos arts. 13º ou 230º, pois que como se disse, a qualidade de comerciante só justifica a existência de uma presunção de comercialidade dos seus actos e não a natureza comercial acessória dos mesmos, uma vez que os actos (subjectivamente) acessórios são, por natureza ocasionais e isolados, que não de repetição orgânica e funcional dos actos de comércio do comerciante. Actos estes que são (subjectivamente) comerciais (salvo algumas excepções) por formarem o exercício do seu comércio e não por lhe serem acessórios<sup>(338)</sup>.

Além de que, estes actos (objectivos e subjectivos) por conexão são-no num sentido eminentemente económico, que não jurídico de actos que se possam conceber

<sup>(337)</sup> É claro que, neste caso, o acto igualmente será subjectivamente comercial, na medida em que o mutuário seja o titular do estabelecimento (art. 2º, 2ª parte, 230º, cód. comercial), isto é, um sujeito que já adquiriu a qualidade de comerciante e que, na circunstância, é um negócio auxiliar e ocasional desse indivíduo.

<sup>(338)</sup> Também neste sentido, VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., pág. 26 e segs., 34 e segs.; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., nºs. 295 e 305.

autonomamente<sup>(339)</sup>. E a conexão, de carácter objectivo, não se estende a actos comerciais não previstos pelo legislador como objectivamente comerciais. Isto é não deve, entre nós, admitir-se que sejam actos de comércio os actos não expressamente previstos na lei comercial conexos com os actos de comércio objectivos praticados por não comerciantes [ou por comerciantes mas fora do exercício do seu comércio ou que nada tenham a ver com ele] – v.g., se um advogado compra uma partida de arroz, num *negócio de ocasião*, para revender a um retalhista e, para a transportar, aluga o automóvel de um não comerciante. Este contrato de aluguer, não se subsumindo a nenhum acto *especialmente regulado* no código comercial (arts. 366º, 481º), não pode ser considerado como acto de comércio, ainda que seja conexo de uma compra para revenda, acto absoluto, objectivamente comercial, regulado no código comercial (art. 463º/1).

Vale isto por afirmar que a atribuição do carácter mercantil aos *actos* dos comerciantes repousa na presunção genérica de comercialidade dos seus negócios. Porém, a relação de conexão já não está, nem deve estar presente como fundamento da comercialidade de actos comerciais independentemente do sujeito que os pratica. Não procede, pois, a tese da conexão puramente objectiva. Pensar o contrário levaria a admitir a *analogia* como forma de qualificação de actos de comércio.

Pois que, como estes actos não poderiam ser subjectivamente comerciais [não seriam praticados por um comerciante ou, sendo-o, situar-se-iam em áreas estranhas ao exercício do seu comércio] só poderiam ser actos objectivos, mas como não estavam, expressamente, disciplinados na lei comercial só por via analógica poderiam ser qualificados como comerciais. Ora, qualificar

<sup>(339)</sup> Num sentido análogo, porém referido aos actos acessórios, cfr., ROCCO, *Princípios...*, cit., pág. 221; AZZARITTI, *Sugli atti...*, cit., pág. 10 e segs.



analogicamente um novo tipo de acto por conexão com outro acto mercantil objectivo ou por si mesmo, traduz manifesta lesão dos valores da certeza e segurança jurídica. Daí que esta *teoria do acessório* [em sentido estrito: a tese da acessoriedade objectiva] seja, desde as críticas que lhe foram lançadas pelo Prof. GILHERME MOREIRA [Apontamentos..., cit., pág. 40 e segs.], esmagadoramente afastada pela doutrina [MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...* (col. por M. Ralha), pág. 42, 51; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, cit., pág. 95 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 90 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 66 e segs.; PAULO SENDIM, *Lições de Direito Comercial...*, cit., I, pág. 48 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 37-38, 41; PUPO CORREIA, *ob.cit.*, pág. 76 e segs.]; foi, no entanto aceita por CUNHA GONÇALVES (*Da compra e venda...*, cit., pág. 34 e segs., 52-54; *idem*, *Actos de comércio pela teoria do acessório*, in *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 23, pág. 449 e segs.), ADRIANO ANTERO (*Comentário...*, cit., pág. 38 e segs.) e BARBOSA DE MAGALHÃES (*Direito Comercial*, cit., col. por Palma Carlos, pág. 110 e segs.).

Pelo que, os actos de comércio, pela teoria do acessório (accessoriedade objectiva) não são considerados pela lei como comerciais, sendo, outrossim a doutrina que os qualifica como tais<sup>(340)</sup> maxime para excluir a tese da

<sup>(340)</sup> Signifique-se ainda que a teoria do acessório, de inspiração francesa, tem por finalidade delimitar a qualificação mercantil em face de certos profissionais, em termos de excluir dessa qualificação as actividades dos agricultores de profissões liberais e dos artesãos, que introduzem, directa ou indirectamente bens no mercado do comércio. E estender essa qualificação mercantil às actividades dos comerciantes perante o mercado dos consumidores finais. O que mais não constitui do que a consequência da pré-compreensão ideológica, subjacente à tutela efectiva dos interesses do mercado liberal, isto é, os interesses dos profissionais do comércio.

O facto de a doutrina portuguesa recusar, como é sabido, a analogia para alargar a zona dos actos de comércio objectivos – resultado idêntico a que se chegaria acaso se tivesse aceite a teoria do acessório, na vertente da accessoriedade objectiva – deve-se, igualmente, à circunstância histórica de a analogia na qualificação comercial dos actos objectivos ter sido sentida com escasso alcance prático, na medida em que se refere a actos ocasionais, tornando gravemente incerta a qualificação do comerciante. Aliás, entendia-se que os actos de comércio objectivos careciam de um elemento formal de tipificação, fornecido pelo legislador, isto é, não eram caracterizáveis em si mesmos por uma qualquer natureza comercial que os definisse (AZEVEDO E SILVA, *Comentário...*, cit., pág. 120).

accessoriedade objectiva e reafirmar a *accessoriedade subjectiva* [a qual rejeitamos nos termos em que tem sido desenvolvida pela doutrina].

Ao invés, os actos de comércio por conexão *objectiva* são aqueles qualificados expressamente pela lei como comerciais<sup>(341)</sup>, atendendo à conexão (económica) com outros actos de comércio (por conexão ou absolutos, expressamente previstos pela lei comercial). E os actos de comércio por conexão *subjectiva* são os que correspondem aos *negócios auxiliares* dos negócios profissionais ou fundamentais dos comerciantes e que constituem a base do seu comércio [v.g., compra de livros para escritura, trespasse de um dos seus estabelecimentos comerciais, arrendamento comercial de um prédio].

A relevância prática desta classificação tem ancorado, principalmente, na circunstância de que, para efeitos do art. 13º/1, a qualidade de comerciante só se adquire pela prática profissional de actos de comércio absolutos<sup>(342)</sup>, se bem que, como veremos, os actos conexos enquanto *auxiliares* de futuros negócios profissionais e absolutos de um indivíduo, podem, atribuir-lhe a qualidade de comerciante desde o momento inicial da exteriorização da intenção do exercício das empresas comerciais constantes do art. 230º do código comercial, enquanto momento inicial de *organização* da sua empresa perante o mercado [v.g., constituição de uma relação de arrendamento comercial da *loja* onde se pretende vir a exercer efectivamente o comércio, empréstimo bancário destinado à compra das primeiras mercadorias, feitura de anúncios publicitários, etc.].

<sup>(341)</sup> Não se trata, pois, de partir para a qualificação analógica de um novo tipo de acto de comércio por que é acessório de um outro acto mercantil objectivo e absoluto, expressamente previsto na lei comercial.

<sup>(342)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 60 e segs.

### C) Actos substancialmente e formalmente comerciais.

Adentro dos actos de comércio objectivos se destacam alguns cujas características propiciam a sua prática para a realização de operações de conteúdo económico de variado jaez, que podem ou não enquadrar-se no âmbito de actividades comerciais.

Daqui decorre que existem actos especialmente regulados em leis materialmente mercantis – por virtude da analisada expansão do direito mercantil – que se adscrevem à concretização de operações económicas, cuja natureza comercial pode ou não estar presente.

Há, deste jeito, *actos formalmente comerciais* disciplinados na lei comercial que são idóneos a dar cobertura aos mais variados conteúdos, abstraindo, no seu regime, do objecto ou do fim para que são utilizados.

Doutra sorte, actos há que são substancialmente comerciais que o mesmo é dizer que a sua comercialidade repousa na sua natureza (*par eux mêmes* ou *par leur nature*)<sup>(343)</sup>, no sentido em que representam, em si mesmo, actos idóneos ao exercício de actividades *materialmente mercantis*.

Assim, por exemplo, para facilitar a circulação normal de uma letra de câmbio, um terceiro – o *avalista* – pode assegurar ao portador da letra o valor patrimonial que corresponda a uma determinada operação cambiária [sague,

<sup>(343)</sup> É já esta uma das classificações do primeiro professor da cadeira de direito comercial, introduzida na Faculdade de Direito de Paris, PARDESSUS no seu *Cours de droit commercial*, pág. 4, 7, 31 (cuja 1ª ed., é de 1814), o qual passou a sustentar que, sendo mercantil o acto ocasional de compra pelo fim *especulativo* da ulterior venda, também o acto de *revenda* de coisa comprada para tal fim seria acto de comércio por si mesmo, independentemente da qualidade de comerciante do seu autor, na medida em que concretizaria essa mesma especulação. E é, afinal, a partir desta doutrina, seguida também entre nós, que desaparece a categoria dos actos profissionais (que não ocasionais) de venda para revenda entre comerciantes.

endosso] ou o seu reconhecimento pelo aceite (arts. 30º, 31º/4, da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças). O avalista fica, deste modo, a garantir ao portador da letra, que é digno de crédito o valor patrimonial que corresponde a essa operação cambiária. Ora a esta operação cambiária pode subjazer um negócio jurídico (empréstimo, compra e venda, etc.) que pode ou não ter natureza objectivamente comercial. Negócio este titulado abstractamente por aquele título de crédito. O aval reforça, pois, o crédito da letra, constituindo uma obrigação acessória, enquanto garantia ao pagamento total ou parcial do crédito incorporado na letra. Daí que se à letra subjaz uma operação substancialmente mercantil (v.g., ter sido sacada uma letra para pagamento de compra para revenda), a obrigação acessória do avalista (acessória à do crédito cambiário) reveste a mesma natureza, isto é, acto substancialmente comercial<sup>(344)</sup>.

A importância desta classificação revê-se na circunstância de que a aquisição da qualidade de *comerciante* resulta do exercício profissional de actos de comércio *por si mesmo* ou *substancialmente comerciais*, não bastando a prática de actos *formalmente comerciais*, além de que o objecto das sociedades comerciais, para o efeito da sua constituição, só pode ser o da prática de actos de comércio substanciais (art. 1º, nº 2 do código das sociedades comerciais).

Por outro lado, por força do Assento do STJ nº 4/78, de 20 de Julho de 1978 exige-se que nas execuções fundadas em títulos de crédito, a exclusão da moratória prevista nos arts. 825º/1, do cód. Proc. civil e 1696º/1, do código civil,

<sup>(344)</sup> Aparentemente em sentido contrário, isto é, de que o aval é um verdadeiro acto cambiário que dá origem a uma obrigação autónoma, defendendo que, nos casos em que corresponde a um acto de mero favor, a obrigação assumida pelo avalista não pode revestir, pelo menos à partida, natureza substancialmente comercial, cfr., PEREIRA DELGADO, *Lei uniforme sobre letras e livranças*, 4ª ed., pág. 156; AcRC, de 11/1/1994, recurso nº 652/93, in *Data Juris*, cit.

tem como pressuposto que a dívida exequenda, para efeitos do art. 10<sup>o</sup>, do cód. comercial seja *substancialmente comercial*, não bastando a *comercialidade formal* do facto ou contrato que a fez nascer, mesmo nas relações cambiárias *mediatas*<sup>(345)</sup><sup>(346)</sup>.

#### D) Actos de comércio puros e actos e comércio mistos.

Os actos de comércio puros são os actos que se consideram comerciais em relação a todos os sujeitos que neles intervêm; os actos de comércio mistos são aqueles cujos requisitos de comercialidade só se verificam do lado de um dos intervenientes, de sorte que são *mercantis* para uma das partes e *civis* para a outra; estes actos mistos são, pois, actos bifrontes, onde se produz, em abstracto um conflito ou colisão de normas, por um lado *civis* e, por outro, *comerciais*.

É, na verdade, facilmente verificável a existência de actos comerciais quanto a um dos sujeitos e *civis* quanto ao outro. É o que ocorre quando um não comerciante (ou um comerciante mas fora do exercício do seu comércio) adquire

<sup>(345)</sup> Vejam-se, entre outros, o AcSTJ, de 29/6/90, in BMJ, n<sup>o</sup> 398 (1990), pág. 466; AcRC, de 10/1/89 (CASTANHEIRA DA COSTA), in BMJ, n<sup>o</sup> 383 (1989); AcRP, de 29/1/87 (SÁ FERREIRA), processo n<sup>o</sup> 20297, in Data Juris, cit.; AcSTJ, de 4/1/72 (JOÃO MOURA), in BMJ, n<sup>o</sup> 213 (1972), pág. 171; já se entendeu, porém, que o empréstimo mercantil só não é formal se ambas as partes forem comerciais [AcRL, de 7/6/90 (SILVA PAIXÃO), proc. n<sup>o</sup> 1589, in Data Juris, cit.].

<sup>(346)</sup> Por virtude da consagração, por PARDESSUS, dos actos de comércio por si mesmos (*en eux-mêmes*), para a qualificação do comerciante enquanto tal, distinguem-se os *actos formais* de subscrição de letras de câmbio, dado que nestes inexistia o fim do *lucro*, estava ausente a especulação e a profissionalidade. Cfr., PARDESSUS, *Cours...*, cit., pág. 125; BESLAY, *Des commercants...*, vol. I, cit., n<sup>o</sup> 81; LYON CAEN/RENAULT, *Traité...*, cit., n<sup>o</sup> 198; BOISTEL, *Cours...*, cit., pág. 43 e segs.; contra ainda se manifestou THALLER (*Traité...*, cit., pág. 64, nota 1) considerando que um indivíduo que subscreve letras de câmbio se comporta como comerciante, não sendo necessário averiguar qual o comércio que explora ou desenvolve.

alimentos para consumo familiar num hipermercado (que os comprara ao importador ou ao grossista para os revender). Nesta hipótese, a compra não é comercial para o comprador (art. 464<sup>o</sup> do cód. comercial), mas a venda é comercial pelo lado do vendedor (art. 463<sup>o</sup>, *idem*). Mesmo entre sujeitos que são comerciantes é, como se vê, pensável, a existência de actos mistos: se um retalhista de comércio de frutas vende 1 Kg de pêras a um comerciante de objectos de ouro, para consumo da família deste, a venda é comercial (objectiva e subjectivamente), mas a compra é civil; ou se o mesmo comerciante vende 70 Kg de morangos a uma sociedade comercial, cujo objecto seja a fabricação de sapatos, para serem consumidos no refeitório dessa sociedade, pelos seus trabalhadores, temos, também, aí um acto misto, comercial do lado do vendedor e civil do lado do comprador, posto que ilidida a presunção de comercialidade dos actos deste comprador, se verifica que a compra dos morangos não corresponde nem a *acto profissional* ou auxiliar do exercício do comércio daquela e, nem sequer pelo seu lado, um acto objectivamente comercial (isto é, os morangos não foram comprados para revenda).

Daqui já se depreende que a principal questão suscitada pela existência destes actos mistos seja a de determinar o seu regime jurídico: o da lei civil, ou da lei comercial ou, simultaneamente um e outro, aplicando a lei civil em relação ao qual o acto é civil, e a lei comercial, em relação à parte por cujo respeito o acto é mercantil?

A questão é relevante, pois que o regime dos actos e obrigações civis e comerciais é, nalguns pontos, como se verá, diferente. Se, por um exemplo, um agricultor vende batatas a um retalhista para posterior revenda, sendo, por isso, o acto civil em relação ao vendedor (464<sup>o</sup>/2, código comercial) e comercial pelo que respeita ao comprador

(art. 463º/1, do mesmo diploma), na falta de pagamento da mercadoria comprada, o agricultor, tendo previamente interpelado judicial ou extrajudicialmente o vendedor para cumprir, não pode exigir a taxa supletiva de juros de mora no montante de 2% a acrescer à taxa de juro legal, determinada por indexação à taxa de referência fixada pelo Banco de Portugal<sup>(347)</sup>, pois que o vendedor não é uma *empresa comercial*, ou comerciante e nem o acto pode ser considerado praticado no exercício do seu comércio.

Não fora a existência de expressa previsão legal deste tipo de concurso de regimes (civil e/ou comercial) potencialmente aplicáveis, nos termos do art. 99º, a questão poderia suscitar, em abstracto, várias soluções, a saber<sup>(348)</sup>:

a) *Submeter a questão ao direito civil* por causa da suposta força *atractiva* deste direito em face do alegado *carácter excepcional* do direito comercial. Porém, cabe objectar que o direito comercial não é, seguramente um direito excepcional, mas sim especial<sup>(349)</sup>. Ademais, a lógica da expansão do direito mercantil, desde o mercado liberal do século XIX, pressupõe que a maioria dos actos de comércio são-no, como na prática hoje se detecta, somente de um dos lados.

<sup>(347)</sup> Cfr., § 3 do art. 102º, do código comercial, Decreto-lei nº 32/89, de 25-1 (arts. 2º e 3º), Decreto-lei nº 314-A/85, de 30-7 e art. 559º do cód. civil.

<sup>(348)</sup> Cfr., LORENZO DE BENITO/ROY Y BERGADA, *Por que ley deben regirse los contratos de compraventa que sólo para una de las partes revistan carácter mercantil?*, in Revista Jurídica de Cataluña, nº 3, 1897; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, I, cit., pág. 42-44; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 81-82; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, I, cit., pág. 115 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 63 e segs.

<sup>(349)</sup> Também, neste sentido AcSTJ, de 7/3/69 (TORRRE PAULO), proc. nº 62538, in *Data Juris*, cit. (... a doutrina dominante atribui, entre nós, a natureza de direito especial e não excepcional ao direito comercial em face do direito civil e, por isso, permite o recurso à analogia).

b) *Sujeitar a disciplina desses actos ao direito comercial*, posto que alegadamente prejuízo algum adviria à contraparte não comerciante em face da informalização e celeridade que enformam a legiferação mercantil. Todavia, não é tão simples como isso, posto que, designadamente o regime da solidariedade passiva (art. 101º, código comercial), o desconhecimento dos usos do comércio pode, em certos casos, acarretar prejuízos consideráveis para a parte por cujo respeito o acto é civil (seja comerciante ou não).

c) *Aplicar umas vezes o direito comercial e noutras o direito civil*, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. Sistema este que se subdivide em duas vertentes:

i) *Aplicar aos actos mistos a lei do demandado*. Se para esta o acto fosse mercantil, ele seria regido pelo direito comercial; se para a lei do demandado o acto fosse civil, aplicar-se-ia o direito civil. Era este o sistema seguido pelo código comercial italiano de 1865 e pela Lei belga de 25 de Maio de 1876.

ii) *Facultar à parte, em relação à qual o acto não fosse comercial, a eleição do regime (civil ou comercial) que haveria de disciplinar os efeitos daquele*. Era este o sistema adoptado no código Albertino, de 1852, na Itália, antes da unificação.

Obtempere-se dizendo que esta solução origina graves inconvenientes, pois que cria desigualdades intoleráveis na resolução dos conflitos de interesses, ao fazer depender o regime jurídico aplicável de circunstâncias mais ou menos casuísticas atinentes a individuais caprichos ou manifestações voluntarísticas, fomentando a prática da má-fé negocial.

d) *Aplicar o regime comercial à parte em relação à qual o acto é mercantil e o regime civil à parte para quem o acto é civil.* Podia defender-se que esta posição, aliás consagrada no direito comercial francês, aparta os comerciantes da maior morosidade do regime das obrigações jurídico-civilísticas e, em contrapartida, protege a contraparte por cujo respeito o acto não é mercantil em relação a certos efeitos perversos que podem advir do regime das obrigações mercantis (v.g., se o *credor do comerciante*, fôr casado, por uma dívida que seja comercial unicamente em relação àquele profissional podem, subsidiariamente, responder bens comuns do casal, nos casos em que a dívida, de acordo com o regime civil responsabiliza unicamente o cônjuge que a contraiu). Pese embora a pertinência destas razões parece que não é razoável submeter sempre o mesmo acto de comércio – isto é, o mesmo facto ou acto jurídico concreto – a diversa disciplina jurídica, *cindindo-o* para esse efeito, pois que nalguns conflitos de interesses a desigualdade entre as co-contratantes não justifica a referida cisão.

A este propósito, o código comercial português adoptou, à luz do ordenamento alemão [art. 345º, do HGB e art. 54º do código comercial italiano de 1882], o *sistema da unidade*, porém em termos mitigados ou incompletos. De facto, conforme dispõe o art. 99º do código comercial, *embora o acto seja mercantil só em relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contratantes (...)*. Porém, limita o alcance da disposição, ressaltando as disposições *que só forem aplicáveis àquele ou àqueles por cujo respeito o acto é mercantil*<sup>(350)</sup>. Vale isto dizer que, na prática se assiste à adopção do sistema da

<sup>(350)</sup> É obvio que a última parte deste preceito foi tacitamente revogada após a supressão, em 1933, da jurisdição comercial.

cisão, pois que em variegadas hipóteses a lei comercial só se aplica à parte em relação à qual tem natureza comercial. É o caso de certas obrigações *do comerciante*: adoptar firma, fazer inscrever certos actos no regime comercial, dar balanço, prestar contas, possuir escrituração mercantil (art. 18º do código comercial); as regras atinentes ao contrato de compra e venda mercantil (arts. 472º e 473º do mesmo diploma) que só se aplicam à parte por cujo respeito o acto é mercantil – isto é, o comprador ou o vendedor mercantil; a regra da solidariedade passiva (paragrafo único so art. 100º, idem) que, igualmente, só é aplicável aos sujeitos em relação aos quais o acto tem natureza comercial e bem assim a *taxa supletiva de juros moratórios* quanto aos créditos das *empresas comerciais* mesmo que relação ao devedor cujo acto não seja mercantil. Mas já não é o caso, entre outros, do art. 10º do código comercial, que afasta a moratória prevista no art. 1691º/1, do código civil, nas dívidas comerciais – quer provenham de actos de comércio puros ou mistos – seja o devedor comerciante ou não, da exclusiva responsabilidade do cônjuge que as contraiu. Ainda que o acto seja mercantil em relação ao *credor comerciante*, mas já não o seja em relação ao devedor (daquele comerciante) – porque, v.g., tivesse adquirido o bem para uso profissional alheio aos seus *interesses conjugais* – em homenagem aos interesses da vida mercantil, a lei comercial é aplicável a todo o acto, sujeitando-o a uma só disciplina, afastando, assim, a aplicabilidade do nº 1 do art. 1696º à parte em relação à qual o acto não é mercantil<sup>(351)</sup>. É, ainda, a

<sup>(47)</sup> Se, v.g., *A*, trabalhador dependente casado com *B*, num dos regimes de comunhão de bens, adquira num hipermercado vários electrodomésticos para colocar na casa de *C* com quem vive maritalmente, não obstante o *acto* ser civil em relação à sua pessoa (porque não é comerciante, nem comprou para revender), além de (consoante o regime das relações patrimoniais entre os cônjuges em matéria de dívidas) a dívida ser da sua exclusiva responsabilidade, o credor hipermercado (por cujo respeito o *acto* em causa é mercantil) poderá, subsidiariamente, na falta de bens próprios de *A*, nomear à penhora bens comuns de *A* e *B* [contanto que igualmente cumpra o requisito do art. 825º/2, do cód. de Proc. civil], afastando assim a aplicabilidade da lei civil que, nestes casos, só permite a penhora de bens comuns do casal, concretos e determinados, após a extinção das suas

hipótese das regras constantes do código comercial sobre a simplicidade da forma exigível nos *textos* e nos *enunciados* dos negócios jurídico-mercantis mistos; a liberdade de prova e a força probatória das *mensagens* (telegráficas, por telefax ou por computador) enviadas por comerciantes, relativamente a actos de comércio que podem ser (objectiva e subjectivamente) comerciais só em relação a estes contraentes [cfr., art. 97º, § 1 e 2 do cód. comercial, que afasta a disciplina correspondente prevista no código civil, designadamente, no seu art. 379º]; e o regime jurídico de alguns *actos* objectivamente comerciais (mistos), cuja disciplina se aplica, inclusivamente à parte em relação à qual ele não é mercantil [v.g., contrato de seguro de incêndio relativamente a andares para habitação].

E) A classificação dos actos previstos no art. 230º do código comercial. Actos objectivos ou subjectivos?

Conforme dispõe o corpo do art. 230º do cód. comercial, *Haver-se-ão por comerciais as empresas singulares ou colectivas que se propuserem (...)*, enquanto os seus diferentes números indicam tais empresas comerciais, e os parágrafos 1 a 3 excluem algumas delas dessa qualificação.

A circunstância de o código comercial francês de 1807 ter introduzido a empresa, no seu art. 632º, como um acto de comércio levou a doutrina francesa, desde PARDESSUS<sup>(352)</sup>, a interpretar a empresa comercial como *acto de comércio*

relações patrimoniais [v.g., por divórcio, morte, separação judicial de pessoas e bens, dissolução do casamento católico rato mas não consumado, anulabilidade do casamento civil, declaração de nulidade do casamento católico, ineficácia superveniente do casamento civil].

<sup>(352)</sup> PARDESSUS, *Cours...*, cit., pág. 6, 51 e segs.

*objectivo*, no pressuposto de se ter abolido a categoria dos actos profissionais dos comerciantes, pois que a finalidade especulativa que nela se detectaria sobre o factor de produção *trabalho* corresponderia à especulação mercantil dos actos de compra e de venda.

Ora, a doutrina portuguesa, ao interpretar o código comercial segundo a teoria dos actos de comércio, igualmente, partiu do entendimento de que as empresas comerciais, indicadas no art. 230º, são *actos de comércio* em sentido próprio, *subordinados* à norma qualificadora da 1ª parte do art. 2º. Que o mesmo é dizer que na enumeração implícita do art. 2º, 1ª parte, do código comercial, contam-se os actos de comércio de cada uma e de todas as empresas que o art. 230º especifica como comerciais<sup>(353)</sup>. E actos de comércio absolutos, objectivos, pela sua própria natureza económica, pois que se revestiriam do carácter de especulação mercantil<sup>(354)</sup>, ou que a razão da comercialidade se fundaria nos actos de comércio de compra e de venda, que preencheriam a actividade económica da empresa, ou, ainda na própria organização de factores produtivos com a mediação especulativa do *trabalho assalariado*. Ao que acresce, algo contraditoriamente, que, sendo a empresa mercantil um acto de comércio objectivo ela seria, simultaneamente, no esquema da teoria dos actos de comércio, uma forma de actividade. Ou seja, esse *acto de*

<sup>(353)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 76 e segs.; GUILHERME MOREIRA, *Actos de commercio*, cit., pág. 188, 189 e segs.; JOSÉ TAVARES, *Das empresas...*, cit., pág. 136, 139, 175 e segs.; FERNANDO VAZ, *Lições...*, cit., pág. 102; CAEIRO DA MATA, *Direito comercial português*, cit., pág. 216, 237; PINTO COELHO, *Direito comercial português*, cit., pág. 52; *idem*, *Lições...*, I, cit., pág. 22; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito comercial* (Palma Carlos), cit., pág. 94; CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao código comercial...*, cit., pág. 583 e segs.; *idem*, *Da compra e venda*, cit., pág. 44, 47; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições de direito comercial* (Simões de Pinho), cit., pág. 122 (implicitamente).

<sup>(354)</sup> Assim, FERNANDES VAZ, *ob. cit.*, pág. 427, 429; CAEIRO DA MATA, *ob. cit.*, cit., pág. 216; BARBOSA DE MAGALHÃES, *ob. cit.*, loc. cit.

*comércio objectivo*, envolveria uma *série de actos*<sup>(355)</sup> que só nessa *série* seriam comerciais [v.g., os actos relativos ao funcionamento da empresa ou os necessários à sua constituição: p. ex., tomar-se um arrendamento para o exercício do comércio]. Enfim, se a empresa industrial ou de serviços é comercial como um acto objectivo de comércio e uma *série de actos*, a razão da sua comercialidade só pode encontrar-se, para esta doutrina, através do *mercado do comércio*, seja pela ideia de *mediação especulativa dos actos em série* da empresa [que são, deste modo, assimilados aos actos objectivos mercantis de compra e de venda], seja projectando essa mesma ideia de mediação e especulação comercial no próprio *acto de organização económica* dos factores produtivos (maxime, o trabalho).

A pré-compreensão subjacente a esta doutrina assenta, como bem se vê, no modelo da teoria dos actos de comércio enquanto regulamentação do mercado expansionista do comércio na época do *liberalismo*. Aqui, as empresas (industriais e de serviços) são vistas como categorias económicas do mercado do comércio. A empresa mercantil, sendo necessária ao funcionamento do mercado profissional dos comerciantes, como que se *objectivou* em actos de comércio, sendo vista não só como mero *facto económico* (v.g., *organização de factores produtivos*), mas também como *facto económico do comércio*, a cujo conceito não é alheia uma *categoria de troca* (cfr., GALGANO, F., *História...*, cit., pág. 200 e segs.).

<sup>(355)</sup> Na doutrina francesa, cfr., BOISTEL, *ob. cit.*, pág. 30, 33 e segs.; THALLER, *ob. cit.*, pág. 3, 32; LYON CAEN-RENAULT, *ob. cit.*, pág. 139 e segs.; RIPERT, *Traité...*, cit., n.ºs. 128, 278; HAMEL/LAGARDE, *ob. cit.*, n.º 157; na doutrina italiana foi, desde logo, a posição de MANARA, *Degli atti...*, cit., pág. 443, 447 e segs.; VIVANTE, *ob. cit.*, pág. 99; AZZARITTI, *ob. cit.*, pág. 11.

Entre nós, cfr., PINTO COELHO, *Direito comercial português*, cit., pág. 264, nota 1; *idem*, *Lições...*, cit., pág. 22 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda...*, cit., pág. 47; *idem*, *Comentário...*, pág. 82, 584 e segs.; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...* (Simões de Pinto), cit., pág. 122.

Todavia, cremos que esta compreensão da empresa mercantil (art. 230º, do cód. comercial), como acto de comércio objectivo padece de uma irremediável contradição em face do entendimento que a mesma doutrina tem do art. 13º, na qualificação do comerciante e art. 2º, 2ª parte, no que respeita à qualificação dos seus actos.

Com efeito, se, para aquela doutrina, se exige, para efeitos do art. 13º, a prática efectiva de actos de comércio objectivos, por natureza e o art. 2º, 2ª parte diz que os actos dos comerciantes seriam *actos acessórios* ao exercício do seu comércio, o entendimento da empresa como acto de comércio objectivo não consegue explicar que o empresário venha a ser qualificado como comerciante de acordo com a indicada interpretação do art. 13º, nem justificar que os actos da empresa possam ser (subjectivamente) comerciais, por força do art. 2º, 2ª parte. Pensar daquela forma é eliminar a qualificação do empresário como comerciante, isto é, inviabilizam-se os termos dessa qualificação como directamente resultam dos preceitos literais do art. 230º do cód. comercial (*Haver-se-ão por comerciais as empresa (...)* que se *propuserem*). Ora se para este artigo parece não ser necessário o *efectivo funcionamento* da empresa, bastando que se *proponham* esse funcionamento, há uma contradição nos próprios termos quando a apontada doutrina exige a inerente prática habitual de actos de comércio para que um empresário possa ser qualificado como comerciante.

Vale isto já por intuir, salvo ulterior abordagem (cfr., *infra*), que a norma do art. 230º é – tem que ser, à luz da unidade do sistema jurídico – autónoma da do art. 13º<sup>(356)</sup>.

Na norma do art. 230º a comercialidade da empresa só pode ser, por isso, a comercialidade do empresário (singular

<sup>(356)</sup> A não ser assim o art. 230º seria inútil no seu sentido específico relativo ao empresário comerciante.

ou colectivo), assim qualificado como comerciante, bastando para tal que o empresário se *proponha* exercer uma dessas empresas. Consequentemente, os actos desta actividade mercantil são subjectivamente comerciais, nos termos do art. 2º, 2ª parte, porque são *actos profissionais* do empresário comerciante.

Daqui decorre que o fundamento da comercialidade subjectiva reside na circunstância de aquelas empresas manifestarem, desde a sua constituição, o firme propósito de exercerem a profissão mercantil. Assim, desde o momento em que se constitua uma dessas empresas, que, pela exteriorização de certos índices materiais, manifeste o firme propósito de, nessa medida, comerciar deve-se aplicar o preceito do art. 230º, conjugado, isso sim, com o do art. 2º, 2ª parte. O art. 230º é uma norma qualificadora autónoma, pois que não trata de actos comerciais objectivos, isto é, ocasionais (art. 2º, 1ª parte), mas de actividades – e estabelecimentos comerciais e industriais – de empresas organizadas e, por isso, profissionais. Organizações estas imputadas aos respectivos empresários.

Daí que na óptica que se perfilha vai afirmada a qualidade do empresário como comerciante, sendo que todos os seus actos, mesmo os de *constituição* da empresa, são comerciais pelo art. 2º, 2ª parte<sup>(357)</sup>.

Assim, se por exemplo, o Ministério da Educação concedesse à exploração a um particular o transporte escolar em certo(s) percurso(s), será admissível dizer-se que o concessionário só adquire a qualidade de comerciante após a realização de um qualquer número indeterminável aleatório de viagens? E, depois, de adquirir, a qualidade de comerciante, pela exploração da sua empresa (de transportes), os actos praticados no exercício desse

<sup>357)</sup> Mitigadamente neste sentido, LOBO XAVIER, V. da G., *Direito comercial*, cit., pág. 47, nota 2, in fine.

comércio seriam objectivamente comerciais? Parece que não. Após a aquisição da qualidade de comerciante, a profissionalidade do exercício do comércio, *consume* a ocasionalidade dos actos previstos na 1ª parte do art. 2º. Ainda que o comerciante pratique actos de comércio objectivos que formem o exercício do seu comércio, há uma relação de *consumção* destes últimos em face daqueles actos de comércio subjectivos, por que profissionais (ou auxiliares) do exercício do comércio do comerciante. Já, porém, se o comerciante fora do exercício do seu comércio, pratica um acto de comércio especialmente regulado na lei comercial, não existe obviamente a referida relação de comércio. Tratar-se-à de um acto objectivamente comercial, assim qualificado pela 1ª parte do art. 2º. Nestas outras situações há, de facto, um *concurso real* entre actos de comércio objectivos e subjectivos (os profissionais ou auxiliares). Na situação primeiramente referida há um mero *concurso aparente*, onde a natureza subjectiva do acto *consume* ou absorve o seu jaez de acto também objectivamente comercial.



**§ 6. OS COMERCIANTES**

## § 6. Os Comerciantes.

### A) Noção. A interpretação dos arts. 13º e 230º do código comercial.

Já se sabe que os actos de comércio subjectivos, referidos na 2ª parte do art. 2º, se justificam por serem praticados por comerciantes, sejam enquanto *actos profissionais* que preenchem o exercício do *seu* comércio, seja como *actos auxiliares* desse exercício, seja, de um modo geral, qualquer acto ou obrigação do comerciante posto que presumido praticado no exercício do *deu* comércio, salvo se o comerciante ilidir essa presunção. São, pois, todos eles actos praticados por quem já adquiriu o *status* de comerciante. Porém, pode perguntar-se de que circunstâncias depende a aquisição desse *modo-de-estar* jurídico em comunidade, pois que, naturalmente dele relevam – como o próprio conceito de *status* impõe – específicos direitos e deveres.

Na verdade, da aquisição deste *status* decorre um regime jurídico especial que se traduz:

- a) *em menores exigências quanto à forma dos actos jurídicos* (art. 396º, 400º do código comercial; decretos-leis nºs., 32765, de 19/4/1943 – sobre o mútuo em estabelecimento bancário –, 29833, de 17/8/1939 e 32032, de 22/5/1942 – sobre penhores constituídos em garantia de empréstimos bancários);
- b) *nas obrigações especiais a que se acham sujeitos os comerciantes*: o uso da firma (art. 18º/1, 19º e segs. do código comercial, art. 9º/1, c, 10º, 177º, 200º,

- 275º e 467º, todos do código das Sociedades comerciais); a elaboração de escrituração mercantil (arts. 18º/2, 29º e segs. do código comercial); a obrigação de dar balanço e prestar contas (art. 18º/3, 62º e segs., do código comercial); a inscrição de certos actos no registo comercial (art. 18º/3, do código comercial)<sup>(358)</sup>;
- c) *na faculdade das empresas comerciais poderem exigir, além dos seus créditos e respectivos juros de mora, uma taxa supletiva de juros moratórios, no montante de 2% a acrescer à taxa supletiva geral*<sup>(359)</sup>, esta última determinada com referência ou indexação à taxa de referência fixada pelo Banco de Portugal, nos termos do DL nº 311-A/85 de, 30-7;
- d) *em os bens dos comerciantes matriculados no registo comercial não estarem sujeitos a arresto* (art. 403º/3, do cód. Proc. civil);
- e) *em medidas de protecção da ética profissional do comércio, dos comerciantes e entre comerciantes* (DL nº 370/93, de 29-10, DL nº 371/93, de 29-10; arts. 212º e 213º, do cód. da Propriedade Industrial);
- f) *em deveres específicos de informação e aconselhamento, maxime nas relações com consumidores finais* [cfr., supra]<sup>(360)</sup>;
- g) *na proibição da publicidade enganosa, subliminar e, nalguns casos comparativa* (código da

<sup>(358)</sup> Note-se que esta obrigação não é *privativa* dos comerciantes pois que outros entes, alguns deles não comerciantes estão a ela sujeitos: algumas cooperativas e empresas públicas. Igualmente, hoje, por força do DL nº 132/93, o instituto da falência já não é privativo dos comerciantes.

<sup>(359)</sup> Cfr., o DL nº 32/89, de 25-1 (arts. 2º e 3º), que parece ter revogado tacitamente a Portaria nº 807-U1/83, de 30-7.

<sup>(360)</sup> Cfr., por exemplo, o DL nº 74/93, que impõe específicos deveres de informação, quanto ao conteúdo, pelo que respeita à venda de veículos automóveis e motociclos usados, no âmbito de uma actividade comercial.

- Publicidade: DL nº 330/90)<sup>(361)</sup>;
- h) *na admissão da força de probatória qualificada a certas mensagens* (telegramas, telex e, por analogia aos *documentos electrónicos*), nos termos do art. 97º do código comercial;
- i) *na sujeição dos créditos dos comerciantes pelos objectos vendidos a quem não seja comerciante, ou não os destine ao comércio, a um prazo de prescrição presuntiva de dois anos* (art. 317º/b, do cód. civil);
- j) *na responsabilidade de ambos os cônjuges quanto às dívidas contraídas no exercício do comércio* (art. 15º, do cód. comercial e 1691º/1, d, do código civil);
- l) *no direito de os credores comerciantes, por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, poderem afastar a moratória prevista no art. 1696º/1, do código civil e penhorarem subsidiarem bens comuns* (art. 10º, do código comercial), requerendo, no entanto, que o cônjuge do devedor executado seja citado para requerer, se quiser, a separação de meações, *salvando a sua parte* nos bens comuns (art. 825º/2, do cód. Proc. civil);
- m) *na invocação em juízo da escrituração comercial a que corresponde uma força probatória especial nas relações entre comerciantes* (art. 44º, do código comercial);
- n) *na solidariedade passiva das obrigações comerciais, nas quais os co-obrigados são-no solidariamente* (art. 100º, do código comercial)<sup>(362)</sup>.

<sup>(361)</sup> É claro que esta proibição vale contra todos aqueles que, no exercício da sua profissão promovem a aquisição de produtos e serviços e, inclusivamente contra a *publicidade do Estado*.

<sup>(362)</sup> Cfr., exemplos, na jurisprudência, no AcSTJ, de 2/12/1975 (ANTÓNIO FERNANDES), processo nº 65834, in Data Juris, Base de Dados de Direito e Jurisprudência, cit.; AcSTJ, de 4/7/80 (FURTADO SANTOS), processo nº 68613, in Data Juris, cit.; AcRL, de 11/5/81 (SOUSA MACEDO), in col. Jur., (1981), t. III, pág. 89.

Daqui decorre a necessidade de saber *o que é um comerciante*, que *profissões comerciais* existem, quais as *espécies* de comerciantes que a lei distingue, como se adquire e perde este *status*.

1. O código comercial não curou de dar uma noção legal de comerciante, mas sim indicar só as *categorias legais de comerciantes* e as *classes de profissões do comércio*.

As primeiras são indicadas no art. 13º:

1º – As pessoas que, tendo capacidade para praticar actos de comércio, fazem deste profissão.

2º – As sociedades comerciais.

As segundas encontram-se *exemplificadamente* plasmadas no art. 230º, pelo que respeita aos titulares de uma das empresas (individuais ou colectivas) que exercam uma das actividades comerciais, tais como as qualificam o mencionado preceito.

Tradicionalmente, a doutrina portuguesa tem em mente o comerciante da teoria dos actos de comércio, isto é, o mercador que pratica reiteradamente actos objectivos absolutos de comércio.

De facto, a qualificação de comerciante, para esta doutrina, é devida a quem pratica actos de comércio objectivos e absolutos, que não actos mercantis meramente formais (v.g., como as da letra de câmbio), ou os apenas conexos com actos absolutos (v.g., mandato). É que a prática habitual de actos desta natureza nunca poderia equiparar-se ao exercício profissional do comércio exigido pela lei<sup>(363)</sup>.

<sup>(363)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Licções...*, I, cit., pág. 124 e segs.; para as sociedades comerciais o mesmo autor, *ob. cit.*, vol. II, pág. 3 e segs.; a mesma doutrina em GUILHERME MOREIRA, *Apostamentos...*, cit., pág. 123; CAEIRO DA MATA, *Direito Comercial*, cit., pág. 530 (*é comerciante todo aquele que profissionalmente pratica actos que se destinam à circulação especulativa das utilidades económicas, quando exercidas por intermediários entre a produção e o consumo*); BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito Comercial*, (coligido por Palma Carlos),

Não estaria, deste jeito, nas condições do art. 13º quem habitualmente praticasse actos conexos, porque o pressuposto exigido seria o exercício do comércio. Acresce que o exercício habitual sistemático, profissional do comércio, que a lei consideraria pressuposto da qualidade de comerciante, não podia deixar de envolver uma qualquer organização, por rudimentar que fosse, de factores produtivos com uma finalidade comercial<sup>(364)</sup>.

Donde deflui que para esta doutrina o comerciante é o empresário mercantil – em sentido económico – à luz somente do art. 13º. Daí que o art. 230º seria, quanto muito, um normativo *complementar* do art. 13º, já que equipararia a actividade empresarial mercantil – em sentido jurídico – à actividade comercial em sentido económico. Só seria considerado comerciante que regularmente praticasse actos de interposição nas trocas e explorasse uma das empresas definidas no art. 230º, após em certo decurso temporal do exercício dessa actividade. Não nos parece que deva ser assim.

De facto, se a qualidade de comerciante do empresário é definida pelo art. 13º, nenhum sentido útil terá, por conseguinte, o disposto no art. 230º pois que essa norma

cit., pág. 151 [*o que é indispensável é que êle (o comerciante)(...) pratique aqueles actos que em si encerram a ideia económica do comércio, o animus lucrandi*]; PINTO COELHO, *Direito Comercial*, cit., 235 e segs., nota 2; CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, pág. 82; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, cit., pág. 108 [*(...) os que têm por si natureza comercial – tem grande alcance teórico e encontra aplicação importante na definição do conceito de comércio, em função do qual o art. 131º, do código comercial, nos diz quem é comerciante em nome individual*]; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 125 e segs., esp. pág. 128 [*Discute-se, aliás, a este respeito se, para adquirir a qualidade de comerciante basta organizar a empresa (...) Acreditamos que a prática profissional dos actos de comércio é indispensável, em face do nº 1, do art. 13º do cód. comercial*]; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 191-192 [*Para ser comerciante (...) é preciso fazer profissão do comércio, o que significa: praticar actos de comércio como profissão (...) aó adquire de comerciante quem pratica actos de comércio objectivos*].

<sup>(364)</sup> FERRER CORREIA, *Licções...*, cit., I, pág. 127.

apenas exige o *propor-se* a realização da empresa comercial, nos termos dos seus diversos números. Além de que, se se aplica o art. 13º ao empresário mercantil o art. 230º deixa de ter autonomia perante o art 2º, 1ª parte, pois que sendo assim a empresa fica a ter o sentido de acto de comércio objectivo e por natureza<sup>(365)</sup>.

Vai, pelo contrário, aqui defendida a ideia de que o art. 230º do cód. comercial não dispõe sobre a qualificação das empresas comerciais como actos de comércio objectivos. Outrossim, este artigo é um preceito qualificador autónomo do art. 2º, 1ª parte e, principalmente, do art. 13º.

O art. 2º, 1ª parte respeita à qualificação de actos de comércio ocasionais.

O art. 13º delimita a atribuição da qualidade de comerciante a certos sujeitos e entes que não dispõe de um conjunto de factores produtivos que se analisam na imobilização de bens fixos que formam o respectivo estabelecimento, outrossim, por exemplo, compram e revendem bens. É, pois, um normativo importante para qualificar ou não como comerciante o designado *pequeno empresário*. Já o art. 230º delimita, positiva e negativamente as empresas comerciais com a atribuição da qualidade de comerciante ao empresário que as exerça, e desde o início da sua *organização* no mercado. Perfilha-se, pois, a tese subjectiva da empresa comercial em face da teoria dos actos de comércio<sup>(366)</sup> e consequente o art. 230º do código comercial como norma qualificadora autónoma (da qualidade de comerciante)<sup>(367)</sup>.

<sup>(365)</sup> O que provoca outra contradição prática, a saber: a autonomia do art. 230º em face do art. 2º, 1ª parte, para o efeito da sua aplicação por analogia a outros tipos de empresas aí não mencionadas. É esta a posição do Prof. FERRER CORREIA.

<sup>(366)</sup> Neste sentido, JOSÉ TAVARES, *Das empresa...*, cit., pág. 104, 106, 108 e segs., 116; PAULO SENDIM, *O art. 230º...*, cit., pág. 996 e segs.

<sup>(367)</sup> Também assim, PAULO SENDIM, *ob. cit.*, pág. 1043 e segs.

E autónoma daqueloutra do art. 13º. Senão veja-se.

Todos os autores clássicos, após o *code commercial* de 1807, esqueceram que essa codificação [paradigma jurídico-civilizaçonal de muitas outras codificações posteriores, como a nossa] não aboliu, *de iure dato*, os actos de comércio profissionais. A doutrina, impressionada pela pré-compreensão do liberalismo económico, é que os aboliu, passando a identificar os actos de comércio objectivos ocasionais (entre nós, na I parte, do art. 2º) e os actos subjectivos acessórios (na II parte do referido preceito). É claro que os redactores do código comercial francês falavam dos *actos mercantis profissionais*, das profissões, de uma maneira abstracta. Talvez para não serem acusados de reconhecer a existência das *categorias* e *ordens* abolida pela Revolução. É, porém evidente que há, não uma *profissão de comerciante*, mas *profissões comerciais*. Esta ideia é, aliás, hoje, reforçada em face da disciplina regulativa dos vários tipos de profissionais do comércio e da indústria [v.g., mediadores, imobiliários, corretores, banqueiros, retalhistas, grossistas, vendedores ambulantes, agentes transitários].

Ao invés, aqueles autores começam por analisar os actos de comércio e, só depois, atribuem a qualidade após se ter analisado a natureza dos actos por estes praticados. Porém isto é obscuro e contraditório<sup>(368)</sup>. Fazer depender a qualidade de comerciante da prática de certos actos é fazer emergir a atribuição desse *status* de actos que, em si, nada tem a ver com o exercício profissional do comércio. De facto, a doutrina francesa edificou sobre os textos do *code* a teoria geral dos actos e comércio, onde certas eventualidades foram designadas como *actos de comércio por si mesmos*

<sup>(368)</sup> Cfr., também RIPERT/ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, 15ª ed., (org. por Michel Germain), Paris, 1993, n.ºs. 135 (pág. 107), 295 (pág. 213); REINHARD, *Actes de Commerce, Commerçants, fonds de commerce*, 2ª ed., 1989.

absolutos, objectivos, sem que fosse necessário considerar os actos que os *acompanham*, isto é, os famigerados *actos acessórios*. Daí que seria pela conclusão habitual daqueles actos que se atribuiria o referido *status*. Esta doutrina, conquanto espelhada no art. 13º do cód. comercial português não releva de qualquer suporte histórico. Foi ela *criada* tão só para não atribuir ao direito comercial o jaez pós-revolucionário, de direito profissional de uma *classe* ou *categoria*. Ela é tanto mais artificiosa que os seus autores tentaram *emendar a mão* pela consagração da teoria dos *actos de comércio acessórios*, igualmente ocasionais. De resto, a confusão extremou-se ao ponto de se ter figurado uma particular espécie de actos entretecidos entre comerciantes e consumidores, justamente, os *actos mistos*. Tudo isto é artificial e deve ser simplificado, como atrás já se experimentou.

Mister é agora referir que a doutrina que aqui vai criticada, para efeitos da atribuição da qualidade de comerciante, porque aboliu a categoria dos *actos profissionais*, teve que recuar para um momento abstracto e exógeno ao mercado económico em que o comerciante se situa para, nesse momento e a partir do início de uma alegada *semi-recta* [—→ ...], aleatória ou convencionalmente fixada, identificar o *status* mercantil por uma prática efectiva e habitual de sucessivos actos de comércio ocasionais. Actos estes que assim se iriam acumulando para, em dado *tempo-lugar* da *semi-recta*, se poder concluir que, afinal, tendo essa reiteração e habitualidade atingido um certo grau de *densidade* ou consistência, formam uma profissão, justamente a de comerciante, relativamente o sujeito que os foi praticando.

Resulta, pois, claro que é irrealista (e, por maioria de razão no mercado económico hodierno) apurar-se a

qualidade de comerciante pela repetição de actos de comércio (objectivos) ocasionais. Porém o código fá-lo no art. 13º. O que, ainda assim, releva de algum sentido útil.

Efectivamente, como aqui se defende, os actos dos comerciantes são comerciais por serem profissionais o que, naturalmente, pressupõe a repetição e habitual de actos de comércio. Por isso que, sendo normas qualificadoras autónomas de qualidade de comerciante, o art. 13º como que colora o sentido do art. 230º. Ou seja: os actos profissionais que integram o exercício das empresas que aí *exemplificadamente* se apontam são comerciais por representarem o exercício do seu comércio, que não porque sejam *acessórios*; são, portanto, actos (subjectivos) em série do seu autor, a quem se imputam como empresário mercantil, unidos pelo mesmo fim comum do objecto da empresa comercial, individual ou colectiva.

Todavia, o que vai não obsta (antes impõe) a que se qualifique como comerciante todo aquele que se *proponha* ao exercício de empresas comerciais (ou industriais) indicadas nessa norma. Até porque o art. 13º não fala em *prática profissional de actos de comércio*, outrossim exige tão só a *profissão do comércio*<sup>(369)</sup>. E esta, desde logo, resulta, no caso das empresas do art. 230º, de certos índices objectivos que revelam a abertura do seu negócio (v.g., anúncios, circulares, arrendamento comercial do local)<sup>(370)</sup>.

<sup>(369)</sup> Fala, igualmente, de *exercício de uma actividade profissional* considerada como comércio (que não a habitualmente ou repetição de actos de comércio), VICENT CHULIA, *Introducción al derecho mercantil*, cit., pág. 38.

<sup>(370)</sup> Assim, RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., nº 217, pág. 153 (que fala na *installation matérielle*, na *inscription au registre du commerce*, na *inscription sur les roles des impositions fiscales*); CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 37, 105 (*Né è necessario che sia portato a compimento il primo ciclo operativo con la vendita a terzi dei beni prodotti o con la rivendita delle merce acquistate*), defendendo este autor que tal pode ocorrer na fase preliminar de organização da empresa. Os actos de organização da empresa são já, pois, actos profissionais de alguém que já possui a qualidade de comerciante. No mesmo sentido, JAEGER, in *Rivista delle*

Deve, pois, qualificar-se como comerciante todo aquele que através de certos índices objectivos organiza a sua empresa no mercado, não por força do art. 13º, mas sim por virtude do disposto no art. 230º<sup>(371)</sup>.

Tal se deve ao *risco* daquele que se propõe exercer aquelas actividades. Risco este associado, como é bom de ver ao risco de terceiros: bancos, terceiros fornecedores, senhorios, etc.

Assim, a qualidade de comerciante resulta do efectivo começo do exercício da actividade da empresa. Não é suficiente a mera *intenção* de exercício, ainda que concretizada através da obtenção de eventuais autorizações administrativas, a matrícula no registo comercial<sup>(372)</sup>.

Já no art. 11º do primeiro código comercial português de 1833 ia implícita a ideia de que, sendo a matrícula exigida para o comerciante e nome individual, tal não era condição necessária e suficiente para a aquisição dessa qualidade.

---

società, 1966, pág. 756 e segs.; AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1973, pág. 111 e segs.; BUONOCORE, *Imprenditore...*, pág. 519; acórdão da *corte di cassazione*, de 3-12-1981, nº 6395, in *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1, pág. 1276; *idem*, de 24-2-1972, nº 528, in *Diritto fallimentare*, 1972, II, pág. 595 (para efeitos de aplicar a disciplina da concorrência desleal na fase de organização da empresa); ENDEMANN, *Das deutschen Handelsrecht*, cit., § 16, III; HAMEL/LAGARDE, *Traité...*, cit., nº 336 (a exigirem a manifestação exteriorizada por circulares ou anúncios nos jornais que, para estes, *suprem* a habitualidade e a profissão; GALGANO, F., *Sommario di diritto commerciale*, cit., pág. 5-6; HAMEL/LAGARDE/JAUFRET, *Droit commerciale. Introduction...*, pág. 530 e segs.

<sup>(371)</sup> Contra, entre nós, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito Comercial* (col. por Palma Carlos), cit., pág. 156 e segs.; PINTO COELHO, *Direito Comercial*, cit., pág. 247 e segs.; FERNANDO VAZ, *Lições...*, cit., pág. 226 e segs.; dubitativamente, CUNHA GONÇALVES, *Comentário*, cit., pág. 40; na Itália, LA TORRE, in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, I, pág. 43 e segs.; SPADA, *Impresa...*, pág. 62; acórdão da *Cassazione*, de 9-12-1976, nº 4577, in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, II, pág. 628 e segs.; acórdão do tribunal de *Appello* de Bologna, de 4-10-1985, *ivi*, 1986, II, pág. 617 [para o efeito de rejeitar a aplicabilidade do instituto da falência durante esta fase de organização]; para uma abordagem substancial da questão, cfr., sentença do tribunal de Catania, de 30-4-1987, *ivi*, 1989, II, pág. 317. O acórdão do tribunal de *Appello* de 4-10-1985 [supra citado] entende, de facto, que não basta, para tal, o exercício de actos preparatórios da organização.

<sup>(372)</sup> Ainda que esta constitua uma presunção legal *iuris tantum* da qualidade de comerciante [art. 11º, do código reg. comercial, art. 403º/3, do código de Processo civil].

Mais tarde, no Projecto de código comercial, de Sampaio Pimentel, de 1871, expressamente se dispunha no § 1 do art. 1º, que *Faz profissão habitual do comércio toda a pessoa, que, tendo declarado d'um modo publico a intenção de exercer algum ou alhuns actos commerciais (...)*.

Acresce que já o Decreto de 14/2/1834 deu novo entendimento ao art. 10º do código comercial de 1833, a ponto de se defender que a abertura de um estabelecimento comercial, anunciada ao público, faria supor no seu titular a firme disposição de fazer do comércio profissão (assim, SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações ou syntese anotada do código de commercio*, I, Coimbra, 1874, pág. 9).

Por outro lado, o efectivo começo da actividade implica a aquisição do referido *status*, independentemente da intenção do sujeito, mesmo que tenha ocorrido a violação de normas atinentes aos requisitos (administrativos, fiscais, em relação à Segurança Social) de que depende o normal funcionamento da empresa.

Tem-se, no entanto, discutido se as *sociedades comerciais* – que também são comerciantes, nos termos do nº 2 do art. 13º – adquirem essa qualidade no momento em que adquirem personalidade jurídica [por efeito do registo comercial do respectivo contrato] ou necessitam de exercitar efectivamente a prática de actos de comércio (art. 1º/2, do código das sociedades comerciais)<sup>(373)</sup>. Deve entender-se, em face dos dados legais [art. 13º/2: a lei não distingue qualquer momento temporal relevante] e da interpretação

---

<sup>(373)</sup> Em Itália, à luz de um preceito algo diverso do que dispõe o nº 2 do art. 13º, do código comercial – justamente, o art. 2082º do *codice civile* – tem prevalecido a opinião de que é mister o *exercício de actividade produtiva* para a aquisição do respectivo *status de imprenditore*, pois que a constituição da sociedade mais não incorpora do que uma mera declaração programática que carece de ser actuada. Cfr., FARINA, *L'acquisto della qualità di imprenditore*, pág. 220 e segs.; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 104; CASANOVA, M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di Diritto Civile italiano*, dir. por VASSALLI, vol. X, t. I, Torino, 1972, pág. 165 e segs.; JAEGER, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Rivista delle società*, 1966, pág. 756 e segs.; JORIO, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, pág. 50 e segs.

que fazemos dos arts. 230º e 13º que o exercício profissional do comércio não é condição da aquisição da qualidade de comerciante por banda das sociedades comerciais. Com efeito, as sociedades comerciais são comerciantes desde a sua *constituição* [*rectius*, registo], pois que tal logo envolve a *profissão do comércio* em face da personalidade jurídica de que se revestem. De resto, a actividade das sociedades comerciais – empresas comerciais ou societárias – analisa-se em *actos de comércio* [art. 1, do código das sociedades comerciais]. E actos de comércio estes que são profissionais, subjectivos dos seus autores enquanto comerciantes; actos que figuram a profissão do seu comércio<sup>(374)</sup>.

B) Análise do art. 13º/1. O exercício profissional do comércio.

Já sabemos que o art. 13º/1, do código comercial diz respeito a uma hipótese mais ampla do que a prevista no art. 230º, para o efeito da atribuição da qualidade de comerciante, nos casos em que o elemento *organização* (capital, trabalho alheio, elementos corpóreos e incorpóreos que formam o respectivo estabelecimento) não está presente. Ora, tal significa que nestas hipóteses deveremos apurar se um sujeito é ou não comerciante através da prática de certos *actos de comércio*. É bom de ver que nestes casos o intérprete em face da ductibilidade de situações existenciais daqueles que se movimentam e interagem no mercado económico, se defronta inevitavelmente com algumas dificuldades, pois que as fronteiras são difíceis de traçar,

<sup>(374)</sup> Cfr., JOSÉ TAVARES, *Das sociedades comerciais*, 1898, pág. 237 e segs.; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...* (coligidas por S. de Pinho), cit., pág. 122.

permitindo, como permitem, uma larga zona nebulosa.

Assim, é preciso fazer profissão do comércio, que o mesmo é dizer *praticar actos de comércio*. E actos de comércio objectivos.

Em primeiro lugar, tem-se entendido que é indispensável [e, note-se mais uma vez, que nos referimos agora aos sujeitos, cuja atribuição da qualidade de comerciante não pode ser conferida pelo art. 230º, pois que lhes falta o *quid mínimo* de organização de factores produtivos para se proporem ao exercício daquelas empresas] a prática habitual, sistemática ou regular de actos de comércio<sup>(375)</sup>. Não basta, por conseguinte, a prática isolada ou ocasional de actos de comércio objectivos. O que não implica, porém, que essa actividade tenha de ser contínua ou praticada interuptamente. É, por isso, suficiente a repetição de actos de comércio de acordo com a cadência, cronologia ou sazonalidade próprias desse tipo de actividades. Além disto, a profissionalidade não exige que a prática de actos de comércio seja a actividade única, exclusiva ou principal do indivíduo. O comerciante não deixa de o ser pelo facto de também exercer uma actividade laboral assalariada, ser funcionário público ou profissional liberal, agricultor, silvicultor<sup>(376)</sup>. Pode até acontecer que o prática desses actos dependa de um único negócio-quadro, quando pela sua relevância económica, implique a realização de múltiplos e conexos actos, que se concatenam e unificam pela fonte donde brotam (v.g., aquele que contrata a construção de um único edifício

<sup>(375)</sup> FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 401 e segs.; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, I, pág. 193; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 126.

<sup>(376)</sup> Cfr., sentença do tribunal de Torino, de 4/7/1980, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali* (a propósito da compra e venda de valores mobiliários por parte de um notário); POUSSON/PETIT, *Pluriactivité et activité mixte en quote de statut*, in *Revue de Droit Civil*, 1984, pág. 15.



e vende os respectivos apartamentos<sup>(377)</sup>.

Em segundo lugar, para que a prática de actos de comércio se considere profissional é preciso que corresponda a um modo de o indivíduo *ganhar a vida*. Mas será que a prática destes actos de comércio se deve adscrever a uma actividade lucrativa autónoma? É o escopo lucrativo, o *lucro*, um requisito essencial que deva guiar a prática destes actos?<sup>(378)</sup> Não se contesta que o *lucro* é o escopo que normalmente anima os indivíduos a praticarem actos de comércio objectivos. A resposta deve, porém, ser negativa se se entender o lucro em sentido próprio. Ou seja, pouco interessa a intenção de terceiros, que com ele contratam. Estes terceiros não podem ficar dependentes, quanto à aquisição da qualidade de comerciante daquele outro, das intenções de quem se move no mercado económico. É, por isso, suficiente a existência de uma vantagem patrimonial ou económica, objectivamente considerada, que não directa ou necessariamente um avantajamento pecuniário. O conceito de lucro, finalidade lucrativa, é um conceito variável. O intuito lucrativo não tem de verificar-se em todos e cada um dos actos, pois, que o sujeito pode fazer *promoções, descontos* ou, mesmo oferecer *brindes* para o efeito de os actos se concretizarem. O escopo lucrativo não parece constituir, pois, um requisito essencial e indispensável

<sup>(377)</sup> BIGIAMI, *La professionalità italiana*, I, 1, pág. 1584.

<sup>(378)</sup> Neste sentido, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 126; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 127; FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, I, pág. 238, 256; GUILHERME MOREIRA, *Apontamentos...*, cit., pág. 162; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Direito Comercial* (col. por Palma Carlos), cit., pág. 151; PINTO COELHO, *Direito Comercial*, cit., pág. 237 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, cit., pág. 82; todavia, VEIGA BEIRÃO (*Direito Comercial*, cit., pág. 21) fala, apenas, na prática de actos de comércio como modo de vida; na Itália, DEMARTINI, *Corso...*, cit., pág. 103 e segs.; FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, cit., I, pág. 55 e segs.; ASCARELLI, *Iniciación al estudio...*, cit., pág. 178 e segs.; COTTINO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 83 e segs.; CORRENTI, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto privato*, dir. por P. Rescigno, XV, Torino, 1986, pág. 195 e segs.

a todos e cada um desses actos de comércio objectivos<sup>(379)</sup>.

Mas, como veremos, no domínio da aquisição da qualidade de comerciante por efeito da intenção e do exercício de uma das empresas do art. 230º e, em face, de alguns entes que devem ser considerados comerciantes (v.g., algumas empresas públicas e cooperativas) a unitária noção de lucro perde muito do seu real significado semântico e é fonte de equívocos terminológicos [v.g., os *excedentes*, do domínio das cooperativas]. Daí que, o conceito de lucro passe a ser um conceito amplíssimo e, por isso, polissémico ou plurisignificativo e variável, de ente jurídico para ente jurídico [cooperativas, sociedades comerciais, empresas públicas, agrupamentos complementares de empresas, etc.].

Em terceiro lugar, exige-se a prática de actos de comércio objectivos, *absolutos*, substancialmente mercantis, que não a prática de actos de comércio por conexão (v.g., mandato, empréstimo), que devem a sua comercialidade à prática de actos de comércio absolutos (*vivem* para e por causa destes últimos).

Por vezes, a riqueza do concreto giro comercial, leva a que as partes acordem em modelos contratuais que incluem no seu programa prestações de natureza diversa, reunindo elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei<sup>(380)</sup>.

Pode, por exemplo, figurar-se que um comerciante encarregue um indivíduo de promover a comercialização e distribuição de combustíveis líquidos e lubrificantes daquele, cabendo-lhe ainda, revende-las em áreas de difícil penetração. É este um contrato

<sup>(379)</sup> Assim, também, BRITO CORREIA, *ob. cit.*, I, pág. 194; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, vol. III, t. 2, pág. 18 e segs., 20 e segs.; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., pág. 31; OPPO, in *Rivista di Diritto civile*, 1976, I, pág. 595; Acórdão da *corte di cassazione*, de 2/3/82, nº 1282, in *Foro Italiano*, 1982, I, pág. 1956; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 16; CAIN/TRABUCHI, *Commentario breve al codice civile*, 4ª ed., Padova, 1992, pág. 1731; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, 15ª ed., cit., pág. 215.

<sup>(380)</sup> Em geral, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 7ª ed., Coimbra, 1991, pág. 281 e segs.

complexo inominado, *rectius, misto*, que reúne elementos do contrato de agência (*acto de comércio por conexão objectiva*), de prestação de serviços (eventualmente de transporte mercantil) e de compra e venda comercial (*acto de comércio objectivo absoluto*), na modalidade de contrato de concessão comercial<sup>(381)</sup>. Pode este contrato, igualmente, incluir-se naquilo que a doutrina designa por *contrato de gestão* ou *administração* (cfr., BAPTISTA MACHADO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 120º, pág. 183 e segs.). Não deixa, porém, de se configurar como contrato misto adstrito à prática simultaneamente de actos de comércio absolutos e conexos. Ora, independentemente, do circunstantialismo jurídico em que, neste caso, se revê a liberdade contratual das partes, aquele indivíduo adquirirá a qualidade de comerciante se e quando, no cumprimento desse contrato efectuar reiteradamente, ou com habitualidade *revendas* dos referidos produtos, ainda que essa prestação, dentro da economia do negócio não seja a preponderante.

Em quarto lugar, não basta praticar actos formalmente comerciais, que podem ou não corresponder a actividades que nada têm a ver com o comércio, outrossim *actos substancialmente comerciais e causais*, idóneos à realização de certa causa-função económico-social, directamente satisfazendo as necessidades do comércio.

Enfim, costuma ainda exigir-se que os actos sejam praticados em *nome próprio*. De facto, só adquire a qualidade de comerciante aquele em nome de quem os actos de comércio objectivos são praticados e o que pratica ele próprio actos de comércio objectivos. Que o exercício do comércio se faça em nome próprio não é pelo código expressamente exigido. Todavia, tal resulta das regras gerais<sup>(382)</sup>, pois que se se actua em nome de outra pessoa (v.g., um gerente que outorga um

(381) PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anteprojecto*, in B.M.J., nº 360, pág. 83; VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 110, pág. 343 e segs.

(382) Sobre isto, VICENT CHULIA, *Introducción al derecho mercantil*, cit., pág. 38-39; VICENT CHULIA, *Compendio de derecho mercantil*, cit., pág. 86 e segs.; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 194-195; CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, cit., I, pág. 81.

contrato de compra e venda por conta da sociedade comercial) será esta, por consequência, quem adquire a qualidade de comerciante. Na verdade, a actuação efectiva e real em nome próprio é a única necessária para atribuir a qualidade de comerciante. Necessária mas não suficiente se e quando o indivíduo contrata em *nome próprio mas no interesse de outrem*, sendo a sua situação conhecida dos terceiros que com ele contratam. É o caso do comissário mercantil [art. 266º, do código comercial] que, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente é obrigado a transferir para o comitente-comerciante os direitos exercidos em exercício do contrato de comissão.

Os terceiros que com ele contratam sabem da sua qualidade de comissário, mas desconhecem a pessoa do comerciante-comitente, que, desejando realizar, v.g., *revendas mercantis tem interesse legítimo* em não intervir pessoalmente, isto é, em se manter *oculto*, a fim de que, por exemplo, o comprador ignore ser ele o interessado real.

Ora, como o contrato de comissão mercantil não é um acto de comércio objectivo absoluto, substancialmente comercial, mas sim tão-só um *acto conexo*, o exercício profissional da comissão mercantil não é condição necessária e suficiente à aquisição da qualidade de comerciante, à luz do art. 13º/1, do código comercial. Mas já o será, em face do art. 230º se o indivíduo se propuser ao exercício da comissão dispondo, para o efeito de uma *organização de factores produtivos*, que possa fazer surpreender um *quid mínimo* do seu estabelecimento comercial. Caso contrário será um pequeno empresário que, nem à luz do disposto no art. 13º/1 será um comerciante, outrossim um trabalhador autónomo.

Não é, pois, este rigorosamente, um requisito da qualidade de comerciante. Ou seja, quem actua,

permanentemente, no exercício habitual do comércio em nome próprio, conquanto seja no interesse e por conta de outrem, não se converte necessariamente em comerciante, por força do art. 13º/1, mas já o poderá ser se estiverem reunidos os requisitos de que depende a comercialidade do empresário, por virtude do art. 230º.

Situação diversa é a do *comerciante aparente*, isto é, o exercício do comércio por interposta pessoa. Cria-se, destarte, uma situação de aparência que pode, naturalmente, prejudicar interesses de *terceiros*. É o que acontece quando alguém, não pode exercer o comércio por causa de uma incapacidade [v.g., inabilitação por prodigalidade], incompatibilidade [v.g., porque é magistrado judicial, ou não é farmacêutico, para, neste caso, poder ser titular de uma farmácia], ou indisponibilidade [a inibição do falido para administrar e dispor dos seus bens]. O *testa-de-ferro* é, normalmente, um parente [v.g., o conjugue] ou um(a) concubino(a). A este propósito, parece que este *comerciante aparente* adquire a qualidade de comerciante, pelo art. 13º ou 230º, nos termos gerais<sup>(383)</sup>. O problema está em saber se pode ser responsabilizado pelas relações jurídicas obrigacionais que tenha com terceiros. Parece-nos que sim. Se os terceiros estiverem de boa-fé, isto é, não tiverem disso conhecimento efectivo ou não incorram em negligência grave no que toca à apreciação dos poderes da pessoa com quem contratam, é lhes inoponível a excepção de o *comerciante aparente* contratar em nome próprio mas no interesse de outrem. Aliás, se se aceitar que um comerciante pode actuar em nome próprio mas no interesse de outrem, coloca-se o problema das responsabilidades que poderão recair sobre o *comerciante aparente* e o *comerciante oculto*. Já se defendeu que, em termos de responsabilidade extra-contratual, o *comerciante oculto* seria solidariamente responsável com o *comerciante aparente* em face de terceiros<sup>(384)</sup>, por culpa in eligendo, nos

<sup>(383)</sup> No direito alemão a doutrina do comerciante aparente serviu não só para ampliar o conceito de comerciante como para a protecção da confiança dos terceiros perante essa aparência, conquanto só valha esta última função (cfr., SCHMIDT, *Handelsrecht...*, cit., pág. 193 e segs.).

<sup>(384)</sup> VICENT CHÚLIA, *Compendio critico...*, cit., pág. 88, defendendo a aplicabilidade, por analogia, do art. 1093º do código civil Espanhol.

termos do art. 491º, *ex vi* do art. 497º, ambos do código civil. Não parece, todavia, que subsista qualquer analogia. A outra questão prende-se com a responsabilidade contratual. Neste caso, parece que o terceiro só tem acção contra o *comerciante aparente*, mesmo que se aplique, por analogia, o art. 268º do código comercial<sup>(385)</sup>. E nem sequer o art. 1182º do código civil, se aplicado subsidiariamente, não confere ao terceiro credor uma acção directa contra o mandante (o *comerciante oculto*, na circunstância). O que pode é usar, se fôr caso disso, os meios gerais previstos nos arts. 606º e segs., *subrogando-se* ao *comerciante aparente* se este não exercer qualquer direito sobre o *comerciante oculto*. De facto, os terceiros credores não têm legítimas expectativas à responsabilidade directa do *comerciante oculto*, já que foi com o *comerciante aparente* que contrataram. É que, nem tão pouco se pode defender que os nossos códigos, civil e comercial, atribuem efeitos directos à *representação indirecta* (o mandato sem representação)<sup>(386)</sup>. Se uma pessoa actua no interesse de outra não é, pois, indiferente, a forma de actuar: em nome próprio ou em nome do representado ou, sem dele ter recebido instruções, em termos de gestor de negócios.

Vale isto por dizer que o comerciante em nome individual oculto não pode ser chamado a responder, de *iure constituto*, pelos obrigações do *comerciante aparente* perante terceiros. É claro que, deste modo, poderão ficar prejudicados os interesses dos credores do *comerciante aparente* em nome individual (v.g., este, normalmente, não terá bens ou direitos que possam garantir os interesses dos credores). Porém, a solução oposta colocá-los-ia em vantagem em face dos credores pessoais do *comerciante oculto*, que assistiriam ao concurso, sobre o património do seu devedor, de credores cuja existência nem sequer podia conhecer<sup>(387)</sup>.

<sup>(385)</sup> Por analogia, na medida em que as situações são diversas: na comissão mercantil; o mandato sem representação é conhecido dos terceiros que praticam ou são destinatários dos actos de comissão; unicamente desconhecem a pessoa do mandato, havendo, pois, uma *licita* interposição do comissário, daqueles outros. Todavia, na situação que se analisa os terceiros desconhecem não só a pessoa do comerciante oculto mas também que o *comerciante aparente* contrata no interesse de outrem.

<sup>(386)</sup> A não ser na hipótese de, no contrato de agência [DL nº 178/86, de 3-7, na redacção do DL nº 118/93, de 10-4], o negócio celebrado por um *agente* sem poderes de representação se tornar eficaz perante o *principal* se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente fundadas, que justifiquem a confiança do terceiro de boa-fé na legitimidade do agente (art. 23º).

<sup>(387)</sup> Cfr., ASCARELLI, in *Rivista delle società*, 1958, pág. 1175 e segs.; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 100; dubitativamente, GALGANO, *Imprenditore occulto e società occulta*,

Daqui decorre que não é, entre nós admissível a *dupla acção directa*, que para alguma doutrina espanhola (art. 387º do código comercial Espanhol) e francesa [cfr., RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., 15ª ed., pág. 152; acordo da *cour de cassation* de 19-1-82, in *Gazette du Palais*, 1982, 2, anotada por DUPICHOT] implica não só, na prática a *solidariedade passiva* do comerciante aparente e do oculto, mas também a eventual sujeição de ambos à falência [também, em Itália é a doutrina de BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, 1954, pág. 192 e segs.; PAVONE LAROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiari*, in *Rivista di Diritto civile*, 1967, I, pág. 623 e segs.; BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, pág. 15 e segs.; FARINA, *L'acquisto della qualità...*, cit., pág. 60 e segs.].

E nem tão pouco se deve aplicar o disposto no art. 492º do código comercial que co-responsabiliza o armador ou proprietário do navio pelos actos, omissões e obrigações contraídas pelo *capitão* do navio, pois que este é, em regra, um trabalhador dependente. Mesmo na hipótese de o capitão ser co-proprietário do navio (parágrafo único do art. 493º) ele assume a qualidade de comerciante que contrata em *nome próprio e interesse próprio*, que não em *nome próprio e no interesse do outro co-proprietário*. Falha, portanto, a analogia substancial em face da situação que analisamos.

Por outro lado, uma vez que o direito comercial dá grande relevo à *aparência* [cfr., CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse, Montpellier, 1959; SOURIOUX, *La croyance légitime*, ivi, 1959, 1, 3058; SCHMIDT, *Handesrecht...*, ult. loc. cit.; RIPERT/ROBLOT, *ob. cit.*, nº 73] pouco importa a intenção do *comerciante aparente*, se não fôr conhecida de terceiros. O comportamento daquele, objectivado, é que lhe poderá dar o *status* de comerciante. Se comercia em seu nome, em regra, é comerciante, ainda que o faça no interesse de terceiro. A não ser que, não dispondo de uma organização de factores produtivos só pratique actos de comércio conexos.

in Enciclopedia giuridica, vol. XVI, pág. 2 e segs.; BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, pág. 38.

No direito espanhol, o art. 287º, a propósito de outras situações de representação voluntária indirecta estabelece que os terceiros tem acção não só contra o *factor*, que actua em nome próprio, mas também contra o *principal* (o alegado *comerciante oculto*).

C) Análise do art. 230º. Requisitos do exercício das empresas aí mencionadas, de que depende a comercialidade do empresário.

É já sabido que o art. 230º do código comercial não cura da qualificação das *empresas comerciais como actos de comércio*, antes é uma norma que qualifica autonomamente em face da do art. 2º, 1ª parte, as *empresas e empresários, singulares ou colectivas* (sociedades comerciais). Têm, deste jeito, uma função qualificadora *positiva e negativa*. Esta última função exclui da comercialidade certas empresas e empresários: as empresas agrícolas, pecuárias, silvícolas e florestais [§1 e §2 do art. 230º e 464º/2 e 4] e as demais *pequenas empresas* [parágrafo in fine do art. 230º]: v.g., o carpinteiro que talha directamente os móveis encomendados, ainda que com o auxílio de outrem<sup>(388)</sup>. Mas o art. 230º é meramente *exemplificativo*. E nem sequer é de colocar a questão da *analogia* para qualificar como comerciantes todos aqueles que se *propuserem* a exercer outras empresas aí não enumeradas<sup>(389)</sup>. Com efeito, excluindo esta norma certas empresas não comerciais e, simultaneamente, plasmando as características de que depende a comercialidade das empresas e do empresário a questão da analogia é um problema superado. Que o mesmo é dizer que são comerciais

<sup>(388)</sup> Note-se que já o Prof. ORLANDO DE CARVALHO teve a precepção de referir o art. 230º a pessoas, que não a actos, contrapondo o termo *empresa* do nosso código ao dos arts. 32º do *code de commerce* e 3º, nº 5 do código comercial italiano de 1882. Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., nota 3, pág. 8 e segs.

<sup>(389)</sup> Como, aliás, é tradicional fazer-se (cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., 1, pág. 76 e segs.) e que remonta a PARDESSUS (*Cours...*, cit., nº 48, pág. 84), tendo sido adoptada pela maioria da doutrina (cfr., BOISTEL, *Cours...*, cit., nº 32; LYON CAEN-RENAULT, *Traité...*, cit., nº 103; MANARA, *Gli atti...*, cit., pág. 57; MONTESSORI, *Il concetto di impresa...*, cit., pág. 421 e segs.

(e os empresários comerciantes) todas as empresas que correspondam a essas características jurídicas de comercialidade, independentemente de estarem ou não aí enumeradas. Trata-se, sim de determinar os critérios que relevam para a comercialidade dessas empresas, mas não de aumentar aleatoriamente, por analogia (ou interpretação extensiva) a sua enumeração. Uma empresa não compreendida nos vários números desse artigo é comercial e o que a exerce comerciante, não já porque a prática profissional desse indivíduo tenha qualquer analogia com uma dessas empresas, mas porque ela tam a ver com os interesses do comércio e do mercado económico dos negócios de exercício em massa.

É deste jeito, mister fixar os requisitos mínimos, *necessários e suficientes* para que um indivíduo, à luz do art. 230º possa qualificar-se como comerciante.

Note-se que se não conseguirmos qualificar como comerciante um indivíduo nos termos do art. 230º, deveremos seguidamente submeter o seu exercício profissional aos requisitos do art. 13º. Se, mesmo assim, não conseguirmos atribuir a comercialidade à sua profissão então só podemos concluir que esse indivíduo é só um trabalhador autónomo [v.g., profissional liberal, artesão, agricultor] ou um trabalhador dependente (funcionário público ou não).

### I – A actividade produtiva.

Exige-se que o indivíduo em causa se proponha a desenvolver uma actividade destinada à produção ou troca de produtos e serviços. É, porém, relevante a natureza dos bens ou serviços e o tipo de necessidades que se destinam a satisfazer: excluem-se os produtos da terra, os animais, os produtos e os serviços atinentes aos profissionais, cuja

comercialidade é excluída na 2ª parte do 1 do art 230º. Mas já se incluem, os serviços de natureza assistencial, cultural ou recreativa (v.g., escolas privadas, empresas de espectáculos públicos, clínicas privadas). É, igualmente, despidendo que essa actividade económica possa, simultaneamente, ser de gozo, fruição ou administração. Certo que o empresário que desenvolve somente uma actividade de mero gozo ou fruição não é comerciante<sup>(390)</sup>. Não é, deste jeito, incompatível uma actividade em que há fruição e produção de serviços<sup>(391)</sup>, quando, por exemplo, o proprietário da pensão ou hotel, para além da concessão do gozo dos quartos (actividade de mesa fruição) propicia aos utentes serviços colaterais<sup>(392)</sup>.

É, ainda, actividade produtiva e, simultaneamente de mera fruição o emprego de disponibilidades financeiras próprias na compra e venda de valores mobiliários (acções, obrigações, títulos de dívida pública), com finalidade especulativa ou na concessão de crédito a terceiros. Neste caso, o indivíduo pode tornar-se comerciante, dando vida a uma empresa comercial se e quando concorrerem os ulteriores requisitos da organização e da profissionalidade.

<sup>(390)</sup> V.g., o proprietário de imóveis que os dá em arrendamento, contra uma retribuição a renda, / qual *fruto civil*.

<sup>(391)</sup> Cfr., OPPO, 6., in *Rivista di Diritto civile*, 1976, I, pag. 594; TANZI, *Godimento del bene produttivo e empresa* pag. 107 e segs; FERRARA / CORSI, *Gli imprenditori*, pag. 33 e segs.

<sup>(392)</sup> Estamos, neste caso, perante um contrato de albergaria sem hospedagem, que se rege pelo regime jurídico do contrato de prestação de serviços (pois que o elemento locação vai subordinado ao elemento prestação de serviços) - arts. 1154: a 1156: do cód. civil, só se aplicando as normas atinentes à locação na medida em que não contrariem ou não se mostrem incompatíveis com aquelas outras do seu componente principal. Cfr., PEREIRA COELHO, *Arrendamento (Direito substantivo e processual)*, Lições ao 5º ano de ciências jurídicas no ano lectivo de 1988-89, policopiado, Coimbra, 1988, pag. 36-37; PINTO FURTADO, *curso de Direito dos Arrendamentos Vinculativos*, Coimbra, 1984, 1ª ed.; ALBERTO DOS REIS, in *Revista de legislação e jurisprudência*, Ano 85º, pag.174; JANUÁRIO GOMES *constituição da relação de arrendamento urbano*, 1980, pag. 125 e segs.

## II - A organização.

Não é concebível que o indivíduo se torne comerciante pelo art. 230º sem que programe ou coordene os seus actos profissionais, em que se revê a actividade que se propõe exercer (ou exerce). Ou seja: nunca é comerciante pelo art. 230º quem não coordena uma massa de factores produtivos (capital/trabalho próprio e alheio).

O que é normal e típico é que o elemento *organização* do empresário se plasme, no plano objectivo, pela criação de um *aparato produtivo* estável e complexo formado por pessoas e por bens instrumentais (v.g., local, maquinaria, matérias-primas, mercadorias). É este típico aspecto do fenómeno empresarial que a lei, segundo vários enfoques trata: quando disciplina, no direito do trabalho, a subsistência dos contratos de trabalho, uma vez transmitido o estabelecimento (art. 37º da Lei do Contrato individual de trabalho); quando se refere ao *estabelecimento* comercial ou industrial como objecto de negócios (art. 115º do Regime do Arrendamento Urbano) ou carecido de protecção à luz da boa ética profissional (art. 118º do Código da Propriedade Industrial).

Se isto é o *normal* o que é necessário é saber o que é *essencial* para que a actividade produtiva do empresário seja *organizada*.

É, hoje, pacífico que não é necessário que o *elemento organizativo* englobe o trabalho subordinado. É empresário e comerciante aquele que se propõe exercer a sua actividade utilizando somente o factor capital e a própria força de trabalho<sup>(393)</sup>.

<sup>(393)</sup> Cfr., CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 30; FERRARA/CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 7ª ed., 1987, pág. 36; BIGI A VI, *La «piccola impresa»*, Milano, 1947, pág. 49 e segs. Se se exigisse a prestação de trabalho alheio subordinado poderia ocorrer o paradoxo de não considerar comerciante o industrial que decidisse substituir todos os seus trabalhadores por máquinas, não exercendo *directamente* a sua indústria (art. 230º, § 1, in fine), potenciando os resultados da sua actividade.

Pense-se, por exemplo, nas empresas de máquinas de diversão, nas lavandarias automáticas.

Acresce que não é, igualmente, necessário que a organização do empresário se concretize na existência de um aparato instrumental, corpóreo de bens e, por isso, fisicamente tangível (v.g., local, móveis, máquinas, etc.). É evidente que a *organização* não pode prescindir de um qualquer *lastro corpóreo* de bens. Só que este aspecto pode reconduzir-se ao emprego de meios financeiros próprios e alheios. Não se pode afirmar que nesta circunstância falta o *estabelecimento* só porque inexistente um visível *lastro* de móveis e imóveis. O que qualifica o exercício das empresas que se agrupam no art. 230º do código comercial é a utilização de factores produtivos (e, note-se que o capital financeiro é um factor produtivo) devidamente coordenados pelo empresário com vista a um fim produtivo<sup>(394)</sup>.

Vale isto por dizer que, nalguns casos, a atribuição da comercialidade ao empresário, que se propõe exercer as empresas exemplificadamente enumeradas no art. 230º, não pode ser negada se e quando a actividade é exercida sem o recurso a auxiliares ou colaboradores autónomos ou quando a concatenação de certos factores produtivos (capital e trabalho próprio) prescinde da criação de um *lastro* material de bens mais ou menos tangível<sup>(395)</sup>.

Resta, ainda, saber se se pode falar de organização quando o processo produtivo se funda *exclusivamente* no trabalho próprio do indivíduo, Que o mesmo dizer quando não se utiliza, directa ou indirectamente, nem trabalho alheio, nem capitais próprios ou de terceiros, isto é, quando inexistente *hetero-organização*.

<sup>(394)</sup> Cfr., ASCARELLI, *Iniciación...*, pág. 164 e segs.; RAVA, *La nozione giuridica*, ob. cit.

<sup>(395)</sup> O que já não acontece, por exemplo, para efeitos do nº 3 do art. 230º em que se exige um *aparato* material-corpóreo bem visível: um *escritório aberto ao público*.

O problema assume relevo prático no sector dos serviços (v.g., electricistas, engraxadores) ainda que fortemente personalizados (v.g., agentes de comércio, mediadores). Não parece que se deva excluir uma linha, mais ou menos difícil de traçar, entre o *comerciante* e o *trabalhador autónomo*. Mister é que, para efeitos do art. 230º se surpreenda um mínimo de organização de trabalho alheio ou de capital. Pelo que na falta do *quid* mínimo destes elementos estaremos tão só em face de trabalho autónomo, a não autorizar que os respectivos exercentes possam qualificar-se como comerciante. Por exemplo, devem considerar-se trabalhadores autónomos certos prestadores de serviços como os *mediadores* e os *agentes* contanto que se limitem a utilizar meios materiais inexpressivos, enquanto formas instrumentais do desenvolvimento da sua actividade (v.g., telefone, máquina de escrever, computador, automóvel), ou estritamente necessários ao desempenho da sua própria energia laboral [v.g., a mala de ferramentas do electricista]. Nestes caso, os indivíduos mais não dispõe do que uma mera *auto-organização*, não sendo lícito, deste jeito, considerá-los comerciantes.

### III - A economicidade da actividade<sup>(396)</sup>.

As empresas subjectivizadas no art. 230º do código comercial implicam que o empresário-comerciante deva desenvolver uma actividade económica. A actividade

<sup>(396)</sup> Autores existem que não automatizam este requisito daqueloutro que exige uma *actividade produtiva*, sendo ambos os vocábulos sinónimos, mais não significando do que actividade destinada à produção ou à mediação de produtos e serviços; cfr., AULETTA/SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 15; COTTINO, G., *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 77; ASCARELLI, *Iniciación...*, cit.; FERRARA/CORSI, *Gli imprenditori...*, cit., pág. 33.

produtiva deve pois, no mínimo, ter por base o *princípio da racionalidade económica* (ou da *economicidade*), de forma a que os factores produtivos utilizados possam ser remunerados, atingindo-se um dado fim com o mínimo dispêndio de meios. De modo que os proventos possam cobrir os custos. De outra forma subsiste somente consumo mas não produção de riqueza<sup>(397)</sup>.

Apesar do *princípio da racionalidade económica* não ser um critério seguro e suficiente para qualificar a comercialidade do exercício das empresas do art. 230º, considera-se, no entanto, como índice muito importante. De facto, para haver empresa é importante que a actividade produtiva seja conduzida com o mínimo dispêndio de meios, de forma a atingir-se o *máximo grau de realização do fim* (*princípio do máximo resultado*)<sup>(398)</sup> contanto que, pelo menos, os proventos cubram os custos e, simultaneamente assegurem a auto-suficiência económica. Elementos estes que se devem aferir objectivamente, com base em índices exteriores, cognoscíveis por terceiros e atinentes à actividade do sujeito no seu conjunto, que não aos singulares *actos da empresa*.

Não são, por isso, comerciantes, à luz do art. 230º, os sujeitos públicos (empresas públicas) ou privados (em nome individual) que não cobrem os custos com as receitas. É o que acontece, por exemplo, quando a retribuição de todos os bens produzidos é fixada em montante inferior aos custos de produção, isto é, sejam estabelecidos *preços políticos*. Não é, assim, comerciantes o ente público ou associação privada que administram gratuitamente ou

<sup>(397)</sup> Cfr., OPPO, in *Rivista di Diritto Civile*, 1976, I, pág. 595; GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 23 e segs.; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 34-35; RIVOLTA, in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, pág. 210.

<sup>(398)</sup> Assim, LANGE, O., *Economia politica*, II, trad. ital., 2ª ed., 1ª reimp., Roma, 1973, pág. 164-165.

a um *preço simbólico*, hospitais, escolas profissionais, etc. Ao invés, sendo cremos, já será em princípio comerciante quem, por exemplo, administre os mesmos serviços de acordo com o princípio da racionalidade económica, desde que se proponham exercer uma das empresas (actividades) do art. 230º do código comercial, ainda que se guiem, no exercício das suas *empresas* pelo *interesse público*.

#### IV - A profissionalidade.

Já atrás (cfr., supra ) analisámos o requisito da profissionalidade para o efeito da atribuição da qualidade de comerciante àqueles que, não dispondo de um *quid mínimo* de *hetero-organização*, só podem ser qualificados como comerciantes pelo art. 13º.

Importa, agora, dizer que a profissionalidade, para o efeito da comercialidade do empresário mercantil apura-se fazendo apelo a índices objectivos. Por isso que, como aliás já o dissémos em vários lugares, não é necessário que haja uma certa reiteração dos actos dos empresários no exercício das suas empresas para que possam adquirir a qualidade de comerciantes. Ou seja, que a sua actividade se prolongue, mais ou menos, indeterminadamente no tempo. Índices expressivos da profissionalidade e, por consequência da comercialidade do profissional empresário, são os actos prodromicos de criação de um complexo organizacional de factores produtivos, que o mesmo é afirmar os actos de criação do *estabelecimento* aptos ao desenvolvimento de uma actividade potencialmente estável e duradoura. É o que se descortina na realização de uma série coordenada de *actos de organização* da empresa (máxime, de *estabelecimento*), quais sejam, por exemplo, a afixação de cartazes, a realização de anúncios publicitários, o arrendamento comercial ou industrial do local, a contratação de trabalhadores, a aquisição de matérias-primas ou de mercadorias, etc.

Não se olvide, porém, que uma coisa é a *profissionalidade* e outra a *organização*. Pode configurar-se o exercício não profissional de uma actividade organizada. Todavia, isto não impede que a criação de uma organização empresarial estável cujo objecto seja o exercício, por parte do empresário, de uma das empresas do tipo das que se mencionam no art. 230º não possa considerar-se um *índice objectivo* de actividade destinada a protrair-se no tempo.

#### V - O escopo lucrativo.

Resulta, também, do antecedentemente exposto a imprestabilidade, neste particular, do conceito de actividade lucrativa, tal como é ela tradicionalmente entendida<sup>(399)</sup>. Está longe de ficar provado que o intuito lucrativo seja nota essencial ou indefectível à comercialidade do empresário, para o efeito do art. 230º. Com efeito, a ideia de que a finalidade lucrativa é elemento essencial do conceito de empresário (e empresa), sem o qual nunca seria comerciante foi, generalizadamente, defendida pela doutrina europeia até há cerca de trinta anos. De então para cá essa ideia já não é dominante<sup>(400)</sup>. Nada pois obstacula ao abandono de uma fórmula carecida de real significado semântico, que é, aliás, fonte de plurisignificação e, por isso, desprovida de sentido útil. Caso contrário teríamos um conceito *amplíssimo* de lucro (a abarcar certas empresas públicas e cooperativas) e um conceito *variável* de lucro, conforme a natureza do titular da

<sup>(399)</sup> Sobre isto, explanando um conceito de empresa *in genere* que não inclui este *lucro tradicional*, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das empresas (Introdução)*, texto dactilografado, Coimbra, 1977, pág. 8.

<sup>(400)</sup> Assim ALONSO UREBA, *La empresa pública - Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, Madrid, 1985, pág. 259 e segs.



empresa (pessoa humana, sociedade comercial, cooperativa, empresa pública).

Mas, se não é essencial o escopo lucrativo, como tradicionalmente é entendido, não pode dizer-se que são comerciantes aqueles que se proponham exercer as empresas do tipo das do art. 230º do código comercial, de acordo com uma actividade económica em permanente déficite. Ao invés, a comercialidade do empresário, para o efeito do art. 230º, é incompatível com o fornecimento de bens (produtos e serviços) que prescindam dos custos da sua produção. Isto é: exige-se que, ao menos, os custos de produção dos bens sejam cobertos com os resultados obtidos através da sua troca por forma a satisfazer directa ou indirectamente (v.g., poupança de despesas, outras vantagens económicas) as necessidades do sujeito. Exige-se, pois, como requisito mínimo a processecação do *princípio da racionalidade económica* no quadro da gestão dessas empresas, que não necessariamente o escopo lucrativo<sup>(401)</sup>.

#### VI - A destinação ao mercado dos produtos e serviços.

As empresas operam, por via de regra, no mercado económico da produção e mediação de produtos e serviços. Não deve, deste jeito, ser considerado comerciante todo aquele que produz bens [no âmbito do exercício das empresas cujas características se revêm no art. 230º do código comercial] que destina a uso ou consumo privado. Joga aqui papel significativo a aceção da comercialidade do

<sup>(401)</sup> Cfr., GALGANO, F., *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 38; OTTAVIANO, V., *Impresa pública*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, 1970, pág. 669; CAMPOBASSO, *ob. cit.*, pág. 40; BIGIARI, *La professionalità...*, cit., pág. 58; FERRI, *Manuale...*, cit., pág. 56 e segs.; entre nós, mitigadamente, AUGUSTO DE ATHAYDE, *Empresa pública*, in *Polis*, 2 (1984), col. 941.

empresário subjacente ao art. 230º enquanto sujeito que normalmente desempenha uma *função de intermediação* entre a produção e o consumo. É claro que já o elemento da *professionalidade* induz a destinação ao mercado dos produtos e serviços e bem assim as características, já assinaladas, do que se deva entender por *actividade económica*. Por uma ou outra via se deve concluir que a atribuição da comercialidade ao empresário do citado art. 230º depende, *pelo baixo*, de se destinar *parcial* ou *potencialmente* a produção de utilidades (produtos e serviços) ao mercado económico<sup>(402)</sup>. Este não é o caso, por exemplo das cooperativas que produzem exclusivamente por causa dos próprios cooperantes (v.g., cooperativas de habitação) ainda que elas e estoutros (que fruam as utilidades propiciadas) sejam pessoas jurídicas distintas; do agricultor que destina a produção do seu prédio rústico às necessidades familiares; dos indivíduos que, associando-se, constroem um prédio urbano, composto por fracções autónomas, que não é destinado à venda, outrossim a habitação própria daqueles outros (*auto-construção em grupo*)<sup>(403)</sup>.

#### D) O começo da empresa. A comercialidade do empresário desde o início da actividade de organização.

Já se sabe que a atribuição da qualidade de comerciante, para o efeito do art. 230º do código comercial se adquire

<sup>(402)</sup> Cfr., AULETTA/SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 16; CORRENTI, *L'imprenditore...*, cit., pág. 194; COTTINO, G., *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 77 e segs.; GALGANO, F., *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 26 e segs.; FERRI, *Manuale...*, cit., pág. 47 e segs.; FERRARA/CORSI, *Gli imprenditori...*, cit., pág. 34; PANUCCIO, *Impresa...*, cit., pág. 621; contra, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 41-43.

<sup>(403)</sup> AULETTA/SALANITRO, *ob. cit.*, pág. 16; GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 27.

com o *início efectivo* do exercício a organização da empresa, que não através da prática reiterada de actos e contratos que constituam o *núcleo duro* ou o *núcleo essencial* do exercício profissional dessas empresas. Resta indagar o que se entende por *início efectivo*. A resposta não é unívoca, pois que também aqui as fronteiras são mais ou menos fluidas.

*Prima facie*, cabe dizer que a conclusão de frequentes negócios – os que caracterizam o *núcleo duro* da actividade profissional do empresário – é precedida por uma *fase de organização* objectivamente perceptível (v.g., arrendamento do local, aquisição de maquinaria, aberturas de crédito com os bancos, contratação de trabalhadores, etc.).

Na falta desta fase preparatória a aquisição da qualidade de comerciante depende da repetição de actos de comércio objectivos de modo habitual e profissional. Mas, então, a aquisição da qualidade de comerciante opera por força do art. 230º do código comercial. Pense-se na actividade de um vendedor que não tenha previamente criado uma organização mínima de factores produtivos, ancorada, por exemplo, no seu estabelecimento comercial.

Ao invés quando tal sucede até um só acto de exercício profissional da empresa é suficiente para se constatar o *início de actividade*. Não é, pois, necessário o exercício habitual de actos de comércio profissionais (objectivos, absolutos), ou seja, por exemplo, cumprir-se o primeiro ciclo produtivo com a venda de bens produzidos a terceiros ou a revenda de bens adquiridos para este efeito. A *estabilidade organizativa*, é, *de per se*, um índice objectivo inequívoco da actividade profissional do que se propõe exercer empresas com as características das do art. 230º.

Se o que antecede é pacífico é, porém, já controverso saber se a comercialidade do empresário, ou melhor, o início da empresa pode ser antecipado. Dito de outro modo: se se

pode adquirir a qualidade de comerciante na fase preliminar de organização da empresa, antes da realização de qualquer *acto de comércio profissional*<sup>(404)</sup>.

Propende-se, como já se antecipou, a responder afirmativamente. De facto, não convence a conhecida distinção entre *actos de organização* e *actos da organização*, para o efeito de atribuir a comercialidade do empresário se e quando praticar este últimos<sup>(405)</sup>. É que, é muito difícil estabelecer quando se encerra a fase organizativa preparatória e começa a fase do *exercício* profissional da actividade do empresário. Ademais, a fase da organização dos factores produtivos deve ser considerada enquanto actividade tipicamente empresarial que coloca o problema do *risco empresarial* e as cautelas de tutela do crédito em grau não menos exigente daquele que se surpreende durante a fase do exercício profissional dessas empresas (v.g., pense-se nos fornecedores das primeiras máquinas e nos Bancos e sociedades de *leasing*, quais financiadores iniciais do empresário).

Vale isto por significar que os *actos de organização* do complexo de factores produtivos do empresário são actos da empresa e podem equiparar-se aos *actos da organização*, enquanto profissionais (ou auxiliares) do exercício do comércio do empresário-comerciante. Assim, os *actos de organização* determinam a aquisição da qualidade de

<sup>(404)</sup> Em sentido afirmativo, cfr., THÖL, *Das Handelsrecht...*, cit., 6ª ed., § 51, pág. 167; THALLER, *Traité...*, cit., nºs 6 e segs.; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., 15ª ed., nº 217, pág. 157; VIDARI, *Corso...*, cit., pág. 117 e segs. (... não ser necessário que o exercício da profissão de comerciante seja muito ou pouco prolongado, porque então não poderia ser comerciante senão quem exercesse o comércio há algum tempo, e não quem apenas iniciasse esse exercício. O que seria coisa absurdíssima); AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, cit., pág. 111 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 105 e segs.; mitigadamente CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, cit., pág. 81.

<sup>(405)</sup> Esta distinção remota a FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditore*, 3ª ed., Milano, 1964, pág. 100 e segs.; na jurisprudência cfr., o Acórdão da *corte di cassazione*, 76/4577.

comerciante se, pelo seu número e/ou pelo seu significado, manifestam ou concretam, de modo inequívoco, a intenção de o empresário se *propor* ao exercício das empresas, cujas características se revêem nas do art. 230º do código comercial. Que o mesmo é dizer, se expressam, de modo inequívoco, uma intenção estável do exercício de uma actividade de produção de riqueza que ainda se não iniciou, mas que, atenta essa factualidade primeira, num juízo de prognose se haverá de iniciar para além de qualquer dúvida. Assim, por via de regra, um único *acto de organização* não será suficiente para a aquisição da qualidade de comerciante. Mas, por seu turno podem múltiplos actos ser inexpressivos ou não concatenados (v.g., aquisição de um céculo automóvel, abertura de uma conta à ordem, adesão à rede de um operador de telecomunicações, etc.) e, por isso, não basta para a aquisição do referido *status*. Entre nós, independentemente da *retórica argumentativa* doutrinal que levamos de expôr, a qualificação do comerciante como empresário pela *organização relevante* do seu estabelecimento no mercado tem expresso apoio legal não só na expressão *que se propuserem* (art. 230º, código comercial) como também no teor do artigo 95º do mesmo diploma.

#### I - Exemplificação. A aquisição da qualidade de comerciante pelos agentes de comércio.

Pretende-se agora demonstrar se e quando um *agente comercial* é considerado comerciante.

Conforme dispõe o art. 1º do Decreto-lei nº 178/86, de 3 de Julho<sup>(406)</sup> *Agência é o contrato pelo qual uma das*

<sup>(406)</sup> na redacção dada pelo Decreto-lei nº 118/93, de 13 de Abril.

*partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição (...).*

O *agente* é, destarte, aquele profissional que se obriga a fomentar os negócios da contraparte (*o principal*), a angariar clientes, a conquistar e a desenvolver o mercado do *principal*. Trata-se, pois, de actos materiais, tendo em vista a conclusão de negócios entre o principal e os clientes. Ao agente cabe, assim, fomentar e preparar essa conclusão. O agente, em regra, não contrata com os clientes, não desfrutando, normalmente, de poderes de representação para, v.g., vender em nome e por conta do principal.

Do que foi antecedentemente dito já se entrevêem as possibilidades de que, em abstracto, depende a atribuição ao agente da qualidade de comerciante, a saber:

- a) explorar ou propor-se a exercer umas das empresas que reúnem as características das dos nºs. 1 a 7 do art. 230º do código comercial, maxime as que são referidas no nº 3 deste normativo; ou, no caso de não mobilizar qualquer organização, por mínima que seja, de factores produtivos,
- b) praticar, reiterada e habitualmente, com jaez de profissionalidade actos de comércio absolutos ou intrínseca e substancialmente comerciais.

Pelo que respeita à segunda hipótese, a actividade de prospecção, promoção e angariação de clientela não traduz, em rigor, um acto de comércio objectivo e absoluto. É que, como se sabe, a doutrina dominante, que aliás aqui se subscreve, entende que o art. 13º/1, do código comercial só atribui a qualidade de comerciante a que pratica profissionalmente actos de comércio absolutos<sup>(407)</sup>, que

<sup>(407)</sup> Cfr., por todos, FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 124 e segs.; para as sociedades comerciais, cfr., vol. III, pág. 3 e segs., 10 e segs.

não *actos de comércio conexos* (por conexão objectiva) com actos de comércio absolutos. Ora, a agência é um acto de comércio objectivo conexo, na medida em existe por causa, principalmente, do contrato de compra e venda mercantil (art. 463º do código comercial) ou de outros contratos que são objectivamente actos de comércio absolutos. Não é, pois, a agência um *acto* intrínseca ou absolutamente comercial, revendo-se, outrossim, como acto que se situa no *iter* conducente à realização do *acto principal*, v.g., a revenda mercantil, do qual depende genética e funcionalmente. Decorre daqui que a prática de actos mercantis conexos (ou *accessórios*) objectivamente com outros actos mercantis, ainda que realizados com reiteração ou habitualmente, enquanto modo de *ganhar a vida*, se não possa equiparar ao exercício profissional do comércio exigido pela lei.

O que vale por dizer que só na primeira das hipóteses apontadas é que se pode descortinar a possibilidade de o *agente* assumir a qualidade de comerciante.

Caracteres típicos da actividade das empresas que se devem rever nos vários n.ºs. do art. 230º do código comercial<sup>(408)</sup> são como vimos:

- a) o exercício de uma *actividade económica produtiva* guiada pelo princípio da racionalidade económica;
- b) a profissionalidade;
- c) a presença de uma organização;
- d) a destinação ao mercado.

Pelo que respeita às características indicadas nas alíneas a) e d) não há dúvida que o exercício de uma

<sup>(408)</sup> Caracteres que se revêm por *exclusão* em face das características das empresas não comerciais enumeradas nos §1, 2 e 3 do mesmo normativo, enquanto função delimitadora negativa e por *inclusão* perante as características das empresas [da indústria dos serviços, da indústria transformadora, mas já não da indústria extractiva] constantes dos n.ºs. 1 a 7 desse preceito.

actividade económica, predisposta, até, a um fim lucrativo (o *direito à comissão* do agente) e que se analisa na intermediação entre a oferta e a procura, são características que se surpreendem no contrato de agência.

Na verdade, sendo o conceito de actividade económica coincidente com o de *economicidade*, onde aquela é idónea para o efeito de remunerar e multiplicar os factores de produção, mediante um correspectivo em produtos e serviços propiciados, a actividade do agente, é, de facto, uma actividade económica produtiva.

Considerações análogas se podem fazer ao derredor do requisito da alínea b). Uma vez que se reconheça que a profissionalidade assume o jaez de estabilidade [ou intenção exteriorizada de se propôr ao exercício de uma actividade económica estável<sup>(409)</sup>] deve concluir-se que esta característica vai ínsita na figura da agência. A estabilidade representa, aliás, um elemento essencial à sua configuração, habilitando a distinção do contrato de agência de outros programas contratuais afins (v.g., mediação).

Onde é necessário aprofundar a análise é, justamente, no ulterior requisito da *organização* – do *elemento organização* – ou, se se quiser, do *exercício organizado* da agência.

É mister, por conseguinte, estabelecer se o agente, na falta dessa organização de factores produtivos pode, mesmo assim, ter a qualidade de comerciante. Que o mesmo é dizer, para o efeito de tal qualificação, é necessário uma *hetero-organização* (ou *organização externa*) de factores de produção ou basta somente uma *auto-organização*, que dependa unicamente do trabalho do próprio agente?<sup>(410)</sup>

<sup>(409)</sup> Cfr., BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1987, pág. 47; BALDASSARI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1992, pág. 336.

<sup>(410)</sup> BUONOCORE, *Imprenditore*, in Enciclopedia del diritto, vol. XX, Milano, 1970, pág. 516.

Alguns autores, contestando a presença de alguns dos apontados caracteres, negam que o agente seja, de *per se*, originariamente, um comerciante<sup>(411)</sup>, pois que nalgumas hipóteses faltaria o *elemento organização*. De facto, isto é verdade porquanto não se pode figurar aprioristicamente o *elemento organização*, exógeno à pessoa do comerciante pois que sempre será necessário existir um poder de imissão, directo ou indirecto, porém, sempre controlável e coordenado pela pessoa daquele que organiza factores produtivos.

Daí que sem este elemento inexistente empresa e comerciante, havendo, quanto muito, somente trabalho autónomo. O agente que é um sujeito classificável, originariamente, adentro da categoria dos trabalhadores autónomos não é, pois, *de per se*, um comerciante. Pode, outrossim, vir a sê-lo, à luz do art. 230º, nº 3 do código comercial se se propõe exercer essa empresa, contanto que seja sua intenção abrir ao público um *escritório*. E ele será comerciante desde o momento inicial em que, por exemplo, toma de arrendamento o imóvel para aí montar o *escritório*.

Não basta, pois, uma qualquer *organização*, por rudimentar que seja<sup>(412)</sup>.

Pode assim, seguramente, afirmar-se que o agente possui, *pelo alto*, a referida organização sempre que (e desde o início da sua tarefa organizativa) se revele um complexo de elementos reais, pessoais (trabalhadores salariado), corpóreos (veículo automóvel, secretárias, sofás) ou incorpóreos (firma, nome do estabelecimento, etc.) que lhe permitam coordenar o trabalho de terceiros com a aplicação de capitais próprios. É o que acontece quando, v. g., o agente, pela importância ou

<sup>(411)</sup> Por exemplo, BALDI, *ob. cit.*, pág. 51.

<sup>(412)</sup> Em sentido contrário, em geral, cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 127; FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, pág. 255.

pelo número dos principais, ou pela vastidão geográfica da sua área ou número de clientes, dispõe de depósito de mercadorias, escritório aberto ao público, utiliza meios próprios (automóvel, telemóvel) ou emprega trabalhadores subordinados (auxiliares não autónomos) ou *subagentes*<sup>(413)</sup>. O que não basta é tão só o exercício puramente pessoal da actividade do agente<sup>(414)</sup>.

É verdade, porém, que as fronteiras são de difícil delimitação, tendo que caso a caso, se descortinar a existência do *quid mínimo* organizacional.

Assim, nem sempre, será mister exigir uma actividade de serviços que postule necessariamente um concatenado e ordenado complexo de meios e de pessoas, parecendo suficiente, *pelo baixo*, pelo menos a circunstância de o agente abrir um *estabelecimento* – no sentido puramente físico – tendo, por exemplo, previamente, anuenciado ao público a sua abertura (mediante, v. g., anúncios, avisos, circulares, informações nos jornais). Ou seja: tenha manifestado exteriormente a vontade de se dedicar profissionalmente a uma actividade comercial de promoção e organização de clientes, contanto que a empresa revista características semelhantes às das descritas no nº 3 do art. 230º do código comercial e se proponha dedicar ao exercício dessa

<sup>(413)</sup> BALDI, *ob. cit.*, pág. 51; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, Milano, 1974, pág. 11, nota 20; CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, org. por Vassali, vol. X, t. 1, Torino, 1974, pág. 27; TILOCCA, *L'organizzazione e la piccola impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pág. 70 e segs.

<sup>(414)</sup> Em sentido contrário, GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in *Commentario del codice civile*, org. por Scialoja-Branca (art. 1742-1753), Bologna/Roma, 1970, pág. 70 (defendendo que basta a assunção do risco do resultado do próprio trabalho autónomo, independentemente do *elemento organização*). No mesmo sentido, BIGIARI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, pág. 85; GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1982, pág. 26; CERAMI, *Agenzia (contratto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano, 1958, pág. 875; SARACINI, *Il contratto di agenzia*, in *Il codice civile commentario*, org. por Schlesinger, Milano, 1987, pág. 46; FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto civile italiano*, org. por Vassali, vol. VIII, t. II, Torino, 1958, pág. 36; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. I, Padova, 1990, pág. 31.

actividade, de forma contínua e sistemática, mesmo que só disponha de escassos meios humanos e materiais<sup>(415)</sup>. E será comerciante desde o início dos *actos de organização* (v.g., trespasse, cessão de exploração do escritório ou arrendamento do imóvel), não sendo preciso esperar que pratique um número mais ou menos indeterminado de actos da (sua) organização (tenha v.g., ajudado a concluir 5, 6, 7, 8 ou mais negócios entre o principal e os clientes).

Exclui-se, já se vê, que a simples actividade económica desenvolvida singularmente pelo próprio agente, sem o recurso a esse *elemento organizacional*, possa qualificar-se como exercício daquela empresa. Haverá, isso sim, quanto muito, simple trabalho autónomo.

Não basta, pois, para atribuir a qualidade de comerciante, que um modesto agente exercite, conquanto de modo estável e duradouro, a sua actividade de promoção e organização sem meios humanos (trabalhadores dependentes ou subagentes) ou materiais (v.g., *loja*, local aberto ao público, relações jurídicas activas e passivas ligadas à titularidade de uma empresa), utilizando, tão-só, para tal o seu veículo automóvel ou, ainda um local onde, v.g., se situe um telefone ou uma caixa postal ou apartado<sup>(416)</sup>.

É obvio que, contanto que o agente já desenvolva outras actividades económicas que, *de per se*, lhe façam atribuir a qualidade de comerciante, por força do art. 230º ou 13º (v.g., tenha realizado um contrato de compra exclusiva para revenda, isto é, seja também um concessionário), ambos do código comercial, o problema já não se coloca.

<sup>(415)</sup> No sentido desta limitação *pelo baixo*, cfr., Acordãos de *corte di cassazione* de 31/3/1972, nº 1025 (in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1972, II, pág. 899), de 16/9/1983, nº 5589 (in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, pág. 942).

<sup>(416)</sup> V.g., Acórdão da *corte di appello* de Florença de 22/8/1981 (in *Il Diritto fallimentare*, cit., 1982, II, pág. 432), com anotação de BRONZINI e acórdão do tribunal de Milão de 31/3/1969 (in *Il Diritto fallimentare*, cit., 1970, II, pág. 862).

## E) A capacidade comercial.

### I – Generalidades.

É sólido que a capacidade jurídica corresponde à susceptibilidade de uma pessoa ser titular de direitos e obrigações, a qual pode ser mais ou menos circunscrita, isto é, cuja medida exacta pode variar segundo as circunstâncias, assumindo, destarte, um jaez quantitativo<sup>(417)</sup>.

Por isso que no art. 67º do código civil se estabelece a regra da *capacidade de gozo* nos termos da qual todas as pessoas, sendo iguais perante a lei, desfrutam da possibilidade de serem titulares de direitos e obrigações, a não ser que essa possibilidade esteja expressamente excluída, como é o caso de certos direitos estritamente pessoais, atinentes a qualidades do próprio sujeito de direito.

As incapacidades de gozo são situações excepcionais em que as pessoas por elas abrangidas não podem ser titulares de certos direitos e obrigações de carácter pessoal, por virtude da ausência de certas qualidades necessárias. E são elas, no nosso direito: a) as incapacidades emergentes de impedimentos dirimentes absolutos que obstam ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra (art. 1601º, do código civil); b) as incapacidades para perfilhar (art. 1850º/1, do mesmo diploma); c) as incapacidades para testar (art. 2189º, *idem*).

Da capacidade jurídica como capacidade de gozo costuma distinguir-se a *capacidade negocial* ou de exercício, que consiste na idoneidade de adquirir ou exercer direitos ou de assumir e cumprir obrigações por acto próprio

<sup>(417)</sup> Cfr., CASTRO MENDES, *Direito civil. Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1978-1979, pág. 174 e segs., 267 e segs.; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., 1985, pág. 191 e segs., 213 e segs.; HÖRSTER, H. E., *A Parte Geral do Código Civil Português...*, cit., pág. 308 e segs.

ou por meio de representante voluntário (procurador), participando-se, deste jeito, no tráfico jurídico, de acordo com o princípio da autonomia privada, na medida em que a lei pressupõe, normalmente após a maioria (no tocante às pessoas singulares), que os sujeitos de direito possuem o necessário discernimento para querer e entender os negócios que praticam, bem como os efeitos jurídicos deles resultantes.

Assim, quanto à *capacidade de gozo*, no tocante às pessoas colectivas, importa dilucidar as implicações do *princípio da especialidade do fim*, plasmado no art. 160º do código civil, para as pessoas colectivas sem finalidade lucrativa, e nos arts. 5º e 6º do código das Sociedades Comerciais, a respeito das sociedades comerciais, pessoas colectivas de escopo lucrativo. É, por isso, em função do escopo das pessoas colectivas que lhes é atribuída capacidades de gozo. E esta compreende os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins, mas só inclui, porém, direitos e obrigações que não sejam vedados por lei e que não sejam inseparáveis da personalidade humana. Têm, por tal, as pessoas colectivas um *objecto social*, isto é, uma actividade ou actividades que se destinam a prosseguir, devendo cingir-se à prossecução desse objecto e das actividades que sejam lícitas e se revelem úteis para a consecução desse escopo.

Dos arts. 14º, nº 1 e 17º do código comercial se descortinam restrições à capacidade comercial de *certas* pessoas colectivas <sup>(418)</sup>. O primeiro dos normativos veda o

exercício do comércio às pessoas colectivas de fim ideal, quer sejam de direito privado (associações, fundações), de direito público (associações públicas, institutos públicos) e de direito eclesiástico [associações e institutos religiosos da Igreja católica, constituídos em conformidade com as disposições do direito canónico e nos termos da liberdade organizatória de que a Igreja católica goza por virtude da concordata, de 7 de Maio de 1940<sup>(419)</sup>].

Note-se que, até no tocante às pessoas colectivas de direito público abrangidas neste preceito, elas não estão desprovidas de capacidade de direito privado. Pois que, pelo simples facto de se ser uma pessoa colectiva de utilidade pública não se deixa de dispor de uma mais ou menos ampla capacidade de direito privado, nos termos do art. 160º do código civil, limitada apenas pelo assinalado princípio da especialidade. De resto, esta fórmula adoptada pelo código civil vigente é, aliás, mais lata do que a fixada no art. 34º do pretérito código civil de 1867, que restringia a capacidade das pessoas colectivas aos direitos civis relativos aos interesses legítimos do seu instituto. Assim, mesmo as pessoas colectivas de direito público (de fim ideal) podem praticar todos os actos que, de perto ou de longe, se destinem a proporcionar-lhe meios económicos para a prossecução das suas finalidades, sejam eles de natureza civil ou comercial, ou seja, todos os actos que não sejam estranhos ou antagónicos com os respectivos fins. É-lhes, por isso,

GOLDSCHMIDT, *Handbuch...*, cit., I, 2ª ed., § 44, b, pág. 488 e segs.). Na doutrina francesa, no silêncio do *code de commerce*, começou por se entender que os actos do Estado ou da administração local não eram susceptíveis da qualificação de comerciais, a não ser se fossem praticados por estabelecimentos públicos autorizados pelo Governo a praticar operações mercantis. Cfr., por todos, RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., 15ª ed., nº 264.

<sup>(419)</sup> V.g., A Universidade católica, reconhecida pelo DL nº 307/71, de 15 de Julho, que se rege pelo DL nº 128/90, de 17 de Abril e pela legislação canónica aplicável, nos termos do art. XX da concordata e bem assim pelos seus Estatutos e regulamentos próprios.

<sup>(418)</sup> Note-se que já no art. 7º, do código comercial italiano de 1882 se admitia expressamente que o Estado e as autarquias locais pudessem praticar actos de comércio. O que, aliás, arrastou, depois, a questão da qualidade de comerciante dos sujeitos públicos juridicamente autonomizados do Estado. Na Alemanha, à luz de outros textos (o *AHGB*, de 1861) propugnou-se a corrente de, por esses actos de comércio, qualificar os sujeitos públicos como comerciantes (cfr.,

lícito praticar actos de comércio ocasionais (objectivos) insusceptíveis de configurar uma actividade profissional e, por conseguinte, de lhes atribuir a qualidade de comerciante [a não ser se e quando algumas destas pessoas colectivas revistam as apontadas características de comercialidade plasmadas no art. 230º do código comercial]. Vale isto dizer que podem lançar mão de expedientes jurídico-privados para a realização das suas tarefas.

Aliás, a questão já se colocou no plano da liberdade de constituição ou participação, por parte de certas pessoas colectivas públicas [v.g., a Casa do Douro, o Centro Tecnológico da Cerâmica e do Vidro, constituído ao abrigo do DL nº 249/86, de 25 de Agosto] em sociedades comerciais.

A este propósito parece-nos que estas pessoas colectivas só podem subscrever partes sociais de sociedades comerciais cujo objecto social tenha uma qualquer conexão com as suas atribuições. Ou seja, a participação destes entes no capital social de uma sociedade comercial só é legítima se tal for um meio necessário ou, pelo menos, conveniente para a realização dos seus fins. Ora, tal condicionalismo tão-só se pode aferir à luz dos normativos que enquadrem essas pessoas colectivas públicas e bem assim dos seus Estatutos. Logo, acaso se encontrem nesses diplomas disposições permissivas à luz das finalidades que presidiram à sua instituição, não pode deixar de se responder afirmativamente à questão antecedentemente formulada. Cfr., arts. 12º/1, l e 18º do DL nº 288/89, de 1 de Setembro (que aprovou a organização estatutária da *Casa do Douro*, pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa, financeira e património próprio) e DL nº 249/86, de 25 de Agosto (arts. 1º/3, 2º/3, 3º/4), que instituiu os centros tecnológicos; vide ainda, arts. 3º/a, e, f, 4º/c, d, f, in fine e 35º/4, dos Estatutos do Centro tecnológico da cerâmica e do vidro, publicados no Diário da República, 3ª Série, nº 66, do 20-3-1987.

Todavia, por via de regra, tanto as pessoas colectivas de direito público, que não sejam colectivas territoriais (isto é, o Estado, as Autarquias Locais, as federações de

municípios, as Regiões Autónomas, o Distrito) como as pessoas colectivas de direito privado de fim ideal<sup>(420)</sup> não são comerciantes. O que podem é praticar actos de comércio (objectivos) ocasionais.

Quanto às segundas, qualquer acto praticado sem capacidade é nulo (arts. 294º, *ex vi* do 160º, ambos do código civil). Quando não se trate de actos de comércio isolados ou ocasionais, mas de uma actuação sistemática contrária, directa ou indirectamente ao fim, não está só em causa a validade dos actos praticados, mas também a própria personalidade da pessoa colectiva, que pode vir a ser extinta (arts. 182º/2, b e 192º/1, b, do código civil), ou quanto muito incorrer em responsabilidade delitual [arts. 483º e segs. do código civil].

<sup>(420)</sup> Importa, porém, dizer que constitui uma querela infundável, e porventura insolúvel, a distinção entre pessoas colectivas de direito privado e de direito público (cfr., o critério proposto pelo Prof. MARCELLO CAETANO: são pessoas colectivas de direito público aquelas cujos abstracto e personalidade forem criados por um acto de poder público – uma lei ou um acto administrativo; são pessoas colectivas de direito privado aquelas cujos abstracto foi criado por um acto da autonomia privada. Porém, nem sempre é assim pois que o hodierno processo de transformação das empresas públicas em sociedades anónimas é realizado por via legal). Se se perfilhar, por outro lado, um *critério orgânico*, várias pessoas colectivas existem que o são de direito privado e utilidade pública (v.g., as federações desportivas; cfr., Pareceres da Procuradoria-Geral da República nºs 114/85 e 101/88, in Diário da República, II Série, de 30/7/1986 e 8/6/1989, respectivamente; vide, ainda, os votos de vencido exarados no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 472/89, in Diário da República, II Série, de 22/9/1989); todavia, se se perfilhar o conceito de *acto materialmente administrativo*, para efeitos da impugnabilidade contenciosa, perante os tribunais administrativos de actos materialmente administrativos praticados por estes entes, a apontada distinção revela-se, hoje, manifestamente artificiosa, porquanto alguns desses entes, alegadamente de direito privado, praticam actos no cumprimento de um serviço público e no exercício de prerrogativas de autoridade pública que revestem a natureza de actos administrativos, que, como tal, se devem naturalmente incluir na jurisdição administrativa. Neste sentido, AcSTA, de 5/11/1981, in Revista de Direito Administrativo, nº 10, pág. 273, com anotação de ESTEVES DE OLIVEIRA, *ivi*, pág. 301 e segs.; AcSTA, de 13/11/1990 (ARTUR MAURÍCIO), in B.M.J., nº 401, pág. 278 e segs.

Pode, aliás, dizer com GALGANO [*Sobre la estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público* (trad. cast.), vol. I, pág. 256], que a sobrevivência do conceito de pessoa colectiva pública se justifica pelo facto de as múltiplas espécies de pessoas públicas, embora distintas entre si, apresentarem um elemento comum: são pessoas jurídicas diversas das reguladas, com o nome de pessoas jurídicas privadas, pelos códigos de direito privado.



Pelo que respeita às pessoas colectivas territoriais de direito público (Estado<sup>(421)</sup>, Autarquias Locais, Regiões Autónomas, comissões de coordenação regionais, Distritos, *de iure constituendo* as Regiões Administrativas) e às Associações beneficentes ou humanitárias que, não sendo abrangidas pelo regime das instituições particulares de solidariedade social<sup>(422)</sup>, pertencem às chamadas *personas colectivas de utilidade pública administrativa*, reguladas pelos arts. 416º e segs. do código Administrativo (que têm, hoje, apenas, uma relevância residual), rege o art. 17º do código comercial, que confirma a impossibilidade legal de estes entes exercerem o comércio. Porém, todos e quaisquer actos de comércio praticados por estas pessoas colectivas não são nulos, estando outrossim sujeitos às disposições da lei comercial, em razão da protecção da segurança e boa-fé dos que com eles contratam.

## II – A capacidade comercial dos menores, interditos e inabilitados.

Já se sabe que o nº 1 do art. 13º do código comercial só considera comerciantes aqueles que tenham *capacidade* para actos de comércio. Mas tratar-se-à da *capacidade de gozo* de direitos ou a referência da lei é atinente à *capacidade de exercício* de direitos? Com efeito, para quem perfilhe o primeiro entendimento<sup>(423)</sup>, os incapazes de exercício (menores, interditos

<sup>(421)</sup> Aqui se integrando todos os organismos [de tipo associativo (v.g., ordem dos Advogados, Câmara de Solicitadores, Câmara dos Revisores oficiais de contas) ou na forma de institutos] que, dotados de personalidade jurídica segundo as regras do direito público, fazem parte – directa ou indirectamente – da organização estadual.

<sup>(422)</sup> Esta últimas reguladas pelo Decreto-lei nº 119/83, de 25 de Fevereiro.

<sup>(423)</sup> Cfr., entre nós, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 123 e segs.; MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Lições...*, cit. (E. Ralha), pág. 100; GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*,

e, nalgumas zonas de contratação, os inabilitados) não estarão inibidos de comerciar, embora só o possam fazer por intermédios dos seus representantes legais (pais, tutores ou curadores). Para quem entenda que o requisito do nº1 do art. 13º do código comercial se refere à capacidade de exercício<sup>(424)</sup>, sempre se coloca o problema de saber se os menores, interditos e inabilitados poderão, em alguns casos, ser comerciantes.

Historicamente, o estatuto do menor em direito comercial tem sido objecto de regras que primam pela originalidade. De facto, no Antigo Regime, o menor desfrutava de plena capacidade de exercício para assumir direitos e obrigações jurídico-mercantis. O art. VI do título I da ordenança de 1673, de Luís XIV, dispunha que: *toutes négocians et marchands en gros ou en détail, comme aussi les banquiers, seron réfutés maieurs pour le fait di le commerce et banque, sans qu' ils puissent être restitués sous prétexte de minorité*. Sem dúvida que, à época, em França, para esse efeito, a maioridade ocorria aos 20 anos (art. III do título 1º). Porém, nos locais onde inexistissem associações de mesteres podia-se comerciar em qualquer idade. De resto, o menor não comerciante, que tivesse subscrito uma letra de câmbio, ficava obrigado como qualquer outro sujeito.

É claro que os textos do *code civil*, de 1804, não puderam manter estas regras consideradas, aliás, desvantajosas para o menor. A maioridade só se atingia aos 21 anos. Assim, o menor de 21 anos carecia de capacidade de exercício para a prática tanto de actos de comércio, como de actos civis, não podendo, destarte, adquirir a qualidade de comerciante. Os redactores do *code* sentiram, todavia, necessidade de prover um especial regime

7ª ed., vol. I, Madrid, 1976, pág. 269-270; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 26ª ed., 1985, pág. 36; RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 544 e segs.; BROSETA PONT, *Manual...*, 9ª ed., cit., pág. 84-85; CAMARA, M., in «Estudios de Derecho Mercantil», 1977, I, pág. 56 e segs.

<sup>(424)</sup> Entre outros, LOBO XAVIER, *Direito comercial*, cit., págs. 76 e segs.; PUPO CORREIA, *Direito comercial*, cit., págs. 422; VINCENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, cit., págs. 80 e segs.; idem, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., págs. 37; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., nº 241 e segs.; GUYON, Y., *Droit des Affaires*, 6ª ed., Paris, 1992, págs. 35 e segs.; HOUIN/PÉDAMON, *Droit Commercial*, 9ª ed., Paris, 1990, nº 123 e segs.

para o menor *emancipado*. A esse prepósito conferiram-lhe, no âmbito do direito comercial, plena capacidade de exercício (art. 387º do *code civil*). Além disso, o código comercial francês, de 1807, estabeleceu que o menor emancipado fosse habilitado a exercer o comércio, contanto que tivesse pelo menos 18 anos e, para esse efeito, fosse autorizado pelos pais ou pelo conselho de família, prevendo-se concomitantemente a publicidade dessa autorização através da inscrição nos tribunais de comércio (art. 2º do código comercial francês).

Doutra banda, nos termos do art. 4º do código comercial Espanhol têm *capacidade legal* para o exercício habitual do comércio as pessoas que tenham 18 anos (na redacção do Decreto-lei nº 33/1978, de 16-12, que estabeleceu a maioridade aos 18 anos), não estejam sujeitas ao poder paternal ou marital e tenham a livre disponibilidade dos seus bens. Este art. 4º tinha sido, no entanto, já alterado pela Lei de 2-5-1975 (in *Boletim oficial*, de 5-5-1979) que dispôs que *têm capacidade legal para o exercício habitual do comércio os maiores de idade, desde que tenham a livre disponibilidade dos seus bens*.

Com efeito, historicamente, todos os códigos Latinos, desde o código comercial francês de 1807 (art. 2º) equipararam a capacidade legal para exercer o comércio e ser comerciante à capacidade de exercício de direitos. Tal se deveu, provavelmente, à circunstância de os legisladores terem considerado que o exercício da profissão mercantil comportava riscos agravados para quem a ela se dedicasse sem a suficiente experiência e sagacidade, para além da protecção da boa-fé e da confiança do público co-contratante. Assim, não podendo o menor exercitar, por si mesmo, direitos e obrigações chegou a plasmar-se a impossibilidade legal de representação no que toca ao exercício da profissão mercantil.

Tal é a hipótese do ordenamento francês, que estabelece, no caso de o menor suceder, por herança ou legado, num estabelecimento comercial, a obrigação de este dever ser dado

em locação ou a constituição de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada (cfr., RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., nºs. 243, 995), salvo se a mãe ou pai o possam explorar como *usufrutuários (droit de jouissance légale)*.

Aliás, os arts. 487º e 2º dos códigos civil e comercial francês, respectivamente, dizem claramente que até o menor emancipado não pode ser comerciante.

Para aquela doutrina, que se basta com a capacidade de gozo de direitos, já se defendeu que o legislador teria confundido a *capacidade para ser comerciante* com a *capacidade para actuar como comerciante*. Ou seja, as codificações juscomerciais se propunham definir esta última capacidade, porém teriam empregue a fórmula atinente àquela. O que vale por dizer que estes normativos teriam tido tão-só o intuito de definir quem pode actuar, por si mesmo, como comerciante, que não *quem é comerciante*. Assim, para *actuar por si mesmo* como comerciante, isto é, exercer o comércio em nome próprio, exigir-se-ia a plena capacidade de exercício de direitos. Já, porém, para ser *comerciante* bastaria possuir a genérica capacidade de gozo de direitos, sem que fosse necessário um exercício do comércio em nome próprio. Assim, por exemplo, os arts. 13º/1, do código comercial português ou o art. 1º do código comercial espanhol em vez de dizerem *são comerciantes* deveriam afirmar: *podem actuar como comerciantes*<sup>(425)</sup>.

Já, por outro lado, aquela doutrina que exige, em todo o caso, a plena capacidade de exercício para o efeito da aquisição da qualidade de comerciante, vem defender que as excepções previstas na lei<sup>(426)</sup>, que facultam a continuação

<sup>(425)</sup> Neste sentido, GARRIGUES, *ob. cit.*, ult. loc. cit.

<sup>(426)</sup> V.g., art. 5º do código comercial espanhol; 12º do código comercial italiano de 1882; 8º do código comercial belga e subsequente lei de 15-12-1872; art. 224º, nº7 do código civil português de 1867 (cfr., hoje, arts. 1889º/1, c e 1938º/1, f, do código civil português de 1966).

pelo menor do comércio ou indústria, por virtude de sucessão *mortis causa* (e nalguns casos *inter vivos*), devidamente representado pelos pais ou pelo tutor, não modificaram expressamente os normativos que alegadamente exigem a capacidade de exercício para a prática do comércio e concomitante aquisição da qualidade de comerciante, pois que essas excepções se referem à continuação da actividade mercantil na pessoa do representante legal ou do tutor. E esses sujeitos é que, de facto, adquiriram a qualidade de comerciante<sup>(427)</sup>.

No domínio do art. 12 do código comercial italiano de 1882 prevaleceu a opinião de que o comerciante, nestas hipóteses, era o menor (porém surgia, desde logo, um não despidendo escolho: ter de declarar o menor, se fosse caso disso, em estado de falência, o que, contraditoriamente, foi negado pela maioria da doutrina e da jurisprudência).

O problema subsiste, aliás, no actual código civil italiano de 1942 (arts. 320, nº 5 e 371º, nº 2), ao menos, no que toca à questão da continuação de um estabelecimento comercial ou industrial no interesse de um menor não emancipado ou de um interdito. Idêntico problema ocorre, no nosso ordenamento, não só na hipótese de *continuação* da actividade mercantil, no interesse de um menor, não emancipado ou interdito, mas também no caso de *início* da actividade mercantil, em nome e no interesse destes sujeitos (cfr., art. 1889º/1, e, do código civil).

Deparamo-nos, de facto, com o problema de, nos direitos latinos, ao invés do direito germânico, a falência revestir um jaez essencialmente repressivo, que pode prejudicar gravemente a pessoa do menor ou do interdito. Assim, conquanto não possa ser agente da prática dos crimes previstos nos arts. 325º, 326º e 327º do código Penal, os efeitos civis da declaração da falência (arts. 147º e 148º do código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo DL nº 132/93, de 23-4) só se podem repercutir na pessoa do menor representado, que não na pessoa dos representantes legais. Daí que já se tivesse entendido

<sup>(427)</sup> VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, cit., pág. 80-81.

que se deveria declarar falido o representante legal, mas já não o menor ou o interdito, os quais seriam meros destinatários dos efeitos jurídicos da actividade mercantil (assim, COLUSI, *Capacità e impresa...*, cit., pág. 356 e segs.; GALGANO, *Diritto commerciale*, I, cit., pág. 87; sentença do tribunal de Milão, de 13-6-1957, in II Foro Padano, 1958, I, pág. 383; acordão do tribunal de Apello de Milão, de 24-5-1968, in II Foro Italiano, 1968, I, pág. 2346).

Segundo nos parece, o nº 1 do art. 13º do código comercial português faz depender a capacidade comercial da aquisição da capacidade de exercício de direitos, salvo as excepções constantes dos arts. 1889º/1, c e 1938º/1, a, f, ambos do código civil<sup>(428)</sup>.

Em primeiro lugar, todas as pessoas singulares, na medida em que têm personalidade jurídica, possuem plena capacidade de gozo para serem titulares de direitos e obrigações jurídico-mercantis, pois que o art. 67º do código civil não pretende seguramente abarcar qualquer restrição atinente à titularidade de direitos e obrigações privados de jaez mercantil. Porém, o incapaz de exercício não desfruta, em regra, dos meios técnico-jurídicos que dinamizem essa capacidade de gozo, isto é, meios de agir para se adquirirem direitos e se assumirem obrigações jurídico-mercantis.

Em segundo lugar, nem se compreenderia o requisito da profissionalidade do exercício do comércio, acaso os que estão privados de capacidade de exercício de direitos pudessem ser comerciantes, porquanto tal pressupõe, senão a organização concatenada de um acervo de factores

<sup>(428)</sup> Assim, também, em face de textos idênticos, ILLESCAS ORTIZ, *El empresario mercantil individual: reglas generales*, in «Derecho Mercantil», dirigido por GIMÉNEZ SANCHÉZ, Barcelona, 1991, pág. 116-117; LANGLE/URIA, SANCHÉZ, *Derecho de Sociedades*, pág. 186; PORZIO, *Impresa commerciale del minore*, in Rivista di Diritto Civile, 1962, pág. 372 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 109 e segs.; LOBO XAVIER, *Direito comercial*, ob. cit., pág. 78 e segs.; LOBO XAVIER, *Direito comercial*, ob. cit., I, pág. 352.

produtivos, pelo menos uma prática habitual de actos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações jurídico-mercantis. Ora, tal não se coaduna com uma situação de incapacidade de exercício de direitos por parte do exercente.

Depois, o exercício pessoal, livremente e em nome próprio, da actividade mercantil cria um risco acrescido na pessoa do exercente, não só em atenção ao destino do seu património, como da tutela da confiança de terceiros e bem assim da segurança do tráfico mercantil, o que só pode implicar o não levantamento de obstáculos à efectiva prática de actos de comércio por parte dos menores, dos interditos e, em certas hipóteses, dos inabilitados.

Enfim, nem parece de aceitar a tese que propugna a admissibilidade do exercício directo, pessoal, em nome próprio do comércio, por parte do menor, se e quando é autorizado a exercer essa *profissão* [que, aliás, se traduz em múltiplas *profissões*: v.g., intermediário financeiro, prestador de serviços, titular de uma *empresa* de serviços, agente de comércio, mandatário mercantil, comissário mercantil, contanto que disponha do *quid* mínimo de organização de factores produtivos, etc.], ao abrigo do art. 127º, nº 1, alínea c) do código civil<sup>(429)</sup>. É facto que, nesta hipótese, a lei pressupõe que o menor já possui o discernimento e o poder de avaliação suficiente para agir em conformidade com os seus interesses e para assumir as respectivas responsabilidades. E, por isso, permite, de modo limitado a participação dos menores no tráfico jurídico. Contudo, é duvidoso que o legislador tenha pensado em fazer incluir nessa alínea o exercício de uma qualquer das múltiplas profissões comerciais que qualificam o seu exercente como

<sup>(429)</sup> Contra, FERNANDO OLAVO, *Direito comercial*, cit., I, pág. 422 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito comercial*, cit., I, pág. 351.

comerciante, pois que esse preceito, maxime à luz do seu nº 2, não parece estar concebido e formulado de modo a afastar prejuízos ou desvantagens patrimoniais dos menores e das pessoas que com eles contratassem. Vem daqui que se *pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição*, isto é, não só aqueles que o menor *haja adquiridos pelo seu trabalho* (art. 127º/1, a, do mesmo código), mas também os bens que o menor haja de adquirir no exercício do seu comércio, se para tal fôr autorizado<sup>(430)</sup>, nem por isso a lei terá querido impôr, em relação a terceiros, o acrescido risco de fazer responder limitadamente o menor pela prática sistemática de negócios e actos jurídicos complexos como se reveem aqueles que correspondem ao exercício profissional do comércio do comerciante ou que são auxiliares ou instrumentais desse exercício.

Cremos, porém, que o menor poderá ser autorizado a exercer, pessoalmente e em nome próprio, o comércio se e na medida em que constitua um *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, nos termos do Decreto-lei nº 248/86, de 25-8, que enquanto património separado, responderá apenas pelas débitos contraídos na actividade a que está adstrito e não por outros débitos do seu titular e só os bens integrantes do *E.I.R.L.*, que não outros, respondem pelas dívidas a ele atinentes. É esta, pensamos, a solução que melhor se coaduna com a limitação da responsabilidade prevista pelo nº 2 do art. 127º, materializando mais eficazmente o património separado que já resulta implícito daquele preceito, porquanto os interesses dos credores não ficam a perder à luz do regime que o legislador procurou assegurar, tendo em vista combater o abuso da situação criada pela separação

<sup>(430)</sup> O Prof. V. da G. LOBO XAVIER (*Direito comercial*, cit., pág. 77, nota 1) circunscreve os bens referidos dos nº 2 do art. 127º aos que se refere a alínea a) do nº 1 do mesmo preceito. Todavia, pensamos que os bens abrangidos são, visto a lei não estabelecer ressalvas, todos os bens por ele adquiridos ao abrigo de todas as situações contempladas no art. 127º, na medida em, por maioria de razão, ele terá a livre disposição desses bens.

patrimonial [arts. 7º, 11º/2, 13º, 14º, 22º, 12º, 34º, 35º<sup>(431)</sup>, todos do citado diploma].

Como dissémos anteriormente, a capacidade para ser comerciantes não coincide sempre com a capacidade de exercício de direitos, isto é, com a capacidade para actuar, pessoal, livremente e em nome próprio como comerciante, pois que aos progenitores como representantes legais do filho é lícito, após autorização do tribunal competente:

- a) *continuar* a exploração do estabelecimento comercial ou industrial que o filho haja recebido por sucessão ou doação (art. 1889º/1, c, do código civil); ou
- b) *iniciar* a exploração de estabelecimento comercial ou industrial que para o efeito tenha sido adquirido em nome do filho.

Este regime, previsto para os menores e interditos, é aplicável aos inabilitados, por força do art. 156º do código civil.

Aplicam-se, deste modo, quanto ao inabilitado, por força do art. 156º, os arts. 138º/2, 140º, 141º, 142º, 143º, 146º a 151º e o art. 139º na parte remissiva em que fala das *disposições que regulam a incapacidade por menoridade*, através do qual se opera uma dupla remissão para os preceitos dos arts. 123º a 128º, designadamente para o art. 127º. Assim, o comerciante que venha a ser inabilitado continua a exercer o comércio, praticando por si próprio os respectivos actos e obrigações. Só que a sua validade depende de autorização do curador que supre a incapacidade, geral ou específica do inabilitado. O curador age ao lado do inabilitado ou, ao invés, impede-o de agir, posto que aquele não celebra qualquer acto em vez – representando – do inabilitado. Isto só não é assim se a administração do património do inabilitado

<sup>(431)</sup> A responsabilidade penal do titular do E.I.R.L. só pode operar, obviamente, em relação a maiores de 16 anos.

que esteja adstrito ao giro comercial é entregue, nos termos do art. 154º do código civil, ao curador. Nesta hipótese, a incapacidade comercial do inabilitado é suprida pela representação – e não pela assistência – aqui onde o curador já age em nome ou em vez do inabilitado.

Já, porém, se deve ler *cum grano salis* a submissão, por parte do tribunal, dos actos de disposição de bens entre vivos (sem os especificar), que o inabilitado pretenda realizar, à autorização do curador (159º/1, 1ª parte), pois que o exercício do comércio (de que o inabilitado não está incapacitado) não se concilia rigorosamente com a dicotomia actos de administração ordinária/actos de administração extraordinária. E o mesmo vale para o regime da inabilitação instaurado nos termos do art. 153º, onde o inabilitado tem capacidade para quaisquer actos de administração quanto aos seus bens. Vale isto por dizer que, sob pena de se atentar contra a celeridade, segurança, rapidez de decisão e tutela da boa-fé de terceiros, o inabilitado deve sempre ter poderes para todos os actos atinentes ao exercício do seu comércio (ou da sua empresa comercial ou industrial): v.g., comprar e vender mercadorias, contrair empréstimos bancários, celebrar contratos de trabalho, contratar agentes de comércio, etc. Já, todavia, devem, nestas hipóteses, ser submetidos à autorização do curador a prática daqueles actos que, de acordo com um princípio da adequação meio-fim, não são atinentes à gestão do estabelecimento comercial ou industrial (v.g., venda do imóvel onde funciona o (ou um dos) estabelecimento(s) comercial(ais) ou industriais). Cfr., **PORZIO**, in *Rivista di Diritto civile*, cit., pág. 388; **CAMPOBASSO**, *Diritto commerciale*, cit., pág. 111; Acordão da *corte di cassazione*, de 27/5/1977, in *Giustizia civile*,

<sup>(432)</sup> Idêntico regime vigora para o tutor, enquanto representante do pupilo, nos termos do art. 1938º, nº 1, alínea a) e f). Note-se que **BRITO CORREIA** (*ob. cit.*, pág. 352), talvez por equívoco, parece excluir que o tutor, desde que autorizado pelo tribunal, possa iniciar novo comércio em nome e por contra do menor.

Demais, já na vigência do código civil de 1867 se admitia que o representante legal continuasse um comércio em que o incapaz tivesse sucedido, por força do disposto no nº 7 do art. 224º, regime este que era aplicável aos interditos por demência e surdez-mudez, conforme o preceituado nos arts. 32º e 33º do mesmo diploma. Por isso que o código comercial de 1888, contrariamente às congêneres codificações latinas (art. 12º do código comercial italiano de 1882 e art. 5º do código comercial espanhol de 1885) e sul-americanas não teve que reproduzir – e bem – a referida disciplina.

1977, I, pág. 1078; contra RAGUSA MAGGIORE, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1980, I, pág. 98 e segs.; COLUSSI, *Capacità e impresa*, cit., pág. 94 e segs.

Ora, se se pode explorar, em nome e no interesse de um incapaz, um estabelecimento comercial ou industrial (contanto, que, obviamente, se reveja nas características das empresas exemplificadamente mencionadas nos n.º 1 a 7 do art. 230º do código comercial), não é o representante que adquire a qualidade comerciante, uma vez que age em nome alheio (no do incapaz). E, por outro lado, não é razoável admitir um estabelecimento comercial ou industrial a que não corresponde um comerciante, pois doutro modo defraudar-se-iam as razões de que depende a imputação desse *status*, desse modo-de-ser, juridicamente relevante, ao qual é imputável o acervo, já estudado, de específicos direitos e obrigações, em homenagem aos interesses do mercado económico e da iniciativa privada, mormente dos sujeitos que nela operam: outros comerciantes e os consumidores. Se ao acervo imaterial, composto por um lastro material de bens, traduzido na universidade jurídica em que se analisa o estabelecimento comercial ou industrial, há-de corresponder um sujeito [que é o titular da propriedade do estabelecimento], esse sujeito só pode ser um comerciante e nunca um não-comerciante. E nem se diga que se está perante um *direito sem sujeito*, posto que não há direitos subjectivos sem sujeito. O que há é, quanto muito, certas situações – *estados de vinculação*<sup>(433)</sup> de certos bens – em que subsiste uma espécie de ligação latente, ainda activa, a um sujeito que há-de surgir (v.g., no caso da herança jacente: arts. 2046º e segs.; os direitos dos nascituros: arts. 66º/2,

<sup>(433)</sup> Cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 4ª reimpressão, Coimbra, 1974, pág. 34-41; vol. II, pág. 13 a 23; MOTA PINTO, *Teoria...*, cit., pág. 194 e segs. e 359 e segs.

952º, 1885º, 1878º, 2240º, todos do código civil). Ora, tal não sucede nas situações que se analisam. Não há, pois, estabelecimento comercial sem comerciante<sup>(434)</sup>.

Daí que as excepções à regra do art. 13º/1, do código comercial, que faz depender a aquisição da qualidade de comerciante da existência de capacidade exercício, fazem com que o incapaz adquira essa qualidade se e quando o comércio fôr exercido em seu nome, contanto que ocorram as duas situações que subjacem ao despoletar destes efeitos. A *profissão* de comerciante refere-se, assim, à norma qualificadora autónoma do art. 230º, isto é, ao exercício (desde o início da organização relevante no mercado) de uma das empresas, cujo requisitos de comercialidade – já analisados *supra* – se palmam nos n.ºs 1 a 7 do art. 230º do código comercial, por *intermédio de outrem*.

Só não será comerciante o menor ou o interdito:

- a) que exerce, *por si*, uma das empresas cujas características se revêm nos vários n.ºs do art. 230º do código comercial<sup>(435)</sup>, mesmo nos casos em que porventura o representante legal tenha autorizado, de antemão, o menor a celebrar o negócio;
- b) em nome de quem o exercício de uma dessas empresas é exercido por quem não é seu representante legal (v.g., um tutor já removido da tutela);
- c) se e quando o representante legal *inicia* ou *continua* uma dessas empresas sem estar munido de autorização judicial.

<sup>(434)</sup> Contra, CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, cit., I, pág. 80.

<sup>(435)</sup> A não ser que se admita a hipótese, já avançada, de um caso, o incapaz exercer por si o comércio, ao abrigo do art. 127º, n.º 1, alínea c) do código civil.

Aliás, nestas hipóteses, os actos praticados pelo menor, pelo interdito ou pelo representante não autorizado, são *anuláveis* (art. 125º e 148º do código civil). Porém, mesmo que não sejam, de facto, *anulados* – isto é, se o direito potestativo de anulação caducar ou os representantes legais confirmarem os actos – é de entender que o exercício sistemático do comércio traduzido na prática de actos anuláveis não pode constituir base para a atribuição da qualidade de comerciante<sup>(436)</sup>.

Não pode, por conseguinte, dizer-se que o menor ou o interdito podem, em qualquer caso, ser comerciantes, conquanto não actuem por si. Tal significaria eleger as excepções em regra, identificando no art. 13º, nº 1 do código comercial a exigência tão-só de capacidade de gozo.

É que, ao invés, o entendimento de que o art. 13º, nº 1 se refere à capacidade de exercício, abrindo-se tão-só as analisadas excepções, tem o significado útil de impedir que o incapaz adquira a qualidade de comerciante pela prática, embora por intermédio de outrem, de actos de comércio objectivos, absolutos, contanto que não disponha do *quid* mínimo de organização relevante de factores produtivos no mercado. De facto, as apontadas excepções à exigência de capacidade de exercício dependem da circunstância de o menor poder *iniciar* ou *continuar* a exploração de estabelecimento comercial ou industrial, por intermédio dos seus representantes legais. Assim, o incapaz só poderá ser excepcionalmente comerciante à luz do art. 230º do código comercial desde o que o exercício de uma dessas empresas seja levado a cabo em seu nome, nos termos em que o código civil o permite, posto que a comercialidade do empresário aí mencionada não pode deixar de pressupor o elemento

<sup>(436)</sup> Também, neste sentido, LOBO XAVIER, *Direito comercial*, cit., pág. 81, nota 2.

*organização*, aí onde normalmente se detectará a existência de um *estabelecimento*.

Vale tudo por dizer que é possível exercitar as empresas que concatenem as características delimitadoras positivas e negativas constantes do art. 230º do código comercial por conta e no interesse de um incapaz (menor ou interdito) ou por parte de sujeitos cuja capacidade de exercício se surpreende mais ou menos limitada (os inabilitados)<sup>(437)</sup>, nos termos em que o código civil o admite.

A este propósito importa ainda referir que a administração da património do incapaz vai disciplinada de maneira a garantir a sua conservação e integridade, impedindo que aquele se exponha a actos aleatórios, que agravem o específico risco dos patrimónios deste jaez. Diz-se, normalmente, que os representantes legais do incapaz só podem praticar os actos que se adscrevem à esfera da administração ordinária, propiciando a normal frutificação do acervo patrimonial. Do mesmo passo, a prática de actos de administração extraordinária fica, por via de regra dependente de autorização do tribunal (arts. 1889º e 1938º, do código civil), podendo, todavia, por este ser *confirmados* (arts. 1894º e 1941º, do mesmo diploma).

Ora bem, como já se aflorou, o exercício do comércio, as *profissões comerciais*, pressupõem, como é bem de ver, uma postura que se não compadece com a prática de actos meramente *conservatórios*, atento o agravado risco que coenvolvem. Na verdade, o seu exercício exige dinamismo

<sup>(437)</sup> Naturalmente, o menor de 18 anos, mas maior de 16, *emancipado* pelo casamento, dispõe de plena capacidade de exercício de direitos (arts. 132º e 133º do código civil), salvo se tiver celebrado casamento sem autorização dos pais ou do tutor ou sem ter obtido o respectivo suprimento judicial. Neste caso, continuará a carecer de capacidade de exercício, até ao momento em que perfaça 18 anos, quanto à administração dos bens que leve para o casal ou que posteriormente lhe advenham a título gratuito (art. 1649º/1, do código civil).

pessoal e espírito empreendedor que acarretam celeridade nas decisões que se têm que tomar. O que, bem se vê, se não concilia, seja com a tradicional dicotomia entre *actos de administração ordinária* e *actos de administração extraordinária*, seja com um sistema que exija pontuais autorizações judiciais, *acto por acto*. Por isso que a autorização judicial, tendente à aquisição do estabelecimento comercial ou industrial ou à continuação da sua exploração de que o incapaz haja recebido *inter vivos* ou *mortis causa*, feita pelos representantes legais em nome e no interesse do menor, ou do interdito, há-de ter *carácter genérico*. Só assim se percebe por que os representantes legais não carecem de pedir autorização ao tribunal sempre que pretendam alienar ou onerar bens que integrem a *lastro material* do estabelecimento<sup>(438)</sup>, contrariamente ao que uma leitura mais apressada da alínea a) do nº 1 do art. 1889º do código civil poderia fazer supôr. Caso contrário, a actividade comercial, devidamente autorizada, exercida em nome e no interesse do menor ficaria seriamente comprometida ou revelar-se-ia a breve trecho inviável.

Assim, obtida a autorização judicial, os representantes legais do incapaz ficam legitimados a praticar todos os actos e obrigações atinentes ao normal exercício do comércio que o incapaz exercita por intermédio daqueles outros. E quer sejam actos de administração ordinária ou extraordinária, envolvendo ou não disposição ou oneração de bens. Autorização judicial será, outrossim, mister obter no que toca àqueles actos que não estajam, directa ou indirectamente, conectados com o giro comercial do *estabelecimento*<sup>(439)</sup>.

<sup>(438)</sup> E bem assim contrair obrigações cambiárias ou resultantes de qualquer título de crédito transmissível por endosso (art. 1889º, nº 1, alínea e), do código civil) ou intentar acções em nome do incapaz (1938º/1, e, do mesmo código).

<sup>(439)</sup> Cfr., supra pág. 357.

O exercício judicialmente autorizado do estabelecimento comercial ou industrial em nome do incapaz determina – só pode determinar – a aquisição da qualidade de comerciante por parte destoutro. E note-se que esta autorização tem *eficácia constitutiva*, pois que, se faltar, os direitos e obrigações específicos da actividade mercantil não podem ser imputáveis ao incapaz<sup>(440)</sup>.

Sendo assim, o incapaz, exercendo o comércio por intermédio de outrem, expõe-se, naturalmente, a todas as vicissitudes que derivam da titularidade de um estabelecimento comercial ou industrial, incluindo a sujeição à falência ou à insolvência. Aliás, nestes casos, é sobre o incapaz que devem recair os efeitos patrimoniais da declaração de falência.

Porém, não podemos olvidar que da falência do menor ou do interdito sobrelevam delicadas questões atinentes às *inibições* do falido para administrar e dispor dos seus bens<sup>(441)</sup> presentes e futuros, à proibição de o falido *exercer o comércio*, bem como desempenhar qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa<sup>(442)</sup>, para além da comissão dos *tipos legais de crimes* previstos nos arts. 325º, 326º e 327º do Código Penal<sup>(443)</sup>. É, desde logo, inviável ver o incapaz como agente da prática de um destes tipos de crimes, cuja comissão pode, outrossim, ser imputável à pessoa dos representantes legais. Solução que merece,

<sup>(440)</sup> AULETTA, *Capacità all' esercizio dell' impresa commerciale*, in Enciclopedia del Diritto, VI, pág. 80 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 113.

<sup>(441)</sup> Art. 147º/1, do código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência.

<sup>(442)</sup> Art. 148º/1, *idem*.

<sup>(443)</sup> Cfr., MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português (Anotado e comentado)*, 7ª ed., Coimbra, 1993, anotações aos citados artigos. Estes normativos sofreram, no entanto, uma nova redacção dada pelo art. 3º do DL nº 132/93, 23-4.



aliás, acolhimento no nº 3 do art. 325º do Código Penal. Por outro lado, no que toca ao *dever de apresentação* do falido no tribunal, a fim de prestar os esclarecimentos necessários, este só pode recair sobre os representantes legais, aplicando-se, para o efeito, por analogia, o regime do dever de apresentação dos administradores das pessoas colectivas<sup>(444)</sup>. Já pelo que concerne às referidas inibições do falido não pode o incapaz a elas se subtrair, pois que é ele o comerciante e titular da *empresa* falida. Porém, no caso do incapaz falido, o tribunal não deve ser muito exigente quanto à verificação das circunstâncias de que depende a autorização judicial para o falido, acaso atinja, v.g., a maioria, poder desempenhar as actividades previstas no nº 1 do art. 148º do referido código das Falências.

Note-se, ainda que na matrícula do comerciante em nome individual deve inscrever-se o nome do incapaz e a firma que usa, parecendo que se deva indicar a(s) pessoa(s) que em nome deste exerce(m) o comércio<sup>(445)</sup>. Assim, em caso de falência é o nome do incapaz que é inscrito no registo comercial (cfr., art. 9º, alínea f) do código de Registo comercial), averbando-se, depois, se fôr o caso disso o levantamento da *inibição* e a reabilitação do incapaz falido (art. 69º, h, do mesmo diploma). Não deve ser, destarte, inscrito o nome dos representantes legais que, não sendo os titulares da empresa, não são obviamente falidos. E nem se diga, como vimos, que a *inibição* e demais efeitos pessoais da falência respeitam aos representantes legais mas já não ao incapaz que seria um mero *destinatário dos efeitos jurídicos* da actividade desenvolvida em seu nome e interesse.

<sup>(444)</sup> Art. 149º, do referido código de Falência.

<sup>(445)</sup> Art. 12º, do Regulamento do Registo comercial, aprovado pela Portaria nº 883/89, de 13-10.

Só que, o que é facto é que o único destinatário dos efeitos da falência só pode ser o titular da empresa (que pode ou não reunir um ou mais estabelecimentos comerciais ou industriais)<sup>(446)</sup>.

Resulta daqui um curioso fenómeno de dissociação entre a titularidade do *estabelecimento* e o exercício do mesmo: aquele é exercitado pelos representantes legais; mas, como estes agem em nome e no interesse do incapaz, cada acto atinente ao giro comercial é juridicamente imputável a este último. Os representantes exercitam, de facto as prerrogativas do titular de uma empresa (*rectius*, do ponto de vista da empresa como *objecto*, do estabelecimento comercial ou industrial), mas é o incapaz que assume a qualidade de comerciante e os efeitos jurídicos que daí decorrem (inclusivamente, como se viu, a sujeição à falência e à insolvência). Ademais, os pais podem utilizar os frutos civis – isto é, os rendimentos – do estabelecimento para satisfazerem outras necessidades da vida familiar (ou seja, os *encargos normais da vida familiar*), que não tão-só as despesas com o sustento, segurança, manutenção, saúde e educação do menor, contanto que dentro dos limites que razoavelmente, atenta a situação económica e social da família, sejam de exigir<sup>(447)</sup> – conforme deflui do art. 1896º/1, do código civil. Já quanto à remuneração do tutor o código civil é mais *densificante* (cfr., art. 1942º). Dirigindo os pais a *empresa* do menor, podem, por isso, beneficiar, dentro dos limites referidos, dos *lucros* daquela e, todavia, é o filho que assume a qualidade de comerciante e sofre, se for caso disso, as eventuais perdas desse exercício. Ocorre, pois, a singular circunstância pela qual um sujeito, com risco alheio, mas vantagem patrimonial própria, desenvolve uma actividade comercial ou industrial; ou, doutro modo, um fenómeno através do qual um sujeito desenvolve, assume os riscos negativos de uma empresa (comercial ou industrial), mas não os riscos positivos.

<sup>(446)</sup> Cfr., PORZIO, in Revista di Diritto Civile, cit., pág. 383; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, pág. 279; BIANCHI D'ESPINOZA, in Il Diritto Fallimentare e delle società commerciale, 1967, I, pág. 127.

<sup>(447)</sup> Não parece, pois, que os pais, explorando o *estabelecimento* do menor, possam viver à custa dele, no sentido de ser esse um modo de os pais – ou um deles – *ganhar a vida*.

O problema que se deixam aqui analisado só abarca o exercício de uma empresa comercial ou industrial do incapaz. Assim, no que toca ao exercício de uma empresa agrícola, florestal, pecuária, silvícola, artesanal, que o incapaz tenha adquirido por sucessão ou doação, não são aplicáveis as normas permissivas e autorizativas dos arts. 1889º/1, c e 1938º/1, f, do código civil. O incapaz não será, por isso, comerciante, sendo que a administração desses acervos patrimoniais em nada difere do que, em geral, se prescreve sobre a administração de bens do filho (arts. 1888º, 1889º, 1892º, código civil) ou do pupilo (arts. 1935º, idem). Daí que, os representantes legais, no exercício destas empresas, já carecerão de autorização judicial, *acto a acto*, para a prática de actos que, pela lei são considerados de administração [arts. 1889º e 1938º]<sup>(448)</sup>.

F) A atribuição da qualidade de comerciante e certas pessoas colectivas.

I – As empresas públicas.

Conforme o preceituado no art. 1º do Decreto-lei nº 260/76, de 8 de Abril:

*São empresas públicas as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidas por outras entidades públicas, para a exploração de actividades de natureza económica nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista.*

<sup>(448)</sup> GALGANO, F., *Sommário di Diritto commerciale*, 2ª ed., cit., pág. 38.

Estes entes colectivos de direito público não se subordinam integralmente ao regime geral de direito público. Algumas delas, aliás, nem detêm poderes de autoridade<sup>(449)</sup>, posto não se confunde *regime de direito público com privilégios ou prerrogativas de autoridade*<sup>(450)</sup>. Se a sua actividade externa é disciplinada, em geral, pelo direito privado (v.g., o seu estatuto de pessoal) pode, certos casos, ser parcialmente regida por instrumentos de direito público (v.g., contratos de fornecimento de bens e serviços por empresas públicas). Podem as empresas públicas exercer qualquer actividade comercial em sentido jurídico (a abranger o comércio, em sentido económico, e industrias produtivas e de serviços) ou qualquer actividade não jurídico-mercantil (v.g., actividade agrícola, pecuária, silvícola, florestal), organizando-se e funcionando por forma a alcançarem o equilíbrio entre os *custos* e as *receitas* de produção, assegurando, destarte, pelo menos, a reprodução simples do processo produtivo (art. 21º, do DL 260/76, onde se fala na *viabilidade económica das empresas públicas*). É-lhes lícito, porém, actuar com *escopo lucrativo* (art. 21º, alíneas a) e, e), primeira parte); assim como podem ficar vinculadas juridicamente a comportamentos que as impossibilitem até de cobrir os custos com as receitas, determinando a existência, *ab. initio*, de *empresas deficitárias* (segunda parte das alíneas a) e e) do art. 21º)<sup>(451)</sup>. Não é uniforme, o jaez da actividade desenvolvida, a

<sup>(449)</sup> Admite-se a existência de pessoas colectivas públicas sem quaisquer poderes de autoridade (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., pág. 73-74, nota 2). v.g., *Tabaqueira, Cimpor, Transtejo* a antiga *Rodoviária Nacional*, etc.

<sup>(450)</sup> Cfr., nº 2 do art. 3º do DL 260/76.

<sup>(451)</sup> É o que acontece quando a retribuição dos bens produzidos é estabelecida através de *preços políticos*: v.g., o passe social para os transportes colectivos urbanos, redes de transportes públicos servindo regiões de difícil acessibilidade com escassa densidade populacional.

organização e funcionamento e bem assim os modo de actuação das empresas públicas, pese embora, segundo se crê sejam todas elas pessoas colectivas de direito público. Será que, por isso, é autorizado dizer-se que *algumas* delas podem adquirir a qualidade de *comerciante*? Pensamos que sim.

Conquanto as empresas públicas não caibam na previsão do nº 2 do art. 13º do código comercial – posto que não são sociedades – podem integrar-se no nº 1 do mesmo preceito<sup>(452)</sup>. Obtempere-se, porém, que a própria legislação mercantil emprega aquela expressão para abarcar também as pessoas colectivas: v.g., arts. 68/1, 75º, 344º, 368º do código comercial e art. 7º/2, in fine do código das sociedades comerciais, *uc vi* do art. 488º/1, do mesmo diploma.

Em segundo lugar, o vocábulo *profissão*, pese embora se ligue, normalmente, às pessoas singulares não deixa de ser lícito fazê-lo atinar ao exercício estável de actividades por parte de pessoas colectivas. Além disso, o art. 14º do código comercial liga o vocábulo *profissão* a certas pessoas colectivas.

Em terceiro lugar o escopo lucrativo, não é, como já vimos, nota essencial ou indefectível da *profissão de comerciante*.

Ao que acresce a circunstância de as empresas públicas terem capacidade para praticar actos de comércio, como pode decorrer do nº 2 do art. 2º do DL 260/76.

<sup>(452)</sup> Contra FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 137; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 184-185; PINTO FURTADO, *Disposições gerais do código comercial*, cit., pág. 62-63, ao entenderem que o nº1 do art. 13º ao falar de *pessoas*, refreir-se-ia, tão só, às pessoas singulares ou físicas, aos comerciantes individuais. No sentido do texto, cfr., JOSÉ TAVARES, *Problemas práticos sobre a qualidade de comerciante*, in revista «*Estudos Jurídicos*», Vol. I, Coimbra, 1903, pág. 634 e segs; PEREIRA DE ALMEIDA, *Direito comercial I – Actos de comércio e comerciantes*, Lisboa, 1976/77, pág. 280; ACSTJ, de 20/06/1930, in *Gazeta da Relação Lisboa*, Ano 45, nº 14 (1931-1932), pág. 216; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Sociedades comerciais irregulares*, (Parecer) in *Gazeta da Relação Lisboa*, Ano 47, nº 21, (1933-1934), pág. 322.

Como quer seja, ainda que se entenda que nada há no art. 13º/1 do código comercial que impeça algumas empresas públicas de serem comerciantes, preferimos analisar a questão sob o enfoque do art. 230º posto que é como se viu, o preceito determinante para a atribuição da qualidade de comerciante.

Vale isto por dizer que as empresas públicas serão comerciantes quando as respectivas empresas exerçam um dos tipos de actividades, exemplificadamente referidas nos nº 1 a 7 do mesmo preceito e reúnam os requisitos de comercialidade que a esse propósito foram atrás expendidos.

Não é, pois, comerciante toda e qualquer empresa<sup>(453)</sup>, bastando, para tal, confrontar as empresas referidas nos §1 e 2 do art. 230º do código comercial; que o mesmo é dizer, como já se sabe, que nem todos os empresários são, no ordenamento português, comerciantes. Assim, as empresas públicas agrícolas<sup>(454)</sup>, não são comerciantes; e nem se diga que as empresas públicas previstas no nº2 do art. 3º do DL 260/76 quando explorem, v.g. *serviços públicos* não são comerciantes (Assim, PINTO FURTADO, *Disposições...*, cit., pág. 70), pois que não são concebíveis empresas públicas que se submetam totalmente a um regime jurídico de direito público.

Sendo assim, as obrigações previstas no art. 18º do código comercial valem, igualmente, para as empresas públicas<sup>(455)</sup>. Pese embora não estejam sujeitas à falência e à insolvência [art. 37º/2, do DL 260/76] tal não deve obstar à sua qualificação como comerciante. É que, se pode haver não comerciantes sujeitos à falência (v.g., empresários

<sup>(453)</sup> Contra, MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, cit., pág. 287.

<sup>(454)</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, I, Lisboa, 1979, pág. 145 e segs.

<sup>(455)</sup> Esta têm de possuir uma denominação (art. 5º/1, a e nº2, do DL 260/76) e exercituação própria (art. 27º, *idem*), devendo fazer inscrever certos factos no registo (art. 47º, do mesmo diploma e 5º do Código do Registo Comercial), dar balanço, e prestar contas (art. 28º do DL 260/76).

agrícolas: art. 2º do código de Processos de Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência; os sócios de responsabilidade ilimitada: art. 126º, idem; associados e membros de associações e comissões especiais: art. 125º/1, ibidem; alguns cooperantes de responsabilidade ilimitada: art. 126º/2, ibidem, etc], igualmente pode haver comerciantes a ela não sujeitos. Circunstância não desprecienda se afigura o hodierno processo de transformação (no plano jurídico meramente formal) de algumas empresas públicas em *sociedades anónimas de capitais públicos*. Não seria razoável que algumas empresas públicas não beneficiassem hoje das vantagens advenientes da comercialidade subjectiva dos seus actos (art. 2º, 2ª parte do código comercial) e amanhã, por que transformadas em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, já se pudessem fazer prevalecer do regime da comercialidade subjectiva dos actos e obrigações dos comerciantes.

Importa ainda referir que o *Estatuto das Empresas Públicas* (aprovado pelo DL 260/76) não tem necessariamente, de qualificar as (ou algumas) empresas públicas como comerciantes. De resto, já foi revogado o DL nº 77/79, de 7 de Abril que, no seu nº 3 do art. 1º, limitava a aplicabilidade às empresas públicas das normas sobre o registo das sociedades comerciais àquelas disposições cujo conteúdo não pressupunha a qualidade de comerciante.

Além de que é um contrasenso dizer (como faz PUPO CORREIA, ob. cit., pág. 114-115) que as empresas públicas não são rigorosamente qualificáveis como comerciantes e, no entanto, afirma-se que estão pela lei a eles *equiparados* no que toca, maxime, ao art. 2º, 2ª parte do código comercial. Se assim fosse não teria qualquer valor o relevo heurístico-normativas dos conceitos jurídicos (incluindo os legais). Estando a *significação do signo* empresa pública codificada na lei, o intérprete não tem a sua livre disponibilidade. Daí que os contributos doutrinários e

jurisprudenciais que não tenham em conta a definição legal de atribuir a qualidade de comerciante revelam-se de parco préstimo<sup>(456)</sup>.

## II – As Cooperativas

As cooperativas são, segundo o art. 2º do código cooperativo<sup>(457)</sup>, pessoas colectivas de livre constituição, de capital e composição variáveis que visam, através da cooperação e entreaajuda dos seus membros e na observância dos princípios cooperativos, a satisfação, sem fins lucrativos, das necessidades económicas, sociais ou culturais destes. Podem, todavia, a título complementar realizar operações com terceiros.

Os ramos do sector cooperativo<sup>(458)</sup> são:

- a) consumo;
- b) comercialização;
- c) agrícola;
- d) crédito;
- e) habitação e consumo;
- f) pescas;
- g) cultura;
- h) artesanato;

<sup>(456)</sup> Cfr. noutros ordenamentos a comercialidade das empresas públicas, RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 209 e segs., nº 294; DUFAU, *Les entreprises publiques*, 2ª ed., 1991; HOUIN/PÉDAMON, *Droit comercial*, 9ª ed., cit. 94 e segs; COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, cit., pág. 178; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 8ª ed., cit., pág. 37; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 39; BRÜGGEMAN, D./WURDINGER, H. et alii, *Handelsgesetzbuch – Grötkommentar*, 3ª ed., I vol., Berlim, 1967, pág. 108-109.

<sup>(457)</sup> Aprovado pelo Decreto-lei nº 454/80, de 9 de Outubro (com alterações posteriores).

<sup>(458)</sup> O art. 82º da constituição autonomiza o *sector cooperativo e social* do sector público e do sector privado dos meios de produção. Todavia, talvez se deva tratar este sector à luz do regime das pessoas colectivas de direito privado, dada a ausência de legislação ordinária que complemente esta vontade dirigente.

- i) produção operária;
- j) habitação e construção;
- l) serviços e ensino;

As cooperativas podem, não obstante, ter objecto comercial. Aliás, até 1980, este tipo de Cooperativas era qualificado como subespécie de sociedade comercial (arts. 207º a 223º do código comercial). Após essa data, que marcou o início de vigência de legislação avulsa respeitante à específica organização e disciplina deste tipo de pessoas colectivas, o direito comercial passou a ser direito subsidiário. De facto, o art. 8º do código cooperativo determina que é o direito comercial, designadamente a legislação referente às sociedades anónimas com as quais as cooperativas possuem mais afinidades, que funciona como *direito subsidiário* na insuficiência da legislação destinada ao sector cooperativo.

Ademais, com a revogação expressa dos arts. 84º a 94º do código cooperativo pelo código do registo comercial, se mostra que não houve, como aparentemente se pôde defender<sup>(459)</sup>, a clara intenção de destacar as cooperativas do paradigma organizacional das sociedades comerciantes que são, aliás, comerciantes natos. E nem sequer é decisivo o argumento<sup>(460)</sup> que vê no nº 2 do art. 1º do código do registo comercial a sujeição ao registo de entes (onde se incluem as cooperativas) que não são comerciantes. O valor heurístico-normativo deste preceito é pouco relevante sob o prisma da comercialidade ou não comercialidade dos entes referidos no seu nº 2, posto que, mesmo em relação ao seu nº1 também tem sido objecto de controvérsia saber se as

sociedades civis sob forma comercial são comerciantes. O código de Registo Comercial não é, pois, um diploma decisivo para se saber se as cooperativas adquirem a qualidade de comerciante<sup>(461)</sup>. Aliás, nem se pode colocar a questão nestes termos. É que, se nem todas as cooperativas são comerciantes, *algumas* existem que podem assumir essa qualidade. É o que ocorre sempre que este ente, tendo objecto comercial, disponha de uma organização de factores produtivos, destinada, de modo estável a exercer, ainda que a título não principal, uma das empresas, cuja delimitação positiva é surpreendida nos vários números do art. 230º do código comercial. Mister é, por isso que, entre outros caracteres, já analisados *supra*, produza para o mercado, ainda que cumulativamente propicie utilidades que sejam fruidas e gozadas pelos cooperantes e se guie pelo princípio da racionalidade económica. Considerações idênticas se podem fazer pelo que respeita às *uniões, federações e confederações de cooperativas*, enquanto cooperativas de 2º e 3º graus, posto que adquirem personalidade *autónoma* da de cada uma das entidade agrupadas (arts. 78º/1, 79º, 82º, 83º, do código cooperativo).

Se assim não fosse abrir-se-ia vasto campo para o exercício de actividades comerciais e industriais sem que as exercentes tivessem que suportar os inerentes direitos e deveres emergentes do *status* do comerciante. O que até poderia implicar uma outra forma de *concorrência desleal* consistente no exercício do comércio através de certas *vantagens ocultas* (v.g., benefícios fiscais, subvenções, etc.). Quedar-nos-íamos, deste modo, perante um abuso da *liberdade de comércio*, por causa dos efeitos perversos da

<sup>(461)</sup> Que estão sujeitos a registo comercial certos factos às cooperativas di-lo o art. 4º do Cód. de Registo Comercial, na redacção do DL nº 349/89, de 13 de Outubro e o art. 16º do Regulamento do Registo Comercial (Portaria nº 883/89, de 13-10), respeitante às menções do extracto de inscrição da matrícula das cooperativas.

<sup>(459)</sup> Como o fez BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 187.

<sup>(460)</sup> BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 188.

*para-comercialidade*<sup>(462)</sup>, e, por tal, em face de concorrência desleal (art. 212º do Código Prof. Ind.).

### III – Os agrupamentos europeus de interesse económico (A.E.I.E.)

Trata-se de uma pessoa colectiva de direito privado, de jaez comunitário, que tem por objectivo facilitar a cooperação entre empresas e profissionais liberais de diferentes Estados membros da União Europeia e bem assim melhorar ou aumentar os resultados desta actividade, mas não realizar lucros para si próprios (art. 3º do Regulamento CEE do conselho nº 213/85, de 25 de Julho). Distingue-se, pois, das sociedades comerciais no sentido em que o seu objectivo é o de facilitar ou desenvolver a actividade económica dos seus membros, não se substituindo a esta<sup>(463)</sup>. Pode ser constituído por pessoas físicas e pessoas colectivas (sociedades comerciais, associações públicas e privadas). Ainda que o *agrupamento* deva ser constituído para facilitar ou desenvolver a actividade económica dos seus membros, fica salva a possibilidade da obtenção, a título subsidiário ou acessório, de vantagens económicas próprias, caso em que o excedente da imputação do passivo sobre o activo deve ser repartido entre os membros que o compõem<sup>(464)</sup>.

<sup>(462)</sup> Cfr. LAPIERRE, *La paracommercialité*, in *Revue de Jurisprudence Commercial*, nº especial, (Dez. 1980), pág. 113. BONNEFONT, *A propos de la sanction du parasitisme*, in *Gazette du Palais*, 1990, I, Doctr. 1; LE TORNEAU, *Les professionnels ont-ils du coeur*, in *Dalloz-Sirey*, 1990, Chron. 21.

<sup>(463)</sup> Caso em que, por mor do desenvolvimento de uma actividade económica própria, com objecto comercial, deverão ser consideradas sociedades irregulares (assim, cfr., *Juris Classeur Periodique*, 1970, 2. 16335, com anotação de GUYON in *Dalloz Sirey*, 1971, pág. 44; GEISENBERGER, *Groupements d'intérêt économiques et société de fait*, in *Revue des Sociétés*, 1971, pág. 339.

O A.E.I.E. assemelha-se, em certos traços de regime às denominadas *sociedades de pessoas*. De facto, a pessoa dos seus membros joga um papel relevante pois que respondem ilimitada e solidariamente pelas dívidas, civis ou comerciais, do *agrupamento*. No domínio do direito fiscal o *agrupamento* é submetido ao regime da *transparência fiscal*, isto é, desconsidera-se a personalidade jurídica do *agrupamento* para efeitos da imputação dos *lucros* do *agrupamento* na pessoa dos seus membros.

Desfruta o A.E.I.E. de personalidade e capacidade jurídicas com a inscrição definitiva da sua constituição no registo comercial<sup>(465)</sup>. Possui, por isso, os atributos de que depende a imputação de personalidade jurídica às pessoas colectivas: denominação, sede, objecto, património.

Pelo que respeita ao seu *objecto* é ele livremente determinado pelos seus membros, contanto que seja lícito<sup>(466)</sup>; que a sua actividade tenha um jaez económico (comercial, industrial, agrícola, artesanal ou liberal), que não de mero gozo ou fruição e seja atinente, a título subsidiário, auxiliar ou acessório, à actividade dos seus membros.

Acresce que o Decreto-lei nº 148/90, de 9 de Maio entendeu afirmar a autonomia jurídica-mercantil do A.E.I.E., no sentido em que se tiver por objecto a prática de *actos de comércio é comerciante*<sup>(467)</sup>. E é-o a partir do momento da aquisição da personalidade jurídica.

<sup>(464)</sup> Art. 21º do Regulamento (CEE) nº 2137/85.

<sup>(465)</sup> Cfr., art. 1º do Decreto-lei nº 148/90, de 9 de Maio, que incluiu disposições subsidiárias destinadas a facilitar execução daquele regulamento comunitário no ordenamento jurídico português.

<sup>(466)</sup> Cfr. *Dalloz Sirey*, 1970, pág. 358, nota de LAVABRE.

<sup>(467)</sup> Art. 3º/2, do referido diploma.

Pode, por conseguinte, ser titular da propriedade de um *estabelecimento comercial* e, conseqüentemente, beneficiar da tutela do regime dos *sinais distintivos do comércio* e demais bens de carácter incorpóreo, não necessariamente ligados ao estabelecimento, que são objecto, igualmente de direitos de *propriedade industrial* (v.g., patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais) e bem assim ser objecto de *protecção* ou *repressão* em face dos actos de *concorrência desleal* e das práticas económicas que a restringem (a *defesa da concorrência*).

É assaz paradigmática a circunstância de, pese embora o A.E.I.E. desenvolver uma actividade auxiliar em face da actividade jurídico-mercantil dos seus membros, poder, se o seu objecto for mercantil, praticar actos de comércio (subjectivos), em nome e no interesse próprios. Contra, em França, até ao início de vigência da Lei de 13.6.1989, Cfr., Acórdão da *casation* de 18.2.1975, in Dalloz Sirey, 1975, 366, com anotação de GUYON; idem, de 22.1.1980, in Revue des Sociétés, 1980, pág. 329, com anotação de BOUSQUET, in Revue de Droit Civil, 1980, 573; cfr. porém após essa data, acórdão de 5.7.1990, in Dalloz Sirey, 1991 Somm. Comm., 371, com anotação de ROZÈS; cfr., em geral, BURST, *Une personnalité morale ambigue, la personne morale des G.I.E.*, in Juris Classeur Periodique, 1976, 1., 2783; BUTTET, in Bulletin mensuel d'information des Sociétés, 1990, 7 (sobre formulários de contratos); WOODLAND, in Juris Classeur Periodique, 1986.1.3247; KEUTGEN, in cahiers de droit europeéne, 1987, pág. 492; GAVALDA, *L'acculturation dans la législation française de la formule du G.E.I.E.*, in Nêlanges Detruppé, 1991, pág. 37; REINHARDY, *Droit Commercial, (Actes de commerce, commercantes, fonds de commerce)* 3ª ed. Paris, pág. 208.

#### IV – Os agrupamentos complementares de empresas

Revestem natureza muito semelhante aos A.E.I.E., cujo objectivo geral consiste em melhorar as condições de exercício ou os resultados das actividades económicas das

pessoas (singulares ou colectivas) nele agrupadas<sup>(468)</sup>. Sendo-lhes vedado a título principal a realização e partilha de lucros é-lhes lícito, porém, ter esse fim como acessório, contanto que o contrato constitutivo expressamente o autorize<sup>(469)</sup>.

Assim, conquanto os A.C.E. não sejam necessariamente comerciantes podem sê-lo se e quando, não obstante visarem um fim mutualístico, exercerem uma das empresas que revistam as características das que se incluem nos nºs 1 a 7 do art. 230º do código comercial. E mesmo que não tenham um fim lucrativo, ainda que *acessório*, acaso operem no mercado económico – produzindo utilidades não só para os membros agrupados – e disponham de uma organização mínima de factores de produção, devem ser considerados comerciantes porquanto sempre se aproximam das *no profit making companies* que actuam adentro de uma concepção de lucro em sentido lato, guiando-se pelo princípio da racionalidade económica.

Aliás, os A.C.E. regem-se subsidiariamente pelas disposições atinentes às sociedades comerciais em nome colectivo<sup>(470)</sup>. O que vale por dizer que, talqualmente os A.E.I.E., se exercerem uma actividade directamente lucrativa, conquanto acessória devidamente autorizada no contrato de constituição do *agrupamento*, ficam as entidades agrupadas pessoal, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas do A.C.E..

São de todo o modo, os A.C.E. submetidos a uma *gestão de tipo empresarial*, isto é, sujeitam-se ao cumprimento de regras e procedimentos vários à semelhança

<sup>(468)</sup> Cfr. Base I da Lei nº 4/73, de 4 de Julho.

<sup>(469)</sup> Cfr. Base II, nº 1, da Lei nº 4/73 e art. 1º do Decreto-lei nº 430/73, de 25 de Agosto.

<sup>(470)</sup> Art. 20º do Decreto-lei nº 430/73.

dos demais agentes económicos, que são comerciantes e que operam no mercado económico. De facto, devem os A.C.E. inscrever-se no registo comercial, de que, aliás, depende a atribuição da sua personalidade jurídica<sup>(471)</sup>; devem adoptar firma<sup>(472)</sup>; fazer balanço<sup>(473)</sup>; prestar contas da administração<sup>(474)</sup>, sendo equiparados, para o efeito de registo e publicidade dos actos constitutivos, às sociedades comerciais<sup>(475)</sup>.

Os A.C.E. dispõem, no entanto, de uma menor aptidão de actuação no mercado económico dos produtos e serviços em face do hodierno *mercado interior*, circunstância esta que naturalmente propicia a transformação, aliás permitida, dos A.C.E. em A.E.I.E., cuja estrutura disciplina legal permite uma mais dúctil actuação no mercado em que se encerra o espaço económico da *União Europeia*, na medida em que, pelo menos, existe um regime jurídico unitário, ainda que, por vezes, sobreposto ao nacional, que rege todo este conjunto de entidades que, em geral, tem por objectiva facilitar ou desenvolver a actividade económica dos seus membros em termos de melhorar ou aumentar os resultados dessa actividade.

#### V – As sociedades civis sob forma comercial

Além dos comerciantes em nome individual são também comerciantes conforme no-lo diz o nº 2 do art. 13º do código comercial as *sociedades comerciais*. Estas são, pelo nº 2 do

<sup>(471)</sup> Cfr. Base IV da Lei nº 4/73.

<sup>(472)</sup> Base III, do mesmo diploma.

<sup>(473)</sup> Cfr., art. 18º do Decreto-lei nº 430/73.

<sup>(474)</sup> Base V da Lei nº 4/73 e art. 8º do Decreto-lei nº 430/73.

<sup>(475)</sup> Art. 2º/1 e 4 do DL nº 430/73.

art. 1º do código das sociedades comerciais, *definidas* como sendo entes que têm por objecto a prática de actos de comércio e adoptem um dos quatro tipos caracterizados e regulados na lei comercial – isto é, o código das sociedades comerciais.

Pode, todavia, suceder que uma sociedade seja constituída apenas para o exercício de actividade civil, ou seja, que não envolva a prática reiterada de actos de comércio (actividades agrícolas, artesanato, vinicultura, profissões liberais, etc.) mas adopte, na sua constituição, um dos *tipos* previstos no código das sociedades comerciais para as sociedades comerciais.

Tratar-se-à de uma *sociedade civil sob forma comercial* à qual será aplicável o regime das sociedades comerciais, por força do nº 4 do art. 1 do código das sociedades comerciais.

Pelo que, conquanto desta norma não resulta que as *sociedades civis sob forma comercial* são *sociedades comerciais*, tal não significa que não sejam aplicáveis às *sociedades civis sob forma comercial* as disposições gerais do estatuto do comerciante, ínsitas no código comercial e que pressupõem, como *prius* a prévia aquisição da qualidade de comerciante<sup>(476)</sup>.

Com efeito, ainda que não se equiparem estas sociedades às sociedades comerciais para os efeitos decorrentes do nº 2 do art. 13º do código comercial, não é curial fazer restringir o alcance do nº 1 do mesmo preceito às pessoas singulares.

Já, por certo, seria inviável atribuir a qualidade de comerciante às sociedades civis sob forma comercial nos termos do art. 230º

<sup>(476)</sup> Contra, defendendo que as sociedades civis sob forma comercial não são comerciantes FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, 13 e segs, 29 e segs; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 3ª ed., Lisboa, 1994, pág. 99-100 e 319-320; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, I, pág. 311-312.



do código comercial pois que a sua função delimitada negativa (§§1, 2 e 3) excluiria, naturalmente, a comercialidade dessas sociedades, cuja empresa ou empresas revestiriam natureza civil.

Em primeiro lugar, o art. 3º do Código do Registo Comercial sujeita tais sociedades à *matrícula*, ónus tipicamente privativo dos comerciantes (como, aliás, já se prescrevia no nº1 do art. 42º do anterior Regulamento do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto nº 42645 de 14-11-1987).

Em segundo lugar, estão estas *sociedades civis* sujeitas à *falência*, por força do art. 2º, do código dos *Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*<sup>(477)</sup>, embora se saiba que o instituto da falência não é, hoje, privativo dos comerciantes.

Em terceiro lugar, ainda que de *lege ferenda*, é duvidoso continuar a distinguir as sociedades em função do seu objecto. Na verdade, o legislador ao fixar os diversos tipos de que se reveste a forma comercial das sociedades está a garantir a segurança do comércio jurídico, em termos de a contraparte, só por conhecer o tipo social da sociedade (o que é conseguido através do elemento característico constante da respectiva firma) fique ou deva ficar cónscia das características básicas que contradistinguem os diversos tipos de sociedades (v.g., responsabilidade dos sócios para com a sociedade e os credores desta). Ora, se uma *sociedade* se apresenta perante terceiros sob uma certa forma comercial, estes não têm a obrigação de conhecer o seu contrato social e de se inteirarem acerca do seu objecto (civil ou comercial). Os princípios da *segurança do comércio jurídico* e da

<sup>(477)</sup> O que já resultava do pretérito regime sobre recuperação de empresas e de falência (art. 2º do DI nº 177/86, de 2 de Julho) e decorre do disposto no art. 141º/1, e do código das sociedades comerciais, que considera como causa de dissolução imediata das sociedades comerciais a declaração de falência.

*celeridade das transacções comerciais* levam pressuposta a ideia de que quem se apresenta no mercado económico sob a veste societária, utilizando uma determinada *forma comercial* é, conforme a normalidade das representações nesse mercado económico da produção, intermediação e venda de utilidades, um comerciante. Dito de outro modo: não é lícito por que irrazoável e desproporcionado, em face dos princípios que norteiam o direito comercial, exigir que os agentes económicos tenham que conhecer o contrato social desta *sociedades civis*, por forma a se saber se estão a negociar com comerciantes ou não comerciantes. A tutela da confiança e dos específicos interesses desse ramo da contratação jurídica devem fazer sobrelevar a *comercialidade pela forma* em face da *comercialidade pelo objecto*, no âmbito societário.

Vale isto por dizer que a *forma*, o *tipo* societário, deve preponderar em face do objecto societário. É pois, a *forma* e não a *natureza* da actividade que a sociedade desenvolve ou se propõe desenvolver, que determina a comercialidade e a profissionalidade das *sociedades*<sup>(478)</sup>.

Daí também que os *actos* destas, sociedades civis sob forma comercial sejam actos de comércio (subjectivos). Contra, cfr., LYON-CAEN/RENAULT, *Traité de droit comercial*, cit., t.II, nº1085. Porém, pensar deste modo representaria obnubilar e retirar a comercialização destas sociedades civis. Quedar-nos-íamos, por exemplo, em face de uma sociedade agrícola, constituída sob a forma de sociedade anónima, à qual estaria vedada a prática (reiteradas) de actos de comércio. Um contra-senso, portanto. Ao invés todos os actos praticados por essa sociedade devem ser considerados actos de comércio (também, LACOUR, in Dalloz, 95.2.105; WAHL, in Recueil de Sirey, 96.2.57), a não ser que sejam de natureza essencialmente civil ou resulte o contrário do próprio acto. Na jurisprudência, neste

<sup>(478)</sup> Cfr. RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., nºs 141, 147, 309.

sentido, cfr., acórdão da *cour de cassation* de 18/2/1975, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1975, pág. 466 com anotação **JAUFRET** = 1976, pág. 124, com anotação de **HOUÍN**; acórdão da *cour de cassation* de 7/7/1981, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1981, pág. 775, com anotação de **ALFANDARI** e **JEANTIN**. Só que, subsiste ainda a ideia de não se deverem aplicar todas as disposições legais atinentes ao estatuto dos comerciantes a estas sociedades civis sob forma comercial. Por exemplo, já se entendeu que sociedades deste jaez não podem ser titulares de um estabelecimento comercial nem se arrogar à protecção da concorrência desleal (acórdão da *cour de cassation*, de 31/1/1981, in *Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambres Civiles*, 1961, 3, nº 55; idem, de 5/3/1971, *ivi*, 1971, 3, nº 168 = *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1971, pág. 1034, com anotação de **HOUIN**; **BÉRAUD**, *Les sociétés civiles à forme commerciale et la propriété commerciale*, in *Annales loyers*, 1958, 5582; **JEANDIDIER**, *L'imparfaite commercialité des sociétés à object civil et forme commerciale*, in *Dalloz Sirey*, 1979, *Chron.* 7; **DEKEUWER**, *Le probleme des rapports entre la forme et l'object des sociétés*, in *Juris Classeur Periodique*, 1977, ed., C.I., 12392). Só que, ao arripio deste entendimento, pode observar-se que o carácter mercantil de um estabelecimento depende necessariamente da natureza dos actos praticados pelo seu titular (ou locatário, nos casos de *cessão de exploração*), sendo que todos os actos praticados pelas sociedades civis sob forma comercial se presumem subjectivamente mercantis.

A questão já não se levanta no caso das *societades de professionnels* (sociedades de advogados, despachantes oficiais, ...), que na medida em que os seus membros se submetam a um estatuto de direito público, quanto à fiscalização e sancionamento das suas actividades pelas associações públicas da respectiva classe (v.g. ordem dos Advogados) desfrutam de específica disciplina legal, não podendo ser consideradas comerciantes.

## VI – Gerentes auxiliares e caixeiros

Estes sujeitos exercem profissões mercantis disciplinadas nos arts. 248º e segs., 256º e 257º do Cód. Comercial.

a) O gerente comercial é um mandatário mercantil com poderes de representação mercantil. Os actos por si praticados produzem efeitos na esfera jurídica do comerciante. E tanto pode ser um *trabalhador subordinado* do comerciante (art. 5º/3, da Lei do contrato individual de trabalho) como um *trabalhador autónomo*, a quem sejam conferidos poderes de gerência comercial por negócio jurídico unilateral: *procuração* (art. 262º do código civil).

Daqui decorre que a prática habitual de actos de comércio pelo gerente em nome do mandante, não é condição necessária e suficiente para a aquisição da qualidade de comerciante, pois que ele tão só pratica actos de comércio objectivos por conexão. Não é ele, pois, um comerciante nos termos do art. 13º/1, do código comercial. Mas já pode sê-lo ao abrigo do artigo 230º do mesmo código se, dispondo de uma organização mínima de factores produtivos, praticar com carácter de profissionalidade actos de comércio por conta e ordem de outrem.

Não se devem confundir estes sujeitos (cfr. art. 13º do Código Comercial) com os *gerentes das sociedades* em nome colectivo, por quotas e em comandita. É que estes últimos são titulares de um órgão de uma pessoa colectiva – a sociedade comercial – eleitos pelos respectivos sócios e com poderes para a administrar e representar perante terceiros. Não devem ser considerados como mandatários *stricto sensu* pois que o ente colectivo (a sociedade) não tem outra vontade que não seja a dos seus órgãos. Não são, portanto, comerciantes porquanto praticam actos em *representação orgânica* de sociedades, que produzem os seus efeitos na esfera jurídica destas, salvo se, para além desta função outra actividade exerçam que, nos termos do art. 13º ou 230º do código comercial, lhes faça atribuir a qualidade de comerciantes.

b) O caixeiro (sedentário) é um colaborador (autónomo ou juridicamente subordinado) do comerciante encarregado de o representar na venda a retalho em lojas ou

por grosso em armazéns (v.g., *cash and carry*), tendo poderes para cobrar o produto das vendas que faz (art. 259º do código comercial). Normalmente é um trabalhador subordinado do comerciante, a quem são conferidos, por *contrato de trabalho*, poderes comerciais de representação comercial estável, conquanto limitados. Mas pode ser um mandatário a quem sejam atribuídos poderes de representação por negócio jurídico unilateral: *procuração*.

Por mor da autónoma disciplina, a partir do início do século XX, das relações individuais de trabalho, os arts. 263º e 264º do código comercial só são aplicáveis a *caixeiros-mandatários* se e quando forem trabalhadores autónomos do comerciante, mas já não a trabalhadores subordinados dele. Daí que os caixeiros sedentários, ora como trabalhadores subordinados do comerciante, ora como seus trabalhadores autónomos, enquanto representantes legais com maiores ou menores poderes de representação, não adquirem eles próprios a qualidade de comerciante.

c) O *caixeiro-viajante* é um representante que o comerciante envia a localidades diversas para efectuar *operações do seu comércio* (art. 257º do código comercial). Distingue-se dos *caixeiros sedentários* pelo local do exercício da actividade e pela amplitude dos poderes de representação. São, também, por via de regra, trabalhadores subordinados de um comerciante cujos poderes de representação são mais ou menos amplos conforme o que for indicado nas cartas, aviso, circulares ou documentos análogos. Também aqui, quem exerce a actividade mercantil, por intermédio ou por colaboração deles, é o mandante: o comerciante para quem trabalham subordinadamente ou não. Não adquirem, destarte, a qualidade de comerciante.

## VII – O comissário mercantil

Os comissários mercantis são mandatários comerciais, que agem em seu próprio nome, embora por conta do mandante.

Diz o art. 266º do código comercial: *dá-se contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente.*

Está-se, pois, perante um mandato sem representação, regulado nos arts. 1180º e segs do código civil. O comissário mercantil pratica actos de comércio em nome próprio, pese embora por conta e no interesse alheio (o do comitente), sendo ele que se vincula juridicamente perante as pessoas com quem contrata.

Sendo assim, e na medida em que o comissário mercantil age por conta e no interesse do comitente, não será comerciante pelo art. 13º/1 do código comercial, mas já pode sê-lo ao abrigo do disposto no art. 230º deste código se e quando desenvolver a sua actividade económica mediante uma organização mínima de factores produtivos e estejam reunidos os demais requisitos de que depende a comercialidade daquele que se propõe exercer uma empresa com as características dos enumeradas nos nº 1 a 7 do referido preceito<sup>(479)</sup>.

(479) Em sentido análogo PINTO COELHO, *Lições...*, I, cit., pág. 172 e segs; contra BRITO CORREIA, *ob. cit.*, I, pág. 202; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 144 e segs; FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, pág. 406; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 3ª ed., Lisboa, 1994, pág. 115.

### VIII – Os membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais

Os gerentes das sociedades por quotas, em nome colectivo e em comandita e os administradores e directores das sociedades anónimas praticam actos de comércio mas não o fazem em nome e por conta própria, outrossim em nome da sociedade que gerem e *representam organicamente*<sup>(480)</sup>. Não estão, pois, ligados à sociedade por uma relação de *mandato com representação*, mas integram a organização interna da sociedade, através dos quais ela forma, manifesta e exerce a sua vontade de pessoa jurídica autónoma. Não são, por isso, comerciantes, a não ser que, por outros motivos, tenham adquirido (ou o possam vir a adquirir) a qualidade de comerciantes.

### IX – Os mediadores<sup>(481)</sup>

O mediador é um profissional independente cuja actividade consiste em pôr em contacto possíveis contraentes,

<sup>480)</sup> Parece ser inexacta a concepção que considera os gerentes e administradores das sociedades como *mandatários* dos sócios. De facto, eles não são nomeados, por via de regra, por todos os sócios, mas sim pela maioria (qualificada ou não). Depois, eles exercitam poderes de que os sócios não são titulares. Ao invés há, outrossim, uma *representação originária* da pessoa jurídica que é a sociedade por parte dos seus órgãos. Cfr., RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., nº 695 e segs.

<sup>481)</sup> Cfr. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in Revista di Diritto Commerciale, 1978, I, pág. 379 e segs; LENZI, G., *Sulle differenze fra mediazione e figure affini sul dovere d'imparzialità del mediatore*, Rescigno, Vol. 12, t. IV, Torino, 1985, pág. 422; INTO MONTEIRO, *contrato de agência – Anteprojecto*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 360 (1986), pág. 85-86; idem, *O contrato de agência*, Coimbra, 1993; JANUÁRIO GOMES, *Da qualidade de comerciante do agente comercial*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 313, pág. 26 e segs; REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial II* (Apontamentos aos alunos do 5º ano jurídico, no ano lectivo de 1993/1994, na Universidade Lusíada do Porto), Coimbra, 1993, 3, nº 7.2. BRITO CORREIA, ob. cit., I, pág. 202-203. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, pág. 243 e segs; CUNHA GONÇALVES.

actuando como intermediário, procurando que determinado negócio se venha a concretizar.

A lei regula, em especial, certas actividades de mediação, que se devem aliás qualificar como actos objectivamente comerciais. Porém, esta preocupação do legislador prende-se, outrossim, com a necessidade de, nestes casos, restringir ou condicionar administrativamente a liberdade de acesso e exercício a estas actividades comerciais e industriais.

É o caso da mediação na compra e venda de imóveis; da intermediação financeira sobre valores mobiliários, prevista pelo Decreto-lei nº 142-A/91, de 10 de Abril); da actividade do *mediador de seguros* (Decreto-lei nº 388/91, de 10 de Outubro); a mediação na realização de empréstimo com garantia hipotecária (Decreto-lei nº 119/74, de 23 de Março).

Em sentido estrito é aquele indivíduo que põe em contacto duas ou mais pessoas para a conclusão de um negócio, sem estar ligado a nenhuma delas por relações de colaboração, de dependência ou de representação. Mas pode, também, intervir a pedido e no interesse de uma das partes, mas sem poderes de representação.

Na verdade, a obrigação fundamental do mediador é conseguir clientes para certos negócios. Limita-se ele, pois, a aproximar duas ou mais pessoas e a facilitar a celebração do contrato. A sua remuneração é independente da conclusão e cumprimento do contrato que ajuda a celebrar, agindo ele, por via de regra, com imparcialidade, no interesse de ambos os contraentes. A colaboração do mediador não tem o carácter de permanência ou estabilidade (que se descortina já sabemos, no *contrato de agência*), pois que ele intervém ocasionalmente, só quando solicitado para determinado acto ou negócio jurídico concreto. O mediador é um profissional independente, a quem qualquer pessoas pode recorrer, em determinado momento, cessando a relação contratual de mediação, em regra, logo que se conclua o negócio, porquanto

a mediação é normalmente pensada para um acto de comércio concreto.

Daqui deflui que o mediador, porque pratica actos de comércio conexos, não pode ser comerciante pelo art. 13º/1, do código comercial. Todavia, já quando exerça profissionalmente a mediação, mediante remuneração estipulada e *em escritório aberto ao público* deve ser considerado comerciante, desde o início da sua organização (nº 3 do art. 230º, do código comercial).

Note-se que, neste particular, não basta que o mediador se inclua genericamente nas características das empresas do código comercial, pois o referido preceito do nº 3 do art. 230º pressupõe e exige um *qualificado* requisito para comercialidade deste sujeito: exercitar a sua actividade em *escritório aberto ao público*.

#### X – Os agentes comerciais. Remissão<sup>(482)</sup>

#### XI – Os corretores de bolsa

São *peças singulares ou colectivas legalmente autorizadas a exercer nos mercados de valores mobiliários uma ou mais actividade de intermediação em valores mobiliários* (v.g., acções, obrigações, títulos de dívida pública), nos termos do nº1 do art. 607º do código mercado de valores mobiliários, aprovado pelo DL nº 142-A/91, de 10 de Abril.

Os corretores assumem-se, deste jeito, como uma espécie de mediadores, praticando actos de comércio objectivos (compra e venda de valores mobiliários) em nome próprio (embora nalguns casos em nome de outrem),

<sup>(482)</sup> Cfr. supra, pág. 336 e segs.

mas sempre por conta e no interesse de outrem, pois que lhes é vedada a realização de *operações de bolsa* por conta própria. Exercem, deste jeito, o mandato com ou sem representação em *Bolsas de Valores*.

Pese embora a sua actividade seja marcada pela protecção do interesse público<sup>(483)</sup>, não devem ser considerados profissionais liberais, mas sim se fôr caso disso, comerciantes se e quando reunirem os requisitos de comercialidade encerrados no art. 230º do código comercial. Pelo que, também não podem ser comerciantes ao abrigo do art. 13º do referido diploma, pois que praticam actos de comércio conexos. Ainda que pratiquem actos de comércio em nome próprio (v.g., compras e vendas de valores mobiliários, que são actos de comércio objectivos e absolutos, substancialmente comerciais) fazem-no sempre por conta e no interesse de outrem (que até pode nem ser comerciante).

#### XII – Os sócios de responsabilidade ilimitada

O problema da atribuição da qualidade de comerciante a estes sujeitos só se põe em relação aos *sócios das sociedades em nome colectivo* e dos *sócios comanditados* das sociedades em comandita, na medida em que respondem pessoal, solidária e ilimitadamente pelas dívidas da própria sociedade.

Assim, já houve quem<sup>(484)</sup>, ancorando-se na alegada inexistência de personalidade jurídica destes entes,

<sup>(483)</sup> Estão sujeitos ao poder disciplinar das Comissões Directivas das Bolsas de Valores; devem registar-se na câmara dos corretores da respectiva Bolsa; são nomeados por despacho do Ministério das Finanças.

<sup>(484)</sup> GUILHERME MOREIRA, in Revista de Legislação e jurisprudência, ano 41, pág. 51 e segs.

sustentasse que aqueles sócios é que eram os comerciantes. Isto seria assim na medida em que a sociedade não passaria de um expediente organizativo através do qual aqueles sócios, e não a sociedade em si mesma, exerciam o comércio.

Ainda assim, para aqueles autores que consideram que todas as sociedades comerciais desfrutam de personalidade jurídica, alguns deles<sup>(485)</sup> entendem que os sócios de responsabilidade ilimitada são comerciantes porquanto estão sujeitos à falência (cfr. hoje, o nº1, do art. 126º do Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência) e, além disso, a personalidade jurídica da sociedade não se dissocia completamente da pessoa de cada um dos sócios, pois que a separação de patrimónios não opera completamente por causa do apontado regime da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais<sup>(486)</sup>.

Todavia, esta é uma posição claudicante que não atende à verdadeira fisionomia da relação entre sociedades deste tipo e a pessoa dos seus sócios. Na verdade, há uma efectiva e completa separação entre o património da sociedade e o dos sócios, porquanto os credores da sociedade têm preferência em relação aos credores pessoais dos sócios no que concerne aos bens sociais (art. 216º do código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, art. 183º do Cód. Civil). Ademais, a responsabilidade dos sócios destas sociedades pelas dívidas sociais, pese embora seja *solidária e ilimitada* é, porém *subsidiária*, isto é, só respondem depois de excutido o património da sociedade (art. 175º/1 e 465º/1 do Código das

<sup>(485)</sup> RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., nº 827, pág. 671-672; entre nós, PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 199 e segs; CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, cit., I, pág. 80.

<sup>(486)</sup> Cfr., CHARTIER, Y., *L'évolution de l'engagement des associés*, in *Revue des Sociétés*, 1980, pág. 1.; RIPERT/BOULANGER, *Droit Civil III*, nº 1827; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 672-673; ADRIANO ANTERO, *Comentário...*, cit., I, pág. 60.

Sociedades Comerciais art. 217º/1, do referido código das Falências).

E nem se diga que o preceituado no nº 1 do art. 126º do mencionado *Código das Falências* implica que tais sócios sejam havidos como comerciantes, na medida em que a falência deixou, hoje, de ser um instituto privativo dos comerciantes, tendo esse preceito apenas por finalidade reforçar as garantias dos credores sociais, evitando que os sócios, responsáveis *subsidiariamente* pelas dívidas da sociedade, dissipem, ocultem, onerem ou alienem o seu património pessoal, eximindo-se, na prática, a essa responsabilidade<sup>(487)</sup>.

Ademais, os sócios de responsabilidade ilimitada se exercerem o comércio nessa qualidade fazem-se em nome da sociedade, que não em nome próprio (arts. 191º e 192º do Código Sociedades Comerciais), pelo que comerciante é a sociedade comercial, não os seus sócios.

### G) Incompatibilidade, impedimentos e indisponibilidades

Diferentemente das incapacidades, que resultam da inaptidão ou carência natural de certos atributos por determinadas pessoas (quer se fundem em deficiências físicas, psíquicas, quais inaptidões próprias do visado em reger a sua própria pessoa e/ou bens, assentando numa qualidade da pessoa em si), as *incompatibilidades* e

<sup>(487)</sup> Assim também, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 149 e segs; PINTO FURTADO, *Código Comercial Anotado*, I, cit. pág. 47 e segs; BRITO CORREIA, *ob. cit.*, I, pág. 210-211; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., 3ª ed., pág. 119; FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, I, pág. 254, nota 1.

*impedimentos* são efeitos jurídicos resultantes de certos *status* que se analisam na circunstância de a lei proibir a certas pessoas o exercício do comércio, ou só uma determinada e concreta actividade mercantil, em razão de esses sujeitos desempenharem certas funções ou terem certas posições, que poderiam ser prejudicadas pelo exercício do comércio, ou que devem obstar à plenitude de tal exercício, por motivos ético-deontológicos ou decorrentes, em geral do interesse público.

Coloca-se, assim, o problema do regime jurídico aplicável nas hipóteses de actos praticados por estes sujeitos ao arrepio de incompatibilidades. De facto, em atenção à protecção de terceiros co-contratantes não se comina a nulidade ou anulabilidade desses actos. Incorrem, pois, esses sujeitos em responsabilidade disciplinar, à luz do estando que rege a sua profissão (v.g., passível de procedimento disciplinar), responsabilidade civil por factos ilícitos (v.g., por violação de obrigação de não concorrência) ou outras sanções especiais. Por conseguinte os actos destes sujeitos são válidos, podendo eles adquirir a qualidade de comerciante tanto pelo art. 13º/1, como pelo art. 230º, ambos do código comercial. O que, sem dúvida, é exigido pelo princípio da *protecção da confiança* dos co-contratantes e credores em geral, que podem, assim, confiar na circunstância de o *impedido* não poder, de modo algum, desligar-se das obrigações assumidas para com aqueles pelo simples facto de alegar estar impedido de exercer uma qualquer profissão mercantil.

Diferentemente das *incompatibilidades* para comerciar se surpreendem as *indisponibilidades*, que são situações em que certas pessoas são visadas por proibições legais ou judiciais de disposição, aquisição ou oneração, absoluta ou relativa, de bens e direitos. Trata-se, pois, de limitações ao poder de disposição de alguém, sobre os próprios bens, por força da lei, dos tribunais ou por via administrativa. E a sanção para os actos de disposição relativamente a bens

indisponíveis é a *ineficácia* jurídica dos actos, em termos de estes não produzirem os efeitos para que, inexistindo a dita situação de indisponibilidade, tendem, isto é, deles não resulta qualquer aquisição, oneração ou alienação.

Foi o caso v.g., do art. 2º do Decreto-lei nº 595/75, de 28 de Outubro que visou tornar mais expeditas e céleres as medidas de intervenção do Estado nas empresas, ao abrigo do Decreto-lei nº 660/74, de 25 de Novembro, que se inspirava nos princípios do *Movimento das Forças Armadas*. Nestas situações, os gestores nomeados pelo Estado, nas *empresas intervencionadas* possuíam os poderes suficientes para as obrigar juridicamente. Não se tratavam, pois, de medidas administrativas de interdição ou inabilitação impostas sobre os titulares das empresas, mas apenas medidas de indisponibilidade sobre uma parte do seu património. E nem se diga que estes dispositivos legais são inconstitucionais, por violação do direito de propriedade privada, pois que, para além das limitações de direito público e privado já reconhecidas na constituição de 1933 (art. 8º/15) ficou, também, este direito sujeito às limitações decorrentes das preocupações sociais consagradas no *Programa do M.F.A.* e nas Leis Constitucionais nº1/74, 2/74 e 3/74.

É, ainda, a hipótese da *inibição do falido* de administrar e dispor dos seus bens, pois que os bens da *massa falida* estão afectos à satisfação dos credores, não podendo o falido deles dispor de modo a prejudicar a massa falida. Se o fizer esses actos são ineficazes em relação a essa massa (art. 155º/1 do Código das Falências). Isto é, os actos, de outro modo válidos e eficazes, não podem ser invocados quanto à massa falida. Entre o falido e o terceiro o acto é válido, só que este não pode fazer valer os seus direitos de modo a afectar a massa falida. São, pois, *inoponíveis em relação a esta*<sup>(488)</sup>. O que não impede que, reabilitado o falido (arts. 238º, 239º, do código das Falências), aquele seu credor torne efectivas as obrigações contraídas aquando do estado de falência.

<sup>(488)</sup>Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 173 e segs; CASTRO MENDES, *Direito Civil*, 1975, vol. III, pág. 589 e segs.

No que toca às *incompatibilidades* ou *impedimentos*, por vezes atende-se ao *critério da protecção do comércio*, isto é, defendem-se os *comerciantes* e os *consumidores finais*. É o que se passa, nos termos do art. 148º do *Código das Falências*, com a *inibição do falido* (e, quando este seja uma pessoa colectiva, dos seus administradores), *para exercer o comércio*. E, caso ele, apesar da proibição, *inicie* ou *continue* o exercício de uma actividade comercial ou industrial não pode, para nenhum efeito, ser considerado como comerciantes [a não ser e quando for *reabilitado*: art. 239º/1 do código das Falências], nem conseguir que lhe sejam removidos os condicionamentos administrativos (v.g., licença de abertura de estabelecimento comercial ou industrial emitida pela Câmara Municipal ou pelo Ministério da Indústria e Energia) de que depende o acesso à exploração de uma actividade comercial ou industrial. Além disso, cada um dos actos praticados contra tal proibição e *inoponível* em relação à massa falida (art. 155º/1, do mesmo diploma).

Outras *incompatibilidades* existem que se destinam a *proteger certos cargos públicos* (políticos ou não) e *privados*, ou seja, em razão do cargo, da função ou da condição, cujo desrespeito envolve responsabilidade civil e/ou disciplinar. Porém os titulares desses cargos convertem-se em comerciantes se e na medida em que exercem profissionalmente o comércio<sup>(489)</sup>.

É o que ocorre designadamente com:

a) os *sócios das sociedades em nome colectivo e das sociedades em comandita simples*, que não podem

<sup>(489)</sup>Cfr. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., 3ª ed., pág. 120-121; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 139 e segs; BRITO CORREIA, ab. cit., I, pág. 355; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, cit., I, pág. 243 e segs. MARIN LAZARO, *Comentário al código de comércio*, I, pág. 575; GARRIGUES, *Curso...*, cit., I, 7ª ed., pág. 289; VICENT CHULIÁ, *Compendio Crítico...*, cit., pág. 93; BROSETA DONT, *Manual...*, cit., pág. 90-91; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., nº 250.

- exercer, por conta própria ou alheia, actividade concorrente com a da sociedade, nem ser sócios de responsabilidade ilimitada em outra sociedade, sob pena de responderem pelos danos causados à sociedade ou de esta poder reivindicar para si os negócios efectuados e os proventos auferidos pelos sócios (arts. 180º e 474º, do código das sociedades comerciais).
- b) os *gerentes das sociedades por quotas* aos quais é vedado, sem o consentimento dos sócios, o exercício de actividade concorrente com a da sociedade, por conta própria ou alheia, sob pena de serem destituídos do cargo e incorrerem em responsabilidade civil pelos prejuízos eventualmente causados à sociedade (arts. 254º do código das sociedades comerciais);
- c) os *membros do conselho geral* ou da *assembleia geral* das sociedades anónimas não podem negociar com a própria sociedade nem com as que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela, sob pena de nulidade dos contratos (arts. 278º/1 ex n do 387º, do mesmo código).
- d) os *administradores das sociedades anónimas* não podem negociar com a própria sociedade e bem assim com os que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela, salvo autorização do conselho fiscal sob pena de nulidade dos contratos (art. 387º/2/3, do código das sociedades comerciais).
- e) Os *directores das sociedades anónimas* não podem, salvo autorização do Conselho Geral da Sociedade, exercer qualquer outra actividade comercial, por conta própria ou alheia, nem ser membros do órgão de administração ou de fiscalização de outra



- sociedade, excepto das que estiverem em relação de domínio ou de grupo com aquela, sob pena de serem civilmente responsáveis pelos prejuízos que possam àquela sociedade (art. 428º, do mesmo código);
- f) Os intermediários financeiros, que praticam *operações de bolsa* sobre valores mobiliários (v.g., os corretores de bolsa), não obstante poderem exercer o comércio, tornando-se em certos casos, como vimos, comerciantes é-lhes vedada a prática de certos actos de comércio sob pena de incorrerem em responsabilidade disciplinar (arts 608º, 609º, 610º, do código do Mercado de Valores Mobiliários);
- g) Os *gerentes comerciais* e os *caixeiros* não podem negociar por conta própria, nos termos dos arts 253º, unico e 264º, 2, nº 1, do código comercial;
- h) Certos impedimentos específicos para os *administradores, delegados do governo e membros dos conselhos fiscais* de certas empresas ligadas ao sector público (art. 6º do Decreto-lei nº 446/74, de 13 de Setembro) e para os *gestores públicos* (art. 11º do Decreto-lei nº 464/82, de 9 de Dezembro);
- i) Os *magistrados judiciais*, que estão inibidos de comerciar (art. 13º da Lei nº 21/85, de 30 de Julho) tal como os *magistrados do Ministério Público* (artº 60º da Lei nº 47/86, de 15 de Outubro); os *funcionários das secretarias judiciais* (art. 80 b, do Decreto-lei nº 376/87, de 11 de Dezembro), os *titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos* (Lei nº 64/93, de 26 de Agosto; os *titulares de cargos de livre designação, especial confiança e elevada responsabilidade* (Decreto-lei nº 196/93, de 27 de Maio); os *funcionários do Ministério dos*

*Negócios Estrangeiros* (art. 40º do Decreto-lei nº 47331, de 23/11/1966); os *médicos municipais* (artº 642º do código Administrativo; os *funcionários e agentes da Administração Pública*, salvo autorização prévia do Ministério da tutela competente, contanto que se verifiquem os requisitos das várias alíneas do nº 3 do artº 32º do Decreto-lei nº 427/89, de 7 de Dezembro; o *peçoal dirigente* dos serviços e organismos da Administração central, local do Estado e Regional e dos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos públicos, excepto em casos devidamente fundamentados, autorizados pelo membro do Governo competente, contanto que a actividade mercantil não seja susceptível de comprometer ou interferir com a isenção exigida para o exercício destes cargos (nº 3 do artº 9º do Decreto-lei nº 323/89, de 26 de Setembro); o pessoal dos serviços e organismos da Administração Pública, dos institutos públicos, dos serviços e organismos dependentes, orgânica e funcionalmente, da Presidência da República, da Assembleia da República, das Forças Armadas e das Forças de Segurança, contanto que ocorram as circunstâncias previstas no 3 do artº 12º do Decreto-lei nº 184/89, de 2 de Junho)<sup>(490)</sup>;

<sup>(490)</sup> Estes deveres de isenção, de dignidade e transparência na actividade de todos os que estão ao serviço da Administração Pública, directa, indirecta e autónoma foram reforçados por via do Decreto-lei nº 413/93, de 23 de Dezembro, que veda os titulares de órgãos, funcionários e agentes da Administração Pública, por si só ou por interposta pessoa (v.g., cônjuge, ascendentes, descendentes, irmãos, sociedades comerciais participadas, directa ou indirectamente pelo funcionário ou por estes familiares) do exercício a título remunerado, de actividades privadas (incluindo actividades comerciais ou industriais) concorrentes ou similares com as funções que exercem na Administração Pública, contanto que com esta sejam conflituantes (Cfr., arts. 2º, 6º, 7º, do referido diploma).

- j) certos impedimentos específicos para os *membros da Comissão Nacional de Eleições* (Decreto-lei nº 93-B/76, de 29 de Janeiro);
- l) os *notários*, que não podem comerciar (Decreto-lei nº 92/90, de 17 de Março, na redacção do Decreto-lei nº 238/93, de 3 de Julho);
- m) todos aqueles que exercem *profissões liberais*, cujo exercício, fiscalização e sancionamento caiba a *Associações Públicas* (v.g. *advogados*: Decreto-lei nº 84/84, de 16-3; *engenheiros*: Decreto-lei nº 119/92, de 30-6; *médicos*: Decreto-lei nº 282/77, de 5-7<sup>(491)</sup>, *médicos veterinários*: Decreto-lei nº 368/91, de 9-10; *revisores oficiais de de conta* (Decreto-lei nº 422-A/93, de 30-12); *solicitadores*: Decreto-lei nº 483/76, de 19-6) que, em certas circunstâncias, variáveis de caso para caso, estão impedidos de comerciar.
- n) com certos impedimentos específicos dos *administradores judiciais* (Decreto-lei nº 276/86, de 4-9);
- o) os *sacerdotes da Igreja Católica*, que estão inibidos de comerciais (cânones 139 a 142, do Código de Direito canónico);

Outras situações existem em que os impedimentos para comerciar decorrem, ainda que não automaticamente [(artº 30º/4, da constituição<sup>(492)</sup>] da prática de certos *crimes* ou *contra-ordenações*, particularmente no qual

<sup>(491)</sup> Mantem-se, porém, em vigor o Decreto-lei nº 40651, de 21-6-1956, até à legal aprovação e vigência do código Deontológico dos Médicos.

<sup>(492)</sup> Conforme decorre desse preceito: *Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.*

concerne àquelas actividades mercantis que pressuponham uma particular *confiança* da clientela<sup>(493)</sup>.

Por isso que não é estranhável que a lei estabeleça como requisito de obtenção do *cartão de identidade e empresário individual* – a emitir pelo Registo Nacional de Pessoas Colectivas – não estar o requerente *inibido do exercício do comércio* por sentença penal transitada em julgado ou por decisão, em processo de contra-ordenação, nos termos e limites que estas determinam.

#### H) A liberdade de comércio e o exercício do comércio por cidadãos estrangeiros.

Após a Revolução Francesa e por mor de extinção do sistema das corporações incrementou-se a *liberdade de comércio*, que até aí dependia da autorização das corporações ou do rei e estava sujeita a numerosos *condicionamentos* (fiscais, aduaneiros, administrativos, etc.). O código

<sup>(493)</sup> Cfr., arts. 69º, 97º, 98º, 100º, do código Penal; art. 12º do Decreto-lei nº 28/84 (sobre crimes anti-económicos e contra a saúde pública). Cfr., em geral, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, Coimbra, 1994, pág. 174, 511-512; LASALLE, *Les interdictions professionnelles en droit des affaires*, in *Revue de science criminelle*, 1989, pág. 474; MERLE/VITU, *L'interdiction professionnelle en droit comparé*, in *Liber Amicorum R. Screvens*, Bruxelas, 1986.

Parece, todavia, que o art. 69º do código Penal visa as profissões que, não cabendo na função pública, porém, constituam uma verdadeira *função* ou, *lato sensu*, um *cargo* fortemente ligado à realização do interesse público, isto é, abrange só as *profissões liberais* e, destas parece-nos somente as que são *protegidas* (cfr, *infra* pág. 421 e segs.). Ou seja, profissões em que se faz sentir exigências de especiais deveres e dignidade de exercício, atinentes a uma confiança geral necessária ao exercício da função. Em tudo o que aqui não cauber é que se faz despoletar a aplicação de uma *medida de segurança de interdição*, prevista no art. 97º/1, do mesmo código; *medida de segurança* esta que é diferente da *pena acessória* decorrente do art. 69º deste código. São, contudo, *penas e medidas de segurança* estritamente *personais*, temporalmente limitadas, exigindo, quanto à sua oportunidade e duração, a consideração do *princípio da proporcionalidade*.

comercial francês de 1807, talqualmente o português, não faz qualquer alusão à *nacionalidade* do comerciante. Porém, entre nós, a liberdade de comércio e indústria só penetra com relativo sucesso após a promulgação da Carta Constitucional de 1826 (art. 145º, 23) e, fundamentalmente, do Decreto-lei de 7/5/1834, que extinguiu as *corporações* e pôs termo a diversos condicionamentos a essa liberdade. Só que, ainda assim, a *constituição* de 1933, ao proteger a iniciativa privada (art. 32º), não impediu diversas formas de intervenção do estado na economia para a defesa do interesse nacional, mormente para o efeito de condicionar ou restringir o investimento estrangeiro no país.

Foi esse o caso da orientação estabelecida pelo *Estatuto do comerciante* (Decreto-lei nº 48261, de 23/2/1968) e pelos Decretos-Leis nºs 1994 de 13-4-1943 e 46312, de 28-4-1965, que exigiam a maioria de capital e de administração por parte de cidadãos portugueses, em actividades e sectores de relevante interesse económico.

Após o 25 de Abril de 1974, dando cumprimento ao nº 2 do artigo 85º da primitiva versão da Constituição de 1976, a Lei nº 46/77, de 8 de Julho vedou a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza a actividade económica em diversos sectores.

Lei esta que foi posteriormente alterada, na sequência da revisão constitucional de 1982 (Decreto-lei nº 406/83, de 19/11) e 1989<sup>(494)</sup>. (Decretos-Leis nºs 339/81, de 10-9 e 372/93 de 29-10) no sentido de abrir à iniciativa privada, ainda que sob a forma de concessão, alguns dos sectores vedados (v.g., captação, tratamento e distribuição de água para consumo público).

<sup>(494)</sup> E, ainda antes desta revisão, pelo Decreto-lei nº 449/88, de 10-12 (arts. 4º, 5º, 7º e 9º) e Lei nº 110/88, de 29-9 (arts. 4º, 5º, 7º e 9º/2).

Todavia, com a adesão da República Portuguesa às *Comunidades Europeias*, em 1984, passaram a vigorar, entre nós, as disposições do arts 52º a 66º do Tratado que instituiu as *Comunidades (Tratado de Roma)*, sobre o direito de estabelecimento e de prestação de serviços no mercado interior das *comunidades*.

De facto, o *Tratado de Roma*, ao instituir a *Comunidade Económica Europeia*, repousa sobre o *princípio da livre circulação de pessoas e de capitais*, condenando as medidas que limitam o exercício do comércio no espaço soberano do território dos Estados contratantes. Para o futuro, o art. 53º do *tratado de Roma* interdita que os Estados-membros introduzam novas restrições ao estabelecimento de nacionais de outros Estados-membros no seu território<sup>(495)</sup>. Por seu turno, o art. 54º do *Tratado* atribuía poderes ao *Conselho* no sentido de eliminar progressivamente as discriminações existentes, salvo no dizia respeito às actividades ligadas ao exercício da autoridade pública (art. 55º)<sup>(496)</sup> e bem assim as restrições justificativas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (art. 56º)<sup>(497)</sup>.

Pela circunstância de estas medidas poderem comprometer seriamente a aplicação do princípio da

<sup>(495)</sup> O art. 62º do Tratado plasma uma regra semelhante para as prestações de serviços.

<sup>(496)</sup> Cfr., a interpretação restrita levada a efeito pelo tribunal de Justiça das comunidades no acórdão de nº 2/74, de 21-6-1974 (Reyners), in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, pág. 561.

<sup>(497)</sup> Cfr., LYON-CAEN, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, pág. 693; DRUESNE, *ivi*, 1981, pág. 286; *idem*, *ibidem*, 1982, pág. 706. O art. 63º enuncia uma idêntica regra para as prestações de serviços. O artº 58º assimila, por outro lado, às pessoas físicas, para o efeito do exercício do direito de estabelecimento no mercado interior da União Europeia, as sociedades constituídas em conformidade às leis de um estado-membro e que aí tenham a sede, a administração, ou, quanto muito, o principal estabelecimento. É esta, como é bom de ver, uma solução bastante liberal, pois que pode ser invocada por uma sociedade, cujos estatutos fixem a sede num dos países da União Europeia, conquanto a sede real se situe fora da União ou sociedade seja controlada por uma sociedade com sede num país terceiro.

*liberdade de estabelecimento*, acaso cada Estado-membro conservasse um domínio de discricionariedade técnica para o efeito de restringir, a seu bel talante o referido princípio, foi no Tratado prevista a emissão de Directivas de coordenação (cfr., a Directiva nº 64/221, do conselho, de 25-2-1969).

Todavia, independentemente das medidas que foram tomadas no sentido da plena consagração do direito de estabelecimento e de livre prestação de serviço, o estatuto normativo das sociedades dos países da ora União Europeia submete-se às disposições do direito nacional de cada Estado-membro (cfr., acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 27-9-1988, in *Les Petit Affiches*, 22-2-1989, pág. 5, com a anotação de CARTOU).

Conquanto estas medidas se deveriam tornar efectivas, à luz do *Tratado de Roma*, até 31 de Dezembro de 1969 (art. 52º), a complexidade dos problemas colocados impediu o cumprimento deste prazo. Daí que, o *Tribunal de Justiça das Comunidades* tenha decidido que, após essa data o princípio da liberdade de estabelecimento fosse directamente aplicável, mau grado a ausência de directivas comunitárias no tocante aos vários sectores de actividade económica<sup>(498)</sup>.

Ainda assim, em 15-1-1962<sup>(499)</sup>, foram introduzidos pelo conselho de Ministros da CEE, dois programas gerais tendentes à liberalização do direito ao estabelecimento e prestação de serviços no, então, quadro comunitário.

<sup>(498)</sup> Acórdãos de 3 e 12 de Dezembro de 1974 (in *Gazette du Polais*, 1975.2.554), de 28-6-1977 (in, 1977.2.562), de 4-12-1986 (in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, pág. 207); BERR/GROUTEL com anotação na pág. 83 = *Cahiers de droit européen*, 1987, pág. 526, com anotação de STEENBERGEN.

<sup>(499)</sup> In *Jornal oficial das comunidades*, de 15-1-1962, pág. 36-62.

O direito de sedear um *estabelecimento principal* num dos Estados-membros é largamente reconhecido a todas as sociedades dos outros estados-membros<sup>(500)</sup>. Já a liberalização da prestação de serviços e de estabelecimento através da criação de *agências*, sucursais ou *filiais* só aproveita às sociedades e empresários sedeados no espaço da *União*. A diferença de tratamento é facilmente intuível na medida em que o estabelecimento principal implica a integração da empresa comercial no país da *União Europeia* onde se instala, ao passo que a prestação de serviços e a criação de *agências filiais* ou sucursais representa a penetração económica num país de uma *empresa* instalada noutro país; ora, a exigência de um *estabelecimento* no território de um Estado-membro permite evitar que a economia da *União* fique sujeita à influência, mais ou menos agressiva de *empresas* cujo centro de decisão se situa no exterior do espaço da *União Europeia*.

Entre nós, quanto à liberdade de exercício de comércio por estrangeiros, (incluindo naturalmente os cidadãos da União Europeia) o Decreto-lei nº 214/86, de 2 de Agosto estabelece o princípio de que *é permitido o estabelecimento a nacionais e estrangeiros em todos os sectores económicos abertos à actividade privada, nos termos da Lei nº 46177, de 8 de Julho (...) com ressalva das limitações e condicionamentos fixados ou previstos em acordos e tratados internacionais a que Portugal se encontre vinculado* (art. 1º). Assim, ficaram necessariamente sujeitos ao *condicionamento* dos arts. 55º e 56º do Tratado de Roma os

<sup>(500)</sup> Já porém, no que toca à *transferência da sede social* as disposições do tratado não conferem directamente a possibilidade de uma sociedade, constituída em conformidade à legislação de um Estado-membro, poder transferir livremente a sua sede em direcção para outro Estado-membro. Assim, acórdão do Tribunal de justiça das comunidades, de 27-9-1988, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, pág. 357, com anotação de DARMON. É que, a disparidade das legislações nacionais sob o elemento de conexão relevante – *rectius*, a nacionalidade da sociedade – coloca problemas, de todo em todo, insolúveis pelas regras atinentes ao direito de estabelecimento enquanto normas de aplicabilidade directa e imediata, pois que se não prescinde da harmonização entre as legislações dos Estados-membros. Cfr., MARENCO, *La notion de restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services dans la jurisprudence de la cour*, in *Gazette du palais*, 1992, 1, Doctrine, 317.

projectos que implicam, principal ou acessoriamente, a detenção, a posse, a utilização ou exploração de bens do domínio público, não susceptíveis de renovação.

Assim, só mediante contratos de concessão temporária se pode efectivar o estabelecimento em sectores cujas actividades estejam ligadas, ainda que ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública (v.g., *privatização* dos serviços prisionais) ou afectem a ordem, a segurança ou a saúde públicas ou respeitem à produção ou ao comércio de armas, munições e a material de guerra [mas já não, v.g., no que respeita, segundo pensamos, ao desmantelamento e eliminação de munições e armamento obsoleto, com vista à sua reciclagem e ao aproveitamento subsequente da matéria-prima].

Já, porém, por força do Decreto-lei nº 60/93, de 30 de Março, ao invés do que sucede com os nacionais dos Estado-membros da União Europeia, se prevê a possibilidade de um cidadão oriundo de país terceiro ver recusada a *autorização de residência* enquanto pressuposto do início de uma actividade comercial ou industrial no nosso país<sup>(501)</sup>.

Já, porém, só as pessoas que possuam nacionalidade portuguesa, residam em Portugal e se encontrem no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos é que podem ser proprietárias de *publicações periódicas*. Mas, se a empresa jornalística revestir a forma de sociedade comercial deve ela ter sede em Portugal, não podendo a participação, directa ou indirecta, de capital estrangeiro exceder 10% [nº 228 do art. 7º do Decreto-lei nº 85-c/75, de 26-2).

<sup>(501)</sup> De resto, nem sequer os cidadãos da *União* podem ver recusada em Portugal a autorização de residência, mesmo na hipótese de *desemprego de longa duração*.

### I) Outros condicionamentos administrativos em geral.

Conquanto o princípio geral seja, hoje, o da *liberdade do comércio*, na decorrência do da *liberdade de iniciativa económica* (arts. 61º/1, 96º, 102º, 103º, etc, da constituição), a lei, tendo em conta o interesse geral (e os interesses colectivos individualmente sentidos dos trabalhadores, dos consumidores, dos agricultores, dos agentes mercantis), para além de estabelecer limites traduzidos em actividades absolutamente vedadas à iniciativa privada<sup>(502)</sup>, consagra diversas restrições e condicionamentos a essa liberdade de índole jurídico-administrativa.

É o que se passa com os *licenciamentos* ou *autorizações* de que depende o exercício de certas actividades comerciais ou industriais.

Sendo a lista inabarcável é este, designadamente, o caso dos *empreiteiros* de obras públicas e industriais de construção civil, dos *agentes transitários* (DL nº 43/83, de 25-1), da actividade seguradora (DL nº 188/84, de 5 de Junho, na redacção do DL nº 155/86, de 23 de Junho) e bancária (DL nº 298/92, de 31-12); com a actividade comercial de *mediação imobiliária* (DL nº 285/92, de 19-2 e Portaria nº 1297/92, de 26-12); a *mediação de seguros* (DL nº 388/91, de 10-10), a actividade de prestação de *serviços de segurança privada* (DL nº 282/86, de 5-9); a actividade de *agências de viagem e turismo* (DL nº 198/93, de 27-5), os *transportes terrestres* (DL nº 10/90, de 17-3); os *transportes marítimos* (DL nº 150/88, de 28-4, DL nº 414/86, de 15-12 e DL nº 422/86, de 23/12); a actividade de *feirante* (DL nº 252/86, de 25-8, na redacção do DL nº 251/93, de 14-7;

<sup>(502)</sup> Cfr., Lei nº 46/77, de 8-6, na redacção.

DL nº 336/85, de 25-8); *vendedor ambulante* (DL nº 122/79, de 8-5)<sup>(503)</sup>; o ofício de *corrector* (DL nº 60/88, de 27-2); a actividade de aluguer de veículos sem condutor; certas indústrias de acesso limitado (DL nº 519-I/79, de 29-12).

Acresce que as entidades sujeitas a registo comercial obrigatório (sociedades comerciais e comerciantes em nome individual) são oficiosamente inscritas no *Registo Nacional de Pessoas Colectivas* <sup>(504)</sup>, o qual tem por atribuições, entre outras, a emissão do *certificado de admissibilidade de firma e denominação*<sup>(505)</sup>, sem o qual é vedado a *matrícula* dos comerciantes no registo comercial, excepto dos comerciantes em nome individual que usem como firma o nome completo ou abreviado (art. 19º/1, a *contrário*, do D1 42/89). Note-se que, tal como está formulado na lei, este requisito da exigência de certificado de admissibilidade de firma ou denominação impede a realização de escrituras públicas e de outros instrumentos destinados à constituição de pessoas colectivas ou de *estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada* se e quando a sua exibição não for feita ao notário (art. 17º/1, do citado diploma). Além de que sujeitam os interessados na prática destes actos a contra-ordenação, nos termos do art. 63º/1, c, do mesmo preceito.

<sup>(503)</sup> Alterado posteriormente pelos DL nº 282/85, de 22 de Julho, 238/86, de 5 de Setembro, 339/91, de 16 de Setembro, e 252/93, de 14 de Julho; cfr., ainda o despacho normativo 238/79 (in Diário da República, de 8-9-1979).

<sup>(504)</sup> Cfr. arts. 29º e 35º do DL nº 42/89, de 3-2.

<sup>(505)</sup> Cfr. arts. 17º e segs. do citado diploma.

## J) As actividades não comerciais<sup>(506)</sup>

Um grande número de *profissões*, algumas das quais úteis aos incrementos do mercado económico, não têm carácter comercial. E podem elas analisar-se, fundamentalmente, em três categorias: os *agricultores*, os *artesãos* e os *profissionais liberais*. As duas primeiras escapam ao âmbito do direito comercial em razão do seu jaez essencialmente manual. A terceira igualmente exorna as fronteiras desta disciplina por causa da natureza – essencialmente intelectual – das actividades realizadas.

### I – O Artesanato

O Código Comercial português não distingue explicitamente os comerciantes dos artesãos<sup>(507)</sup>. Todavia, o §1 do art. 230º do Código Comercial considera como empresas *não comerciais* as organizações de factores produtivos tituladas e exercidas pelo *artista*, industrial, mestre ou oficial do ofício mecânico que *exerce directamente*

<sup>(506)</sup> Cfr. RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 129 e segs, 135 e segs, 141 e segs; REINHARD, Y, *Droit Commercial...*, cit., 3ª ed., pág. 163 e segs; CAMPOBASSO, *Droit Commercial...*, cit., pág. 46 e segs; COTTINO, *Droit Commercial*, cit., pág. 46 e segs; GALGANO, *Droit Commercial*, cit., I, pág. 14 e segs; ASCARELLI, *Corso...*, cit., pág. 170; PUPO CORREIA, *Direito Comercial* cit., 3ª ed., pág. 145 e segs; VICENT CHULIÀ, *Compendio...*, cit., pág. 84 e segs; GUYON, *ob. cit.*, pág. 60 e segs. LE GALL, J.P., *Droit Commercial*, 1993, cit., pág. 21-22; HOUIN/RODIÈRE/LEGEAIS, *Droit Commercial*, t. 1, 9ª ed., Paris, 1993, pág. 30; GALGANO, *Sommario...*, pág. 19 e segs, 23 e segs.

<sup>(507)</sup> Talqualmente no *code de commerce*. Cfr. SOUSI-ROUBI, *La notion d'artisan en droit français*, L' Hermes, 1992; ROBLOT, *La notion juridique d'artisan*, in *Annales de droit économique*, 1953, pág. 99; MOURIER, *Artisan*, in *Recueil Dalloz de droit commerciale*, 2ª ed.

a sua arte, indústria ou ofício, embora empregue para isso, ou só operários ou operários e máquinas. O que vale por excluir a comercialidade das empresas e dos empresários que reúnam estas características. Mister é, por conseguinte, indagar quais são essas características.

Em primeiro lugar é pacífico afirmar-se que a *empresa artesanal* retira a essencialidade dos seus ganhos – ou da sua *economicidade* – do *trabalho manual* – e por isso, pessoal – do artesão. Por isso que, o emprego de trabalho assalariado, com significado jaez no processo produtivo destoutro, descaracteriza, do mesmo passo, o seu próprio trabalho. Até porque é a qualificação, a habilidade ou a destreza do exercente que sobreleva o número, mais ou menos expressivo, de assalariados: os *operários* que trabalham para o artesão não desfrutam de verdadeira autonomia profissional, pois é a competência, a destreza ou a habilidade do *empresário artesão* que verdadeiramente caracteriza a *empresa artesanal*.

Em segundo lugar, parece necessário que o elemento *trabalho* – próprio e/ou alheio – assuma preponderância na economia dos restantes factores de produção postos, eventualmente, em movimento pelo exercente. Juízo este que, entre nós<sup>(508)</sup>, deve analisar-se no enfoque puramente *qualitativo*, ou seja, a prevalência do *trabalho manual e próprio* do exercente deve estabelecer-se em função não só do factor *trabalho alheio*, mas também relativamente ao *capital* investido na organização. Assim, não é artesão o

<sup>(508)</sup> Ao invés do que decorre em Itália, nos termos do art. 4º da Lei nº 443/1985 de 8 de Agosto em França, conforme defluiu do art. 2º do Decreto de 10-6-1983; cfr., BIN, *Impresa artigiana*, *Contratto e impresa*, org. por P. RESCIGNO, 1986, I, pág. 236 e segs.; CAVAZZUTI, in Nuove *aggi Civili Commentate*, 86, pág. 1042. BIONE, M., *Piccolo imprenditore*, in Enciclopédia *Giuridica*, XXIII, Roma, 1990; SANTINI, G., *Il piccolo imprenditore commerciale e la sua concreta identificazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1962, I, pág. 4 e segs.; CAMPO BASSO, L.F., *La ricodificazione del piccolo imprenditore*, *ivi*, nº 4, 1992, pág. 343 e segs.

sujeito que, pese embora concorra com a sua própria actividade laborativa manual, conquanto recorra ou não a trabalho alheio, utiliza no processo produtivo maquinismos, cujo valor económico supera qualitativamente a avaliação do factor trabalho. Dito de outro modo: deve sempre tratar-se de uma *organização*, na qual a qualidade dos produtos e serviços se ligam intrinsecamente à pessoa do exercente e cujo peso determinante no processo de produção se surpreende mediante uma situação de complementaridade ou subsidiariedade – e, logo, a falta de autonomia como valor de posição nesse mercado dos capitais investidos ou do trabalho alheio, para o efeito, recrutado.

Do mesmo passo, se a actividade é desenvolvida por uma cooperativa (de artesanato) deve exigir-se que, ao menos, a maioria dos cooperantes empregue prevalentemente o seu trabalho manual no processo produtivo, contanto que, ainda assim, prepondere em face do factor capital.

Acresce que, a comercialização dos produtos fará, por via de regra, excluir o carácter artesanal da exploração<sup>(509)</sup>. Daí que onde um profissional exercita uma dupla actividade de produção *manual* e de compra para revenda, preponderará normalmente a comercialidade dessa actividade (v.g., pasteleiro com fabrico próprio que, também, compra outras doçarias, gelados, etc., para revender a certos padeiros). Mas, ao invés, logo que a comercialização dos produtos mais não tem do que um *carácter secundário*, instrumental, não sistemático, a teoria do acessório conduz a considerar a

<sup>(509)</sup> É o caso, por exemplo, do carpinteiro que vende coisas móveis trabalhadas por si, próprias da actividade a que se dedica, se e quando adquire a madeira que utiliza a uma outra pessoa ou empresa. De facto, nesta hipótese, estamos perante uma *venda comercial*, conforme decorre do preceituado no art. 463º, nº 3, do código comercial, ainda que só o seja do lado do carpinteiro-vendedor. Sobre isto, cfr., AeRC, de 26/10/93 (SILVA GRAÇA), recurso nº 46/93, in *Data Juris*, Base de Dados, cit.

natureza puramente não comercial ou civil das referidas actividades. O critério reside, pois, no jaez pontual ou ocasional das compras para revenda<sup>(510)</sup>.

No mais, deve entender-se que o artesão não constitui *stocks* de mercadorias, pois que o seu *avantajamento económico* brota principalmente do seu *trabalho*, que não da especulação sobre mercadorias<sup>(511)</sup>.

Do que vai dito fácil é já intuir a escassa relevância macro-económica destes pequenos *empresários independentes* que vivem essencialmente do produto do seu trabalho manual, conquanto a sua importância social e micro-económica tenha levado o legislador a, não raro, promover e incentivar a sua consolidação.

Exemplo disto é a Resolução do Conselho de Ministro nº 47/92, de 23-11 (rectificada pela declaração de rectificação nº 11/93, de 30-1), que aprovou o Programa de Artes e Ofícios tradicionais; a Portaria nº 402/86, de 25-7, que homologou a criação do Centro de Formação Profissional de Artesanato; a Portaria nº 923/92, de 24-9, que aprovou o Regulamento do Regime de Auxílio a Pequenos Investimentos na Zona de Fronteira (na redacção do DL nº 19/94, de 25-1); demais legislação que cria *Regiões Demarcadas* (v.g., Decreto Regulamentar nº 39/87, de 29/6); o DL nº 246/82, de 23-6, que criou o símbolo do artesanato

<sup>(510)</sup> Sobre isto, cfr., AULETA/SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., 8ª ed., pág. 24. REINHARD, Y., *Droit commercial...*, cit., pág. 167; Acórdão da *Corte di cassazione*, nº 2310, de 5/3/1987; acórdão da *cour de cassation* (chambre commerciale), de 6/2/1962, in *Gazette du Palais*, 1962, 1, pág. 393; idem, de 18-2-1980, in *Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambres civiles*, 1980, 4, nº 84 = *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1980, pág. 759, com anotação de DERRUPPÉ; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, 3ª ed., pág. 148.

<sup>(511)</sup> Vide acórdãos da *Cour de cassation*, de 16-7-1982 (in *Bulletin des arrêts de la cour...* cit., 1982, 4, nº 272), de 2/5/1972 (ivi, 1972, 4, nº 128), de 4/10/1966 (in *Dalloz-Sirey*, 1966, pág. 682); HOUIN/RODIÈRE/LEGEAIS, *Droit commercial*, cit., pág. 32; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., pág. 145. Entre nós, sempre assim se entendeu. cfr., AcSTJ, de 10/12/1909 (in *Gazeta da Relação de Lisboa*, Ano 23º, nº 75, de 22/2/1910, pág. 597), ainda JOSÉ TAVARES, *Das empresas...*, cit., pág. 130.

português; o DL nº 154/81, de 5-6, que criou uma estrutura administrativa de apoio ao artesa-nato, etc.

Artesãos são, por exemplo, os taxistas, os pintores, os electricistas, os mecânicos, os cabeleireiros, os sapateiros, as costureiras, os pedreiros, os serralheiros (que não sejam trabalhadores dependentes), etc.

Se, tradicionalmente, as actividades artesanais relevam tão-só do ponto de vista do direito civil, é dizer, eram actividades de natureza civil, vem-se assistindo à tendência de, aqui e acolá, fazer alinhar o estatuto jurídico-privado do artesão com o do comerciante. Os artesãos, por exemplo, beneficiam da protecção oferecida pelas normas que sancionam a *concorrência desleal* (art. 212º do Código da Propriedade Industrial) sujeitam-se às infracções e punidas pela comissão de práticos individuais restritivas da concorrência (DL nº 370/93, de 29-10) e demais práticas proibidas no quadro da *defesa da concorrência* (DL nº 272/93, de 29-10); podem ser parte contratante, como locatários, no leasing financeiro (art. 2º do DL nº 171/79, de 6-6<sup>(512)</sup>); estão sujeitos à *falência*, acaso exercitem a sua actividade através de uma *organização de factores de produção (empresa de artesanato)*, isto é, se coordenarem e concatenarem no seu processo produtivo máquinas, operários e capital nos termos atrás assinalados (art. 2º do código das falências); é-lhes lícito, nos quadros da liberdade contratual, desenvolver a sua actividade em *centros comerciais*, aproveitando, em termos recíprocos, a clientela e a justaposição de actividade comerciais dos diversos titulares de *estabelecimentos comerciais* sediados nesse

<sup>(512)</sup> Cfr. Aviso publicado no Diário da República, nº 52, de 4-3-1982, que indica os bens que podem ser objecto da *locação financeira mobiliária*.



ocal, seguindo esse contratos a disciplina do arrendamento urbano para comércio ou indústria; a transmissão – temporária ou definitiva – do estabelecimento, onde o artesão exerça a sua actividade, segue a disciplina seja da *locação do estabelecimento comercial*, seja do *traspasse* (art. 115º do Regime do Arrendamento Urbano) porquanto essa universalidade jurídica, mais ou menos complexa, incluída pelo somatório de elementos materiais e imateriais, móveis ou imóveis, não pode deixar de classificar-se como *estabelecimento industrial*. De facto, a actividade do artesão sobreleva no quadro da *indústria dos serviços*. De resto, se o artesão (ou v.g., a cooperativa e artesanato) exercer a sua actividade em local alheio, dá-lo, por isso mesmo, e por via de regra, ao abrigo de um *contrato de arrendamento para indústria* sujeito ao receituado dos arts. 110º e segs. do *Regime do Arrendamento Urbano*<sup>(513)</sup><sup>(514)</sup>.

No plano fiscal, os artesãos estão submetidos, enquanto pessoas humanas, ao regime do *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, sendo que a vantagem económica fiscalmente relevante (*rendimento*) se inclui na categoria dos *rendimentos industriais* (art. 4º/1/2, do I.R.S.), mas, ao invés, no plano da tributação indirecta no respeitante ao Imposto sobre o valor acrescentado (*IVA*), algumas actividades artesanais são isentas de imposto (art. 9º/39, do Código do I.V.A.).

<sup>(513)</sup> Cfr., sobre a classificação como industrial de um arrendamento, o AcRP, de 11/5/1970, in *jurisprudência das Relações*, ano 16º, pág. 437.

<sup>(514)</sup> Assim, também, no ordenamento francês. Cfr., *Decreté de 30/9/1953, Decret-loi de 2/9/1953, Loi de 20/9/1956*; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 148-149; REINHARD, *Le Droit Commercial*, cit., pág. 168-151-152.

## II – A Agricultura<sup>(515)</sup>

A economia política distinguiu sempre a agricultura da indústria e do comércio. De facto, a força produtiva da terra impõe um específico carácter à exploração agrícola. O agricultor, talqualmente o comerciante ou o industrial, compra as matérias primas (v.g. sementes) e vende os seus produtos. Só que estes são os produtos da *terra*, do solo, que não as utilidades produzidas pela indústria ou os produtos comprados ao produtor, fabricante, importador ou a outro agente do ciclo económico. De resto, a exploração agrícola precedeu a actividade comercial, formando os agricultores um grupo social separado e tradicionalmente distinto dos comerciantes, em razão, designadamente, dos seus costumes e hábitos de vida. Além de que a sujeição dos agricultores a riscos de *exploração* qualitativamente diversos (v.g., condições meteorológicas adversas, doenças nas plantas) foi motivo ponderado para a sua não sujeição ao regime das obrigações jurídico mercantis.

Ainda assim, para além destes motivos, os autores clássicos surpreendiam um outro: a actividade não deveria revestir carácter comercial posto que ela dizia respeito ou indicia sobre *bens imóveis* (o solo dos prédios rústicos), vale dizer, o *objecto* da exploração era sempre um *imóvel*; corrente esta, desde cedo, criticável à luz das nóveis tendências a implicarem a comercialização das operações que incidam sobre imóveis.

<sup>(515)</sup> Cfr., GALGANO, F., *Sumário...*, cit., pág. 19 e segs; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 130 e segs (nº 177 e segs); REINHARD D., Y., *Droit Commercial...*, cit. pág. 168 e segs; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit. pág. 51 e segs.; AULETTA/SALANTRO, ob. cit., pág. 45 e segs.; VICENT CHULIA, *Compendio...*, cit., pág. 84-85; NÉGRETE, *Que fait-il entendre par activé agricole?*, in *Gazette du Palais*, 1970, 2, Doctr. 262.; COURET, *Activités agricoles et activés commerciales*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, pág. 277; DIDIER, P., *La terre et le droit commercial: Études a la memoire de H. Calvillac*, 1967, pág. 153; PUPO CORREIA, ob. cit., pág. 146-147; BERRY, *Activités agricoles et droit civil*, in *Revue de droit rural*, 1992, 1.

Por isso que a exoneração da actividade agrícola do campo de direito comercial prende-se mais com a natureza da exploração em causa.

Daqui decorre que o agricultor retira o seu vantajamento económico seja da venda dos produtos que cultiva, dos animais que faz nascer, alimenta e vende e das madeiras que extrai e vende, após ter cultivado o bosque.

Devem, pois, reputar-se como agrícolas todas as actividades correspondentes à direcção, fiscalização e exploração de um *ciclo biológico de carácter vegetal ou animal*, constituído por uma ou mais etapas necessárias ao desenvolvimento desses ciclos e bem assim as actividades exercidas pelo explorador que constituam um prolongamento necessário do acto de produção, ou que sejam conexas complementares ou acessórias a essas explorações.

Conquanto os §§ 1º e 2º do art. 230º e o nº 2 do art. 464º do código comercial se refiram à *agricultura* no sentido de a excluir do elenco das actividades comerciais, o mesmo se deve entender no que concerne à *pecuária* (nº 4 do art. 464º, do mesmo código), à *silvicultura e exploração florestal*. Podemos dizer que estas são actividades *essencialmente* agrícolas. O exercício de uma delas é condição necessária e suficiente para classificar o exercente como agricultor. Já as actividades agrícolas *por conexão* são-nos quando exercitadas ao mesmo tempo por alguém que desenvolve uma actividade *essencialmente* agrícola. E note-se que estas são actividades agrícolas porquanto incluem, de entre os vários factores de produção, o específico factor que é a *terra*.

*Prima facie*, a *agricultura* tem o primevo significado de desfrute ou gozo, por obra humana, da energia genética da terra. Não basta, pois, a mera recollecção dos frutos naturais do solo: é mister que a *actividade de cultivo* seja uma actividade humana de produção de bens. Por outro lado, é

irrelevante o grau de *automação* da actividade de cultivo: a massiva utilização de máquinas e respectivos investimentos de capital, com vista uma mais intensa utilização dos recursos do solo, não impede a qualificação dessa actividade de cultivo como actividade agrícola.

Doutra banda, a *silvicultura* enquanto exploração florestal é uma actividade diversa do cultivo da terra. Trata-se aquela de uma actividade, outrossim dirigida à produção do específico bem que é a madeira. Porém, não deve esta analisar-se numa actividade puramente extractiva, pois, que essencial é o prévio cultivo do bosque. De contrário, exercita-se uma actividade industrial (extractiva) que não uma actividade agrícola<sup>(516)</sup>.

Por último, a *criação de animais* parece ser, ainda, uma actividade essencialmente agrícola. Porém, não cabe distinguir – como se faz à luz de outros textos<sup>(517)</sup> – entre espécies de animais que são ou não são, tradicionalmente, criados à custa do revestimento e dos produtos do solo (v.g., bovinos, ovinos, caprinos, suínos, etc.). Na verdade, se a mecanização e a evolução das técnicas de produção e os métodos de produção é uma realidade neste sector da actividade económica, é bem de ver que as fronteiras do tradicional sector da agricultura não podiam ficar inalteradas.

E nem se diga que a criação de animais em séric (v.g., ostras, minhocas), ou a realização de *culturas artificiais* não são actividades agrícolas à luz do argumento da inexistência, no processo de criação, do específico factor de produção que é a

<sup>(516)</sup> Todavia, esta diferença é, na prática, irrelevante na medida que as *indústrias extractivas* são, tradicionalmente, excluídas do campo do direito comercial.

<sup>(517)</sup> Cfr., art. 2135 do *codice civile* quando se refere ao *allevamento del bestiame*. Assim, GALGANO, *Sommario...*, cit., pág. 20.

terra; ou que esta actividade se não expõe aos tradicionais riscos da agricultura, pretendendo outrossim eliminá-los, superando, do mesmo passo, os limites que a actividade agrícola coloca à produção. É que se olvida que, por mor desta mecanização e da evolução dos técnicos de produção, há, hoje, uma *agricultura industrial* que é, a nova fronteira onde se joga a relevância ou irrelevância da comercialidade do sector agrícola.

Por isso que ao propormos o aludido *critério biologista* (ou seja, actividades atinentes à direcção e exploração de um ciclo biológico vegetal ou animal) da delimitação das actividades agrícolas visamos ler com *outros olhos* as soluções jurídicas tradicionais em face da hodierna renovação dos métodos e técnicas de exploração.

A este propósito pode, desde logo, suceder que os agricultores comprem animais para revenda após os terem *engordado* (criação industrial de animais). Pode defender-se que o criador será comerciantes logo que os alimenta com produtos (rações) adquiridos para tal fim e não gerados do solo enquanto produtos da terra<sup>(518)</sup>. Porém, à luz do critério proposto é preciso individualizar um *quid mínimo* de duração temporal que possa caracterizar uma etapa necessária ao desenvolvimento de um ciclo biológico. Vale isto dizer que, independentemente da importância e da origem dos produtos adquiridos para esse fim, trata-se de uma actividade agrícola.

De igual sorte, a transladação das sementes (v.g., bolbos das futuras túlipas) e o enraizamento das

<sup>(518)</sup> Assim, *cour de cassation*, de 3/3/1969, (in Dallaz Sirey, 1969, 439); idem, de 8/5/1978 (in Bulletin des arrêts de la cour de cassation, 1978, nº 133 = trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1979, 87, com anotação de DERRUPÉ, de 10/7/1985, (in Bulletin des arrêts..., 4, nº 210), a não ser que a compra de rações tenha um carácter acessório ou complementar (assim, *acórdão da cour de cassation*, de 23/2/1983, in Bulletin des arrêts..., cit., 1985, nº 78); COZIAN, *Le statut de l'élevage industriel*, in *Juris Classeur Périodique*, 1971, I, 2381. CHESNE/MARTINE, *Le caractère civil ou commercial des exploitations d'élevage* in Dalloz Sirey, 1970, Chron., 171.

plantas são etapas necessárias de um ciclo biológico vegetal. Pelo que as actividades, v.g., das floristas ou dos cultivadores de viveiros, são tipicamente agrícolas, ainda que as sementes ou os rebentos sejam adquiridos no exterior para tal finalidade<sup>(519)</sup>.

Pode acontecer, por outro lado, que o produtor agrícola não se limite a cultivar o prédio, a criar os animais ou a produzir madeira. Conjuntamente à actividade agrícola, não raro, pode exercitar uma actividade que, à primeira vista pode revestir-se de natureza comercial. É, de facto, frequente que os agricultores transformem os produtos agrícolas e os coloquem no mercado tendo em vista o consumo final. Suponha-se que o *viticultor*, em vez de vender as uvas aos industriais de vinhos, transforma ele mesmo as uvas em vinho, colocando no mercado esse produto emergente da sua ulterior e própria actividade industrial (pense-se o mesmo relativamente, v.g., ao queijo, à manteiga, à farinha, etc). Torna-se ele comerciante em razão desta ulterior actividade industrial ou permanece um agricultor não comerciante? A solução segundo cremos, depende da possibilidade de qualificar esta actividade superveniente intrinsecamente comercial (por que transformadora) como actividade conexas complementar ou acessória<sup>(520)</sup>. Se subsiste entre uma e outra actividade *conexão* de semelhante jaez, o sujeito não é comerciante.

<sup>(519)</sup> Cfr. por exemplo, *acórdãos da Cour d'Appel de Aix* de 3/9/1976 (in Dalloz Sirey, 1978, 116 = *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1978, 82, com anotação de SORTAIS) e de Limoges, de 22/5/1991 (in *Juris Classeurs Périodique*, 1992, 467). A não ser que, v.g., a florista se limite a comprar e a revender as plantas ou as flores.

<sup>(520)</sup> Aparentemente em sentido contrário, mas no quadro do direito fiscal, cfr., AcSTA, de 5/12/1990 (RODRIGUES PARDAL), in *Actualidade Jurídica*, nº 13, pág. 14, ao considerar que o *engarrafamento, rotulagem e comercialização de vinho constitui uma segunda transformação, ficando por isso sujeita a contribuição industrial*; contra, no tocante à criação de animais, no ordenamento francês, cfr., *acórdão do conseil d'Etat*, de 6/2/1970, in Dalloz Sirey, 1970, 591, com anotação de LAMARQUE.

Pelo que avulta, *prima facie*, uma conexão subjectiva: a actividade intrínseca ou essencialmente comercial deve, para que se possa *diluir* na comum actividade do exercente, ser levada a cabo pelo mesmo sujeito que agricultura a terra, cria os animais (ou vegetais) ou planta e colhe os produtos da floresta<sup>(521)</sup>. Esta conexão meramente subjectiva não basta. Mister é ainda a subsistência de uma conexão objectiva, vale dizer uma ligação económica entre uma e outra actividade, por efeito da qual a actividade intrinsecamente não agrícola (v.g., transformadora) se revele acessória ou complementar da actividade agrícola [ou, doutro modo, que em termos económicos tenha nesta o seu suporte, base ou razão de ser]. E, nem sequer parece relevante tomar em consideração a importância económica da operação de transformação, outrossim, a *origem* dos produtos. Assim sempre que o sujeito acrescenta produtos exteriores por forma a complementar ou a melhorar as suas colheitas não deixa de ser considerado agricultor se e quando o seu comportamento se conte dentro dos limites autorizados ou tolerados pelo uso normal desses produtos.

Enfim, esta *teoria do acessório* permite ainda qualificar como civil – é dizer não-comercial – a actividade dos agricultores que, simultaneamente com os produtos das suas explorações, revendem, a título subsidiário, na economia do seu negócio, produtos que adquirem a outros agricultores<sup>(522)</sup>. O que, de todo o modo, não exclui que a mesma pessoa possa ser, a um tempo, agricultor e comerciante, acaso não haja

<sup>(521)</sup> Destarte, todo aquele que transforma as uvas, produzidas por outrem, em vinho, não desenvolve, obviamente uma actividade industrial conexa ou complementar de uma actividade agrícola, sendo, por isso, em regra, comerciante (a não ser que, simultaneamente, desenvolva uma actividade agrícola autónoma, caso em que é, simultaneamente, agricultor-comerciante).

<sup>(522)</sup> Cfr., acórdão da *cours de cassation*, de 22/19/1970, in Dalloz Sirey, 1971, 124, com anotação de CHESNE/MARTINE, em geral, vide, ainda JAUFFRET, *L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles*, in Études à P. Kaiser, 1979, II, 59.

*conexão objectiva* entre as suas actividades agrícolas e comerciais (ou industriais), não podendo dizer-se que uma é complementar ou acessória da outra vice-versa. E, sendo assim, estas actividades *combinam-se* na mesma pessoa de modo autónomo regendo o direito comercial aquela esfera de vida do sujeito atinente ao exercício das actividades comerciais/industriais.

Acresce que o problema da comercialização dos produtos agrícolas ao mercado interior da *União Europeia* tem exigido que os Estados-membros racionalizem economicamente a exploração, não só por efeito das assinaláveis diferenças nos custos de produção (que se repercutem no preço final dos produtos agrícolas), mas também por força da eliminação dos excedentes agrícolas. É neste quadro que se revêem os *Programas* de Apoio aos Agricultores Portugueses e as medidas do poder público tendentes ao reforço da competitividade e da organização económica dos produtos agrícolas. É o caso do DL n.º 336/89, de 4-10 que institui a figura das *sociedades de agricultura em grupo*, que são *sociedades civis sob forma comercial*, diploma este objecto de alteração pelos Decretos-leis n.º 339/90, de 30-10 e 382/93, de 18-11<sup>(523)</sup>.

Estão ainda as *pessoas físicas* – posto já era assim para as sociedades civis sob forma comercial – titulares de uma *empresa agrícola* sujeitas à falência (art. 2.º do código das falências), dispositivo inovador este que provocará inevitavelmente uma alteração das técnicas de financiamento e recurso ao crédito das empresas agrícolas e uma nável relação com os fornecedores e os Bancos<sup>(524)</sup>.

<sup>(523)</sup> Cfr. MODERNE *Émergence et ambiguïté du phénomène associatif en agriculture*, in Actualité Juridique, Dalloz analytique, 1980, 153; BONNEAU, *L'agriculture en quête de formes sociétés*, in Revue des Sociétés, 1975, pág. 36; MARTIN, *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, in Revue trimestrielle de droit commercial, 1974, pág. 1 e segs.

<sup>(524)</sup> Cfr. LEBRUN, J., *Reflexions sur l'extension au domaine agricole des procédures de redressement et de liquidation*, in Revue des n., 127; HAEHL, in Revue trimestrielle de droit commercial..., cit., 1989, pág. 128.

### III – As Profissões liberais<sup>(525)</sup>

As profissões liberais encerram, no seio das demais actividades humanas no mercado económico dos produtos e serviços, uma originalidade que se deve a um triplo particularismo: exigem frequentemente um esforço, por banda do exercente, puramente *intelectual* e, por consequência, essencialmente pessoal, excluindo, por isso, a especulação sobre mercadorias, trabalho alheio ou outros bens; supõem por outro lado, um exercício profissional mais desinteressado, pois que a modelação da prestação pessoal e intelectual de serviços a outrem sobreleva a intenção especulativa ou lucrativa; enfim, uma ligação pessoal fundada em acrescida exigência de *confiança*, une este profissional ao seu cliente.

As profissões liberais relevam de diversa sectores da actividade económica: no plano da ciência médica, os cirurgiões, os dentistas, os ginecologistas, os pediatras, os veterinários; na ciência jurídica, os advogados, os solicitadores, os administradores judiciais; na ciência económica, os economistas, os revisores oficiais de contas, etc.

Estes profissionais não são, enquanto tal, comerciantes. Podem, porém, sê-lo – e o mesmo vale para os *artistas* e *inventores* – se, simultaneamente, exercerem uma das *empresas* cujas características se recortam nos nºs 1 a 7 do art. 230º do código comercial. É o caso do médico que é titular e gere uma clínica privada, na qual pratica, também, *actos médicos*; do artista, titular de um teatro, onde actua;

<sup>(525)</sup> Cfr. CAMPO BASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 46 e segs; FARINA, in empresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani, V, Napoli, 1968, pág. 2113 e segs; ASCARELI, *Corso...*, cit., pág. 170; GALGANO *Diritto Commerciale...*, cit., nº 185 e segs; STILLMUNKES *La notion de profession libérale et sont evolution récente*, in *Actualité Juridique*, 1964, pág. 403; REINHARDT, Y., *Droit Commercial...*, cit., pág. 84; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 148-149.

E gozam estas actividades agrícolas, no plano do direito fiscal de algumas isenções de *Imposto sobre o Valor Acrescentado* (cfr., art. 9º/36, 37, do Código do I.V.A.).

do inventor que desfruta ou explora comercialmente o resultado do invento (patente, modelo industrial, modelo de utilidade)<sup>(526)</sup>. Em todas estas hipóteses estamos em presença de duas distintas actividades – intelectual e comercial – aí onde o exercente se submete, *uno acto*, à específica disciplina atinente ao exercício da profissão liberal (v.g., inscrição na respectiva *Associação de Classe* e respeito pelas condições e modo de exercício da actividade) e a esta outra respeitante aos direitos e obrigações que marcam o exercício profissional de uma qualquer profissão comercial.

E nem se diga que os profissionais liberais se tornam comerciantes se empregam na sua actividade um vasto aparato organizacional, composto por meios humanos (trabalhadores dependentes) e materiais (v.g., investimentos de capital tendente à criação de um moderno e sofisticado consultório médico), dando, destarte, vida a uma organização complexa que aglutina capital e trabalho (próprio e alheio).

Todavia, não é fácil descortinar um materialmente fundado motivo para excluir a comercialidade dos profissionais liberais. Se bem se atentar, a actividade destes sujeitos tem um carácter económico; visa, se não o lucro, ao menos um aproveitamento económico, ainda que sob a forma ou designação de *honorários*; produz utilidades avaliáveis pecuniariamente (os serviços); desfruta, não raro, do elemento *organização*. Motivos estes que, à luz do art. 230º do código comercial, podem fazer atribuir a qualidade de comerciante a estes sujeitos.

Sempre se poderá obter temperar dizendo que a *organização* dos profissionais liberais desempenha uma função *instrumental* ou

<sup>(526)</sup> Cfr., acordãos *Corte d'Apelo* de Catania, de 8/10/75 e de Firenze, de 7/5/1975, in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, II, pág., 113, com anotação de MANGO.

*subsidiária* e, por isso, se aparta qualitativamente da organização dos comerciantes; cfr., ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pág. 158; CASANOVA, *Imprensa...*, cit., pág. 24 e segs; acórdão da *corte di cassazione* de 14/1/77, nº 180 in *Giustizia Civile*, 1977, I, pág. 396; IBBA, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, pág. 365 e segs.

Ademais, no que tange ao *elemento organização*, pode dizer-se que, não raro, neste tipo de *profissões* os factores de produção capital e trabalho (alheio) podem assumir sob o plano *funcional*, que não só quantitativo, proeminente relevo em face das *prestações intelectuais*, dos conhecimentos científicos e da competência do profissional. São exemplos típicos do que vai dito o consultório do dentista ou o laboratório de análises químicas de um ou vários médicos.

Isto dito, parece outrossim, que os profissionais liberais, sem prejuízo da natureza qualitativamente diversa das suas prestações e actividade, não são comerciantes, fundamentalmente, por causa de uma livre opção ou *voluntas* do legislador<sup>(527)</sup>, decorrente da particular consideração que tradicionalmente rodeia estas profissões e que se traduz, no plano da lei, numa disciplina quanto muito peculiar.

Peculiaridade esta que, nas profissões liberais mais antigas e tradicionais, (advogados médicos, solicitadores, revisores de contas, engenheiros), se concretiza em particular disciplina de acesso, exercício e fiscalização da profissão a relevar do domínio do direito público: inscrição – e por vezes, exame de acesso tutelado por órgãos representativos da própria classe (advogados, solicitadores, revisores oficiais de contas) – na respectiva *ordem* de profissionais;

<sup>(527)</sup> Assim, também, COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 97 e segs; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 48; GALGANO, *Diritto Commerciale*, cit., I, pág. 14 e segs.

poderes disciplinares das *ordens* no que toca ao exercício da actividade, incluindo matéria atinente à medida dos *honorários*; proibição de exercício da profissão aos não inscritos. São, pois, profissões *protegidas* ou *reservadas*<sup>(528)</sup>. E, quanto a elas, a especificidade, como se aludiu, reside nos conhecimentos técnicos e científicos, na competência pessoal do profissional, no particular critério de determinação da contraprestação devida, que, por exemplo, no caso dos advogados deve, designadamente, adequar-se aos usos da comarca.

Mas, nem por isso estas especificidades esbatem, para certos efeitos, a identidade de regime que se topa entre as profissões liberais e os comerciantes. Assim é no que concerne à sujeição à *falência* do profissional liberal que concatene e seja titular de uma *empresa industrial* (na indústria dos serviços, como é bem de ver: art. 2º do Código de Falências). De igual sorte, o preceituado nos arts. 110º a 116º do *Regime do Arrendamento Urbano* (DL nº 321-B/90 de 15-10), respeitante aos arrendamentos para comércio e indústria (quanto à transmissão do arrendamento por morte do arrendatário, cessação do contrato por caducidade ou por denúncia do senhorio, diferimento da desocupação do prédio), é aplicável aos arrendamentos para o exercício de profissões liberais (art. 117º do R.A.U.). Ao arrepio das regras gerais sob *cessão da posição contratual* (arts. 424º/1 e 1038º/f do Código Civil), o art. 118º do

<sup>(528)</sup> É claro que, algumas profissões liberais, normalmente as que dizem respeito a *nóveis actividades* (predominantemente intelectuais) são de *livre acesso*, o que se justifica à luz da inexistência de um *interesse público* que leve o Estado a incentivar a criação de *Associações Públicas* – como o são a *Ordem dos Advogados*, a *Câmara dos Revisores Oficiais de Contas*, etc. – que condicionem e fiscalizem o acesso e o exercício dessas actividades no cumprimento de um serviço público e no exercício de prerrogativas de autoridade. Contudo, nem por isso o desempenho destas profissões liberais *não protegidas* ou *reservadas* autoriza que os seus exercentes adquiram a qualidade de comerciantes. Contra, GALGANO, *L'imprenditare...*, in *Trattato Galgano*, pág. 39 e segs.; MANGO, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1977, II, pág. 124.

R.A.U. faculta a cessão da posição do arrendatário liberal, *inter vivos*, sem autorização do senhorio, contanto que a favor de pessoas que no prédio arrendado continuem a exercer a mesma profissão.

Por outro lado, para se saber se se está em presença de uma actividade qualificável como *profissão* liberal não basta que expressamente a lei o diga; assim como é despicienda a circunstância de o profissional liberal ver o exercício da sua actividade condicionado pela prévia inscrição em uma qualquer *Ordem* ou *Câmara* de profissionais (*critério formal*)<sup>(529)</sup>. Decisivo é, ao invés, como se viu, o jaez eminentemente intelectual do serviços prestados (critério material).

Os *médicos* não são comerciantes, ainda que, eventualmente vendam medicamentos aos seus pacientes, a não ser que só explorem, v.g., uma *clínica*. Os *arquitectos* exercem, igualmente, uma *profissão liberal* se e quando desenham as futuras edificações e fiscalização a execução dos trabalhos.

Ao invés, os *farmacêuticos*<sup>(530)</sup>, enquanto titulares da propriedade de uma farmácia de oficina, são comerciantes, pois que compram e revendem *especialidades farmacêuticas*, conquanto seja uma profissão de acesso condicionado e de exercício fiscalizado pela respectiva *ordem*.

<sup>(529)</sup> V.g., Estatuto da Ordem dos Advogados (DL nº 84/84, de 16/3), da Ordem dos Médicos (DL nº 282/77, de 5-7, que mantem em vigor o DL nº 40651, de 21/6/1956), da Ordem dos Médicos Veterinários (DL nº 368/91, de 9/10), da Ordem dos Engenheiros (DL nº 119/92, de 20-6) da Câmara dos Solicitadores (DL nº 482/76, de 19-6), da Câmara dos Revisores Oficiais de Contas (DL nº 422/93, de 30-12, rectificado pela declaração de rectificação nº 23/94, de 28-2).

<sup>(529)</sup> Cfr. PORZIO, *Il formacista impenditore*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1967, pág. 373 e segs; acordo da *corte di cassazione* de 23/5/1978, in *Giustizia Civile*, 1978, I pág. 1635; idem, de 24/2/1989, nº 1149, in *Rassegna di Diritto Farmaceutico* 1987 pág. 230; acordo do tribunal de Dorrai, de 3/4/1951, in *Juris Classeur Periodique*, 1951, 2.6529, com anotação de BELLET; do tribunal de Aix, de 22/1/1947, *ivi*, 1947, 2, 3876, com anotação de SAVATIER; VIALA/VIANDIER, *Les responsabilités du pharmatien fabricant*, *ivi*, 1983, 1.3106. De facto, entre o farmacêutico e os clientes intercorrem vínculos contratuais traduzíveis em compras e vendas e não em prestação dos serviços.

Os *médicos-veterinários* são, em geral, assimiláveis aos médicos, assim como os *médicos-dentistas* (odontologistas, ...). Todavia, se o exercício de uma *actividade liberal* fôr acompanhada da prática de *operações comerciais*, o profissional pode ser qualificado como comerciante, seja pelo art. 13º ou pelo art. 230º do código comercial (também, assim, em França; Cfr., acordo da cassation, de 13/5/70, in *Dalloz Sirey*, 1970, pág. 644).

Mas, já o *corretor*, cuja actividade também se encontra condicionada por razões de interesse público, é um *comerciante*, porquanto ele mais não é do um *intermediário financeiro* que, quando não compra para revenda, executa o mandato ou comissão mercantis relativamente a valores mobiliários transaccionáveis em Bolsa de Valores (contra, por exemplo, acordãos do tribunal de Milão de 22/9/1989 e de Roma, de 6/7/1989, in *Banca e Borsa*, 1991, II, pág. 407, com comentário de RUFINI; porém, no sentido do texto, acordo do Tribunal de Milão, de 15/5/1991, in *Revista delle Società*, 1991, pág. 1535).

Por último, por forma a facilitar o exercício em comum destas profissões, a lei permite a constituição das designadas *sociedades de profissionais*. E são elas, nomeadamente<sup>(531)</sup>:

- a) As *sociedades de advogados*. (DL nº 513-Q/79, de 26/12). São *sociedades civis* que adquirem personalidade jurídica após o registo a que se refere o art. 4º do citado diploma, às quais é, aliás, vedada a adopção de forma comercial; aí onde a qualidade

<sup>(530)</sup> Cfr., sobre isto, DECOOPMAN, *Entreprises libérales, Entreprises commerciales*, in *Juris Classeur Periodique*, 1993, ed. G.I., 3671, LYON-CAEN, *L'exercice em société des professions libérales*, 1975; RESCIGNO, M., *Le société pra professioniste*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, nº 67; CARLOS LIMA, *Aspectos das Sociedades Cívicas de Advogados*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, Janeiro-Abril, 1982, pág. 6 e segs; LEMASSIER/BORÉ, *Les sociétés civiles professionnelles d'avocats aux conseils*, in *Revue des Sociétés*, 1910, pág. 655 e segs; GUYON, Y., *Sociétés Civiles Professionnelles*, in *Repertoire des Sociétés*, tomo III, 1978, *Jurisprudence Générale Dalloz*, pág. 1 e segs; CHERSI, G., *Le società di professionisti*, in *Rivista del Notariato, Set.-Dez.*, 1986, nº 5-6, pág. 1095 e segs; CANCELA ABREU, J. P., *Sociedades Cívicas de Advogados*, in *O Direito*, 1969, ano 101, pag. 173 e segs; STOLFI, C., *Struttura e Natura Giuridica delle Società di Professionisti*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Março-Abril, 1975, pág. 99 e segs.

que adoptam a forma de *sociedade por quotas*, pelas dívidas da sociedade responde o património social, não havendo, portanto responsabilidade solidária e/ou subsidiária da pessoa dos sócios, salvo disposição estatutária nesse sentido; a cessão de quotas a terceiros carece do consentimento da sociedade; os estatutos podem excluir a transmissibilidade da quota do sócio falecido ou fazê-la depender do consentimento da sociedade, na hipótese de algum sucessor possuir a habilitação de revisor oficial de contas.

Ao lado das *sociedades de profissionais*, especificamente amoldadas pela lei especial, nas quais as *prestações intelectuais* (e, por isso, profissionais) preenchem integralmente o objecto social, há sociedades em que essas prestações são, apenas, uma parte de um objecto social mais amplo e complexo. Estamos, nesta hipótese em face das designadas *Sociedades de Prestação de Serviços Profissionais*<sup>(532)</sup>. Nestas, a actividade profissional não é um fim em si mesmo, outrossim um meio para alcançar outros fins. Ao serviço destas sociedades estão, entre outros, os profissionais de qualificações próximas ou mais diferenciadas, mas, de todo em todo, afins (v.g., médicos, enfermeiros, paramédicos). Por isso que são, normalmente sociedades pertencentes tão só a sócios capitalistas, o que, bem se vê torna mais remota a equiparação destas às *sociedades de profissionais*. Estão neste grupo, por exemplo, as sociedades destinadas à exploração de estabelecimentos médicos particulares (v.g., casas de saúde, hospitais

<sup>(532)</sup> Cfr. CASELI, *Società tra professionisti e società tra capitalisti per la prestazione di servizi intellettuali*, in *Giurisprudenza commerciale* (Março-Abril), 1980, pág. 334-335; FERRA, G., *Società di professionisti e società professionali*, *ivi*, 1980, I, pág. 327 e segs.; FERRI, G., *Le società de professionisti*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1972, pág. 233 e segs.

particulares, centros médicos, etc.), cujo objecto é a prestação de cuidados de saúde.

Quanto às demais profissões liberais de acesso *condicionado* que têm a sua organização confiada a associações públicas profissionais (para além da já referida profissão de advogado revisor oficial de contas e despachante oficial, é o caso do solicitador, dos médicos, engenheiros e arquitectos), é lícita a constituição de sociedades civis, ainda que sob forma comercial<sup>(533)</sup>, para o exercício em comum das respectivas actividades.

Para as demais profissões liberais *não protegidas* [v.g., agente oficial de propriedade industrial<sup>(534)</sup>, técnico de contas inscrito na Direcção-Geral dos contribuições e impostos<sup>(535)</sup>, jornalista<sup>(536)</sup>, arquitecto], não subsistem, em regra, quaisquer obstáculos de índole estatutária ao exercício associado. Daí que sejam, igualmente, sociedades civis que podem adoptar uma qualquer forma comercial. Contudo, a diferença está em que, na ausência de controlo, fiscalização ou condicionamento efectivos do exercício da profissão, estas sociedades podem ser indeferentemente constituídas por sócios devidamente habilitados ou não.

<sup>(533)</sup> E, neste particular, a lei não veda a adopção de uma qualquer forma comercial (em nome colectivo, por quotas, em comandita ou por acções), ainda que, de *lege ferenda*, atenta a sua natureza marcadamente personalista, seja preferível circunscrevê-las à adopção da forma de sociedade em nome colectivo e por quotas. Aliás, na prática, salva a hipótese das aludidas *Sociedades de prestação de serviços profissionais*, os sócios serão pessoas habilitadas para o respectivo exercício do objecto social, além de que se tenderá a restringir a possibilidade de transmissão entre vivos e por morte de partes sociais, possibilitando a participação de *sócios de indústria* e atribuindo a todos os sócios a gerência da sociedade.

<sup>(534)</sup> Arts. 264º e segs. do Código da Propriedade Industrial.

<sup>(535)</sup> Cfr. Portarias nº 420/76, de 14-7, 313/79, de 5-7 e 59/84, de 27-1.

<sup>(536)</sup> Cfr., Lei nº 62/79, de 20-9, que aprovou o Estatuto do Jornalista e DL nº 513/79 de 24-12, que aprovou o *Regulamento da Carteira Profissional de Jornalista*, normativo este parcialmente julgado inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional de 14/7/93, in *Diário da República*, I-A Série, nº 189, pág. 4330.



Aliás esta questão coloca-se mesmo em relação às profissões liberais *protegidas* sempre que o *Estatuto da Classe* ou a lei especial não dispõem em sentido contrário, no eventual capítulo relativo ao exercício associado da profissão. Porém, ainda assim, de *lege ferenda*, parece que existindo controlo ou condicionamento a sociedade só deverá ser constituída por sócios devidamente habilitados. Isto dito no pressuposto de os eventuais condicionamento de acesso *concordarem, na prática*, com o direito de estabelecimento e livre prestação de serviços no espaço da União Europeia e com a liberdade de escolha de profissão, atentas as restrições que o interesse público não pode deixar de impôr.

## § 7. A ORGANIZAÇÃO DO COMERCIANTE

## §7. A Organização do Comerciante

### A) O Estabelecimento Comercial

#### I. Noção. Organização e aviamento

Para se exercitar uma qualquer actividade comercial ou industrial é preciso dispor de um complexo de bens – ou coisas – e serviços (aqui onde avulta a actividade dos trabalhadores dependentes). Dizer isto é dizer que, se se desenvolve uma actividade de produção de utilidades à qual falta este aparato – que, como se verá, carece, sempre, para existir, de um *lastro material ostensivo de bens*, por mínimo que seja – falta o *elemento organização* de que depende, para efeitos do art. 230º do código comercial, a atribuição da qualidade de comerciantes<sup>(537)</sup> em nome individual.

O estabelecimento comercial é um *bem* apto a ser objecto de domínio composto por um conjunto de *coisas*

---

<sup>(537)</sup> Isto dito não tolhe a existência de comerciantes, pessoas humanas que não são titulares de qualquer *estabelecimento* (comercial ou industrial), pois que é para estas hipótese que, hoje, faz sentido qualificar-se alguém como comerciante por força do art. 13º do código comercial [v.g., um sujeito que compra e revende bens, não possuindo sequer um local de trabalho, ou trabalhadores dependentes ou seja, quando nem tão pouco se pode falar de um *estabelecimento imaterial*, à luz da terminologia adoptada pelo Prof. ORLANDO DE CARVALHO (*Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pag. 299)]. Aliás, como se verá mais detidamente, o âmago do regime jurídico do estabelecimento reside na possibilidade de ser unitariamente objecto de negócios, vale dizer, a possibilidade de *todas as realidades* incluídas no estabelecimento serem negociadas em conjunto, num único contrato. Praticar reiteradamente actos de comércio absolutos, como modo de ganhar a vida não implica sempre a titularidade de um *conjunto de factores produtivos com valor de posição no mercado*, objecto de domínio e, em geral, de relações jurídicas.

criadas e organizadas pelo comerciante-empresário ou por uma pessoa colectiva a que se atribua a qualidade de comerciante, para o exercício de uma actividade ou indústria.

Entre *estabelecimento comercial* (ou industrial) e *empresa* intercorre uma relação *meio-fim*, pois que o *estabelecimento* representa o significado *objectivo* da empresa.

O que vale por dizer que o *estabelecimento comercial* (ou industrial) é um *bem unitário* – por que tratado unitariamente pelo direito positivo português para múltiplos efeitos (v.g., no direito fiscal, no direito do trabalho no direito comercial) que se prendem, por via de regra, com as questões atinentes à sua circulação jurídico-económica, *inter vivos* ou *mortis causa*, maxime a sua transferência unitária temporária ou definitiva – que compreende além das instalações, mercadorias, matérias-primas, máquinas, instrumentos, bens imateriais e situações de facto com relevo económico, constituindo, desta maneira, o complexo da organização comercial do comerciante<sup>(538)</sup>.

Na noção de *estabelecimento* o acento tónico é, como é bom de ver, posto no elemento *organização*. O estabelecimento é, de facto, composto por um conjunto de bens heterogéneos (móveis, imóveis, materiais, imateriais, fungíveis, infungíveis, duradouros, perecíveis) que experimenta modificações quantitativas e qualitativas no curso da sua existência e actividade. Complexo de bens este que se caracteriza como *unidade de tipo funcional* por via da coordenação e das relações de complementaridade entre os

<sup>(538)</sup> Cfr. AcRE, de 13/3/80 (MANSO PRETO), in Col. de Jur., 1980, t. II, pág. 89 e segs; *idem*, no Boletim do Ministério da Justiça, nº 298, pág. 367; AcRC, de 17/11/81 (OLIVEIRA MATOS), in Col. de Jur., 1981, t. V, pág. 72; AcRP, de 27/01/83. (JÚLIO SANTOS), in Col. de Jur., 1983, t. I, pág. 218; t. I, pág. 218; AcRE, de 24/4/86 (SAMPALDO DA SILVA), in Boletim do Ministério da Justiça nº 358; AcSTJ, de 35/6/85 (ALVES CORTÊS), in Data Juris, Base de Dados, cit.; AcSTJ, de 3/5/67, in Boletim, cit., nº 167, pág. 357.

seus diversos elementos constitutivos, criados e postos em movimento pelo comerciante. E, sobretudo, é um complexo de bens que existe por causa, também, de uma unitária destinação, vale dizer de um específico *fim produtivo*.

Esta organização de tipo funcional com vista a um fim produtivo releva do ponto de vista económico antes ainda de o ser no enfoque jurídico. E sob vários aspectos.

O complexo de bens organizados e conjugados no bem unitário que é o estabelecimento permite a produção de novas e diferentes utilidades em face daquelas que poderiam brotar dos singulares bens isoladamente considerados. O que se explica por haver no *estabelecimento* um *sobrevalor* que transcende o somatório dos bens que o integram. No plano estático o *estabelecimento* analisa-se nos bens que o compõem. No plano dinâmico ele é um novo valor; e, por isso, um *valor de posição no mercado*<sup>(539)</sup>, tendo em vista a circunstância de existir uma atitude dirigida à produção de nova riqueza, daquele sobrevalor, que é propiciada, justamente, pela *organização* dos singulares bens que o integram.

Doutra sorte, a relação de instrumentalidade e de complementaridade entre aqueles bens constitutivos do estabelecimento conduz a que o complexo unitário possua um valor de troca superior ao valor de troca da soma dos bens que o formam. Este sobrevalor chama-se *aviamento*.

O *aviamento* de um estabelecimento é substancialmente representado pela sua idoneidade em conquistar benefícios económicos que se analisem numa mais-valias, num excedente, num lucro, qual remuneração do capital investido pelo comerciante – atendendo, obviamente, à eventual remuneração do capital pedido a terceiros, que se

<sup>(539)</sup> A expressão é do Prof. Doutor ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977 (em curso de publicação), pág. 196.

se presume, irá existir prospectivamente. Todavia, este aviamento depende, seja de factores *objectivos*, seja de factores *subjectivos*. Pode, assim, distinguir-se – como se faz tradicionalmente – o *aviamento objectivo* do *aviamento subjectivo*<sup>(540)</sup>. Aquele é uma *qualidade* – que não um bem ou elemento – incidível da organização, *qualificativo* do próprio estabelecimento<sup>(541)</sup> e susceptível de perdurar ainda que mude o titular do estabelecimento. E qualidade esta que vai ínsita na coordenação funcional que existe entre os diversos bens do estabelecimento (pense-se, por exemplo, na capacidade produtiva instalada de um complexo industrial que pode colocar produtos no mercado a preços competitivos). Como este aviamento é intrínseco ao estabelecimento – à *organização aviada* – o seu criador ou o adquirente desfruta-o automaticamente pelo simples facto de ter criado ou, maxime, adquirido de outrem o referido estabelecimento.

Já o *aviamento subjectivo*<sup>(542)</sup> é a qualidade que traduz a capacidade produtiva-lucrativa do estabelecimento e que

<sup>(540)</sup> Cfr. AULETTA, *Avviamento commerciale*, in Enciclopedia giuridica, IV, pág. 1 e segs.; TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in Trattato Rescigno, vol. 18, pág. 20; GALGANO, F., *Sommario...*, cit., pág. 62-63; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 141; AULETTA/SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 44; ELIA, *L'avviamento è qualità dell'azienda o dell'impresa?*, in Giurisprudenza italiana, 1950, I, pág. 924; FERRI, *Manuale...*, cit., pág. 102; AULETTA, *Impresa e azienda*, in Temi nap., 1958, III, pág. 20; idem, in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1958, IV; MICCIO, *Sul concetto di avviamento dell'azienda*, Giustizia civile, 1955, I, pág. 1334.

<sup>(541)</sup> ORLADO DE CARVALHO, *Alguns aspectos da negociação do estabelecimento*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 115, pág. 10.

<sup>(542)</sup> Note-se que alguns autores consideram infundada a distinção entre aviamento objectivo e subjectivo, na medida em que o *aviamento* consistirá tão só, numa *qualidade objectiva* do estabelecimento. Assim, FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, in Enciclopedia del Diritto; TEDESCHI, in Trattato de diritto da P. Rescigno, 18. Considerando o aviamento como uma qualidade ou modo-de-ser, em geral, do estabelecimento, cfr., GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1961, pág. 40; GRECO, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1955, pág. 188; ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965, pág. 131; DE MARTINI, *Rilevanza dell'imprenditore e dell'avviamento nella configurazione dell'azienda*, in Rivista de Diritto Commerciale, 1953, II, pág. 100; TEDESCHI, *ob. cit.*, 18; AULETTA, in Enciclopedia del Diritto, cit.

depende ou se deve à habilidade, sagacidade operativa e ao dinamismo pessoal de quem exerce a exploração e, em particular, à sua capacidade de *formar*, conservar e fazer aumentar a *clientela* (cfr. infra, §6, B).

A unidade económica formada pelo estabelecimento e os interesses, individuais, colectivos, adstritos à sua manutenção e conservação desfruta, hoje, no direito positivo, de significativo reconhecimento pelo que respeita à disciplina legal da sua *negociação conjunta*, nos casos de *transferência: trespassse e cessão de exploração*. De facto, como veremos, o legislador preocupou-se em admitir a livre transmissão de elementos que, doutra forma, não podiam ser transferidos ou, podendo-o, a sua transferência implicava a obediência a ulteriores requisitos. Tudo isto em homenagem ao relevo económico do interesse de conservação destas unidades de produção ou intermediação de utilidades fundamentalmente no quadro micro-económico, evitando-se, destarte, que o direito provoque um resultado não querido pela Economia, qual fosse o desmembramento e divisão – entre vários titulares ou contitulares – dessas unidades económicas, onde se abriga o exercício de actividades comerciais ou industriais.

A disciplina do estabelecimento comercial nos aspectos relativos à sua *negociação em conjunto*, esgota-se, em sede do código civil, no reconhecimento do *trespasse* e da *concessão de exploração*, como formas de transmissão exorbitantes da legislação sobre arrendamento urbano, que actualmente se consigna nos arts. 111º, 115º do *Regime de Arrendamento Urbano*. Todavia, outras disposições do código civil, código comercial e de legislação avulsa se referem ao estabelecimento comercial. É o que ocorre, por exemplo, para efeitos de: a) concorrência desleal (art. 118º, §3 e 4 e segs. do código propriedade industrial; b) de relações patrimoniais entre os cônjuges (art. 1682º-A/1, a, do código civil); c) actos dos pais ou do tutor relativamente aos

bens dos filhos, cuja realidade depende de autorização do tribunal (arts. 1889º/1, e, 1938º/1, do código civil); d) identificação da unidade técnica correspondente a cada um dos locais (loja) onde se exerce a actividade comercial (arts. 95º/2, 263º, § único do código comercial; art. 8º/1, do código das falências); identificação do acervo de coisas corpóreas que o comerciante afecta ao exercício da má actividade (art. 425º do código comercial); sinais distintivos do comércio (art. 118º, §1, 141º, do Código da Propriedade Industrial). Cfr., CASANOVA, *Azienda*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Apendice, I, pág. 626.

Tenha-se, pois, presente que nem sempre – antes pelo contrário – o vocábulo *estabelecimento* é utilizado pela lei para efeitos da sua *circulação* ou *negociação*. Por isso que, também vale aqui a advertência de que é inútil obter uma noção de estabelecimento recortada unicamente dos dados da lei, pois que, as referências que esta faz ao estabelecimento têm, quanto muito, um carácter relativo e não absoluto, com vista à solução de concretos problemas de regime. Assim, SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in A.A.V.V., *L'impresa*, Milano, 1985, pág. 55; aparentemente em sentido contrário, defendendo – e a propósito de um particular problema de negociação do estabelecimento – que é perante certa *regulamentação jurídica* que se poderá dizer se há ou não estabelecimento, cfr., OLIVEIRA ASCENÇÃO/MENEZES CORDEIRO, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, pág. 883.

Com efeito, a transferência a título definitivo (por exemplo, venda) ou temporário (por exemplo, usufruto, locação) do estabelecimento é, pela lei, submetida a uma disciplina que, sob múltiplos enfoques, derroga o regime do *direito comum* correspondente à transmissão (maxime, transmissão derivada translativa) dos singulares bens ou complexos de bens que se não adscrevem ao *exercício organizado* de uma actividade comercial ou industrial.

Pense-se no caso de o *trespasse* de um estabelecimento que desenvolva uma actividade de prestação de serviços de transporte de mercadorias por estrada, em que se exige a celebração de escritura pública (art. 89º/K, do Código Notariado) quando, para

a alienação de alguns dos veículos automóveis, pesados ou ligeiros, que o integram, a lei se basta, para a validade do negócio, com o *acordo verbal*, para o efeito da transferência da propriedade desses veículos para o adquirente.

Aliás, o *favor da lei* atinente à conservação da unidade do complexo produtivo manifesta-se, igualmente, na previsão de um específico regime normativo em relação a singulares bens que integram (mas não necessariamente) o *estabelecimento*. Expressivo desta tendência é o *direito de preferência* que a lei reconhece ao arrendatário comercial, na venda do imóvel – onde o estabelecimento está instalado – que o proprietário – senhorio pretenda realizar (art. 117º do Regime do Arrendamento Urbano) e a possibilidade de os sucessores do titular do estabelecimento, entretanto falecido, situado em imóvel tomado de arrendamento, poderem continuar o exercício da actividade comercial (art. do Regime do Arrendamento Urbano) que aí se vinha desenvolvendo. Neste caso, a lei entende que o *direito (obrigacional) à utilização do imóvel*, onde o estabelecimento se localiza, não *caduca* com a morte do titular do estabelecimento, justamente, para evitar que este (agora integra na massa da herança) tenha de mudar de local ou que, eventualmente, se desmembre, acaso, por exemplo, se ligasse incidivelmente ao prédio tomado de arrendamento pelo *de cuius* [*estabelecimento absolutamente vinculado*, conforme ensina o Prof. ORLANDO DE CARVALHO (*Critério*, ..., cit., pág. 300)].

A passagem do estabelecimento de um titular para outro comporta, na verdade, peculiares efeitos *ex lege* [v.g., obrigação de não concorrência do alienante ou cedente do estabelecimento, cujo apoio legal se pode comportar nos arts. 874º, 879º/a, 1022º, 1031º/b, todos do código civil; a transmissão automática do direito ao arrendamento, independentemente de autorização do senhorio, mor hipótese de *trespasse* do estabelecimento (115º/1, do R.A.U.); a transmissão da posição contratual da entidade patronal, alienante (relativamente aos contratos de trabalho das pessoas que no estabelecimento laboram), para o novo adquirente: art. 37º/1/4, do Regime Jurídico do Contrato

Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-lei nº 49408, de 24/11/1969], inspirados pela finalidade de se favorecer a conservação e manutenção da unidade económica e do *aviamento* do estabelecimento. Pelo que, tal disciplina, como melhor se verá adiante, coloca significativos obstáculos à desagregação do *estabelecimento*.

## II – Estabelecimento comercial e figuras afins.

É preciso distinguir o estabelecimento comercial da *empresa*, da *sociedade* e, sobretudo da *sucursal*.

### 1. Estabelecimento comercial e empresa.

A empresa é, do ponto de vista económico, um grupo de pessoas [entidade patronal, trabalhadores dependentes, auxiliares independentes (v.g., agentes de comércio, comissários mercantis, mandatários, etc)], cujos interesses são divergentes, ao que acresce um conjunto de bens e de capital, com vista à realização de uma qualquer actividade produtiva (na agricultura, na indústria, no comércio, no sector artesanal), que permita a circulação de riqueza no mercado económico. O *estabelecimento* (comercial, industrial) constitui o elemento central da empresa: não é concebível uma *empresa* sem um certo número de bens (materiais e imateriais) que propicie o seu exercício, o exercício da concreta actividade empresarial. O estabelecimento é, portanto, o seu elemento essencial, ainda que insuficiente, isto é, o seu elemento invariável. Assim, quando se fala na *venda da empresa*, tal implica incidivelmente a transferência do(s) estabelecimento(s) comercial(ais) que, objectivamente nela se inclui(em). Enfim, a noção de

*empresa*, que originariamente jazia no campo da ciência económica, ganhou corpo, no mundo do Direito, graças à figura do *estabelecimento*. Este é, afinal, do ponto de vista jurídico, o seu *elemento objectivo*, pois que, do ponto de vista subjectivo, a empresa pode assumir diversas formas de exercício: sociedade unipessoal, sociedade comercial, cooperativa, empresa pública, agrupamento complementar de empresas, agrupamento europeu de interesse económico, empresa em nome individual [titulada pelo comerciante-empresário, pessoa humana, conquanto sob a forma de *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*]; é dizer, a empresa tem um cariz subjectivo, enquanto actividade profissional do empresário votada ao escopo da produção, circulação de bens e prestação de serviços<sup>(543)</sup>.

### 2. Estabelecimento e sociedade

A distinção apresenta-se, agora menos delicada, porquanto a sociedade é também um conceito jurídico.

A sociedade é uma colectiva que desfruta de personalidade jurídica [isto é assim, ao menos, pelo que concerne às sociedades comerciais e às sociedades civis sob forma comercial: art. 4º/1, do código das sociedades comerciais], ou seja é, por si mesma um *sujeito de direito*, que dispõe de um património próprio, diferente e independente dos patrimónios dos respectivos sócios. Já o estabelecimento, enquanto bem unitário, é composto por um acervo de bens, de variadas espécies. Surpreende-se, por conseguinte, entre a *sociedade* e o *estabelecimento* a relação que, normalmente, intercorre ou une uma *pessoa* (neste caso,

<sup>(543)</sup> Cfr. entre nós FERRER CORREIA *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, Lisboa, 1984, pág. 21. Identicamente, na Itália à luz do art. 2082º do *codice civile*, GALGANO, *Sommário...*, cit., pág. 49-50; AULETTA/SALANITRO, ob. cit., pág. 50-51.

uma pessoa colectiva) aos seus *bens*. O estabelecimento é, assim, por via de regra, um elemento do património de uma sociedade.

É certo que, contabilisticamente, no *balanço* da sociedade não aparece, necessariamente, a rubrica *estabelecimento* (comercial, industrial); os diversos elementos corpóreos deste último são referenciados nas diversas rubricas do activo (stocks, matérias-primas), enquanto que os seus elementos incorpóreos (v.g., direitos de patente, *Know-how*, direitos sobre marcas, direitos emergentes de contratos de *franchising*, etc) só aparecem excepcionalmente.

Assim, uma sociedade pode explorar e ser titular de mais do que um *estabelecimento*, sejam ou não atinentes a idênticas actividades. Todavia, a propositura de um processo de recuperação de empresa ou, na pior das hipóteses, a declaração de falência afectará todos os estabelecimentos.

### 3. Estabelecimento e sucursal<sup>(544)</sup>

Conquanto seja comum, na vida económica, o vocábulo *sucursal* jamais mereceu uma precisa definição jurídica.

A sucursal analisa-se mediante a reunião de dois requisitos: ausência de personalidade jurídica e autonomia de gestão.

A ausência de personalidade jurídica habilita a distinguir a *sucursal* da *filial*: esta é um sujeito de direito, com personalidade jurídica, vale dizer, dependente

<sup>(544)</sup> Cfr. CABRILAC, *Unité ou pluralité de la notion de succursale, dix ans de conférence d'agregation*, Hommage à J.Hamel, 1961, pág. 119 e segs; BRUZIN, *De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale*, in *Juris Classeur Périodique*, 1946, 1., 567; DUPLAN, *La notion de succursale* (tese), Lyon, 1967; REINHARD, Y., *Droit Commercial...*, cit., pág. 276; RIPEIRT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 246-247.

economicamente da *sociedade-mãe*, mas possuidora de autonomia jurídica.

A autonomia da sucursal é de difícil determinação, pois que tal é um problema fundamentalmente económico, antes de ser um problema jurídico. Pode dizer-se que toda a sucursal deve dispor de instalações permanentes – do direito (real ou obrigacional) a um local – e ser gerida por uma pessoa física que tenha poderes para obrigar a sociedade ou, em geral, o titular da empresa em face de terceiros.

Dizer isto é dizer que as *sucursais*, em razão da sua autonomia de gestão, dispõem de uma *clientela* própria, ou seja, constituem um distinto estabelecimento da empresa; além disso, dispõem de personalidade judiciária (art. 7º/1, do Código do Processo Civil). O que mais não significa que as sucursais são *estabelecimentos* (comerciais ou industriais) secundários, titulados por entes com personalidade jurídica (pessoas humanas, sociedades comerciais, ...) – v.g., no sector bancário<sup>(545)</sup>, dos seguros, etc. – que, exercendo o mesmo tipo de actividade do *estabelecimento principal*, permitem a expansão da actividade económica do titular deste último, podendo ser autonomamente negociados (v.g., *trêspasse*), pois que apresentam o *conteúdo mínimo* para, em face do escopo que perseguem, continuarem a exercer a mesma actividade [agora sob a orientação de um outro titular], na medida em que continuam a projectar os valores da organização e exploração – reconhecidos pelo público – que já indiciavam a sua existência ou vida na pessoa do anterior titular.

Assim, por exemplo, o local onde se faz a escrituração do giro mercantil, onde se recebe e envia correspondência respeitante aos negócios comerciais, onde se guardam os documentos e cartas recebidas,

<sup>(545)</sup> Vai neste sentido o art. 13º/5, do Decreto-lei nº 298/92, de 31-12 (Regime geral das instituições de crédito e Sociedades Financeiras). Cfr., ainda, RUEDA MARTÍNEZ, *La sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico*, Barcelona, 1990, pág. 21 e segs.

onde se encontram os livros de escrituração obrigatórios, não é uma *sucursal*, pois carece de autonomia de gestão, tendo em vista o tipo de actividade (comercial ou industrial) exercida; é outrossim, um dos elementos (corpóreos, neste caso) de que se compõe o estabelecimento comercial. Cfr., uma hipótese análoga, mas para efeitos de resolução do contrato de arrendamento, no AcRP, de 19/4/1967 (BOTELHO DE SOUSA), in *Jurisprudência das relações*, 1967, pág. 414. E o mesmo se diga dos *escritórios*, em geral, das *arrecadações e armazéns* dos estabelecimentos (comerciais ou industriais). Cfr., AcRP, de 1981 (OLIVEIRA MATOS), in col. de Jur. 1981, T. V, pág. 72; AcRC, de 2/2/93 (FERNANDO FABIÃO), in col. de Jur., 1993, T. I, pág. 117 e segs.; Acórdão da *corte di cassazione*, nº 5963/79 [apud, CIAN/TRABUCCHI, *Comentário*, cit., anotação ao art. 2555].

### III – A Natureza Jurídica do Estabelecimento Comercial

Já se sabe, em termos gerais, que o *estabelecimento* se apresenta como um acervo de elementos heterogêneos, aglutinados numa *organização aviada* e funcionalizada, da qual resulta uma unidade económica e jurídica apta a perdurar e a *circular* (é dizer, ser negociada *in totum*) no mercado jurídico-económico. Todavia, falta indagar qual seja a forma pela qual o Direito plasma e conforta esta realidade económica<sup>(546)</sup>. Com efeito, à luz das características assinaladas, e sem esquecer a sua estreita ligação com uma específica teleologia, que é expressão dos interesses materiais a que visa dar resposta, ao *estabelecimento* deve corresponder uma categoria jurídica adequada ao descrito ente económico, que, por isso, constitua a apontada *unidade negocial* ou *funcional*<sup>(547)</sup>.

<sup>(546)</sup> E sem esquecer que uma *jurisprudência* (ou doutrina) sem conceitos é algo de tão mítico ou mitificante (...) como a chamada *jurisprudência deles*. Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e Estrutura...*, cit., pág. 355.

<sup>(547)</sup> Cfr., FERNANDO OLAVO, *Lições...*, cit. I, pág. 270; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit. I, pág. 220 e segs.

### 1. Teoria da Personalidade

Começou por se defender que à unidade económica e funcional do estabelecimento corresponderia uma individualidade jurídica diversa da personalidade jurídica do comerciante, titular dele<sup>(548)</sup>.

Todavia, esta visão (romântica) não resiste à mais comum e superficial das críticas. E tem ele a ver com a circunstância de o estabelecimento, como vimos, não ser um *sujeito de direito*, na circunstância, uma pessoa moral, pois que é desprovido de personalidade jurídica. Quem é sujeito de direito é, justamente, o seu titular: o comerciante em nome individual, a sociedade comercial, a empresa pública, cooperativa, etc.; titular este que o cria ou destrói a seu bel talante.

### 2. O Estabelecimento como Património autónomo/património de afectação

A união que se detecta nos elementos de distinta natureza por que se forma o *estabelecimento* conduziu à ideia que nele visualizava uma massa patrimonial unida por uma comum pertinência e fim e que, por isso, só responderia ou responderia preferencialmente pelos encargos atinentes a essa finalidade<sup>(549)</sup>.

Esta teoria não deve, porém, admitir-se no nosso direito – a não ser, como veremos, se o estabelecimento se

<sup>(548)</sup> Posição esta que vinha ao arrimo da tendência *organicista* do direito germânico, que fazia do estabelecimento um verdadeiro e próprio *sujeito de direito*. Assim, ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg, 1887, pág. 58.

<sup>(549)</sup> CHAUVÉAU, *Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation*, in Dalloz Hebdomadaire, 1939, Chron., 37; MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile*, Milano, 1942, pág. 344, configurando o estabelecimento como um *património separado*; no mesmo sentido, ZAPPA, *Tendenze nuove sugli studi di ragioneria*, Milano, 1927, pág. 3.



integrar no acervo patrimonial de um *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, que é no direito português, um património autónomo (do comerciante) de afectação especial, destinado ao exercício da actividade mercantil do seu titular – já que o estabelecimento e os bens a ele afectos respondem indistintamente pelas dívidas do comerciante, quer respeitem ou não à respectiva exploração. Que o mesmo é dizer que o credor do comerciante tem garantia patrimonial sobre todos os seus bens, para além do acervo patrimonial que constitui o *estabelecimento*, inexistindo, sequer, qualquer direito de preferência dos credores comerciais em face dos credores civis do comerciante sobre esse acervo e vice-versa. Ou seja, se forem todos *credores comuns* (i. é, não forem titulares de *privilégios creditórios*), os credores civis do comerciante, também, não se podem fazer pagar preferencialmente sobre os bens dos comerciantes não afectos à actividade comercial [ou industrial]. De resto, em caso de transferência definitiva, *inter vivos*, do estabelecimento não se transmite automaticamente o seu passivo [salvo se a vontade das partes se manifestar nesse sentido ou, noutra hipótese, se os credores consentirem na substituição do devedor: art. 595º do cód. civil]. Além de que, salvo na hipótese de *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, o titular de um *estabelecimento* não se encontra vinculado pelo *princípio da separação patrimonial*, que é dizer, tem a mais ampla disponibilidade sobre os bens que integram o *estabelecimento*: quer tenha sobre eles uma relação de natureza obrigacional (v.g., como locatário financeiro de uma máquina industrial ou arrendatário comercial do local onde o seu estabelecimento se situa) ou de natureza real (v.g., como proprietário ou usufrutuário desses bens), é-lhe lícito incluir ou subtrair novos bens no e do respectivo acervo patrimonial.

### 3. O Estabelecimento como universalidade

Entende-se, geralmente, por *universalidade* o complexo de coisas jurídicas pertencentes ao mesmo sujeito e tendentes ao mesmo fim, que a ordem jurídica reconhece e trata como formando uma coisa só<sup>(550)</sup>.

Só que podem as *universalidades* apresentar-se de forma *atomística* ou de forma *unitária*.

Para a primeira destas concepções (AULETTA, COLOMBO, FERRARI, GALGANO, TEDESCHI, REINHARD) as universalidades consistem nas coisas singulares de que são formadas, não havendo um direito global e diferente sob o conjunto, já que o objecto das relações jurídicas que sobre elas recai vem sempre a incidir nos diferentes elementos singulares que compõem o *estabelecimento*, o qual fica, destarte, reduzido à soma das suas várias partes<sup>(551)</sup>.

Já vimos, contudo, que o *estabelecimento* está longe de poder ser considerado o puro somatório ou conglomerado dos seus elementos componentes. Pensar deste jeito é conceber juridicamente o estabelecimento em dissintonia ou ao arrepio da realidade da vida económica e dos interesses. Tão pouco é esta a única forma de explicar juridicamente a não inclusão na transmissão do estabelecimento de um seu qualquer singular bem, pois que a consideração unitária do estabelecimento não pressupõe a *indivisibilidade* do

<sup>(550)</sup> Assim, GALVÃO TELES, *Das Universalidades*, Lisboa, 1940, pág. 173; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, 1987, vol. I, pág. 199-201. Considerando o estabelecimento como *universalidade de facto*, cfr., AcRP, de 15/5/68, in *Jurisprudência das Relações*, ano 14 (1968), t. I, pág. 643, num caso em que não se penhorou o estabelecimento como um todo, mas bem mobiliários que o integravam. Vide, *infra*, pág. 448-449, para mais desenvolvimentos.

<sup>(551)</sup> Para a exposição desta concepção, cfr., COLOMBO, *L'azienda ed il suo trasferimento*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, org. por GALGANO, Bologna, 1979, pág. 15 e segs.

complexo de coisas que formam o estabelecimento. Ou seja: não é preciso considerar o estabelecimento de forma atomística, composto por singulares *nómad*as, para as partes excluírem ou desafectarem da negociação global do estabelecimento certos elementos.

Para a segunda das concepções – a teoria unitária (CASANOVA, GARRIGUES, DE MARTINI, COTTINO, SCOZZAFAVA, TOMMASINI) – o estabelecimento vai considerado como um *bem único*, um bem novo e distinto em face dos singulares bens que o compõem. Afirma-se, por consequência, que o estabelecimento é um *bem imaterial*<sup>(552)</sup>, que não se reduz ao *lastro* dos singulares bens que eventualmente o exprimam ou naturalmente o acompanhem, pois que os excede e deles até pode prescindir até ao limite do seu *âmbito mínimo*.

Com efeito, os bens imateriais consistem numa criação intelectual (*corpus mysticum*) externada ou cuja concretização se analisa em elementos materiais (*corpus mechanicum*), sendo que é objecto de um direito absoluto: a titularidade do *corpus mysticum* é, de todo, independente da do *corpus mechanicum*. E é isto que, como se verá, ocorre em termos mitigados, com o estabelecimento comercial.

Ademais, dentro desta concepção unitária levantou-se, igualmente, a questão de considerar o estabelecimento como uma *universalidade de facto* uma *universalidade de direito*, ou *universalidade mista*<sup>(553)</sup>.

<sup>(552)</sup> Esta tese foi primeiramente proposta por FERRARA (*La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945; pág. 112 e segs.) a qual, pese embora tenha tido parca ressonância em Itália (cfr., COLOMBO, *L'azienda...*, pág. 10 e segs.; GRAZIANI, *L'impresa...*, cit., pág. 88 e segs), é acolhida, entre nós, pela doutrina mais representativa; assim, por exemplo, FERRER CORREIA, *Sobre a Projectada...*, cit., pág. 25; ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério...*, cit., pág. 730 e segs.

<sup>(553)</sup> Aliás, a concepção do estabelecimento como universalidade é partilhada, quíça contraditoriamente, por autores que contestam a possibilidade de o considerar como objecto unitário de direitos (assim, FERRI, *Manual di Diritto commerciale*, cit. pág. 276; MINERVINI, *L'imprenditore...*, cit. pág. 125).

Repare-se, no entretanto, que os bens compreendidos numa *universalidade* (de facto) gozam, tão-só, de uma relativa e funcional unificação, porquanto essa universalidade se analisa sempre numa pluralidade de coisas separadas, que somente são tratadas como unidade para certos efeitos (RASCIO, *Universalità patrimoniali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, pág. 96; SCOZZAFANA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pág. 477 e segs).

Para os que defendem a primeira das alternativas (VIVANTE, NAVARRINI, LYON-CAEN et RENAULT, THALLER, La LUMIA, ESCARRA, CASANOVA, DE MARTINI, COTTINO, TOMMASINI, PINTO COELHO, AZEVEDO e SILVA, GALVÃO TELES, JOSÉ TAVARES, ...), não sendo o estabelecimento criado ou sequer instituído pela lei, seria precisa a iniciativa das pessoas para a sua constituição, sendo essa vontade relevante para a determinação do seu conteúdo ou contornos<sup>(554)</sup><sup>(555)</sup>.

Para os corifeus da segunda alternativa (FADDA, CALAMANDREI, MARGHERI, BIANCHI, MESSINEO, JOSÉ TAVARES, MANUEL DE ANDRADE, TRABUCCHI, ...), o estabelecimento seria, nesta acepção tradicional, um dos exemplos mais característicos das *universalidades de direito*, compreendendo bens e direitos de vária ordem (imóveis, mercadorias, marcas, patentes, direito ao arrendamento do

<sup>(554)</sup> Assim, PINTO COELHO, *Lições...*, I, pág. 83 e segs. Cfr., *supra*, nota 550.

<sup>(555)</sup> ROCCO, *Principi di Diritto Commerciale*, Torino, 1928, pág. 269; ROTONDI, *Trattato di Diritto dell'industria*, vol. I, Padova, 1930, pág. 65 e segs.; CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, pág. 35; STOLFI, *Diritto Civile*, vol. I, Parte II, Torino, 1931, pág. 641; La LUMIA, *Trattato di Diritto Commerciale, Parte generale*, Milano, 1940, pág. 236; PUGLIATI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, pág. 330; FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1963, pág. 165; GRECO, *Corso di Diritto Commerciale*, Milano, 1955, pág. 210.

local, créditos e débitos, etc)<sup>(556)</sup>.

Na terceira alternativa, os autores ensaiam, exaustivamente, uma série de critérios a partir dos quais poderá o estabelecimento comercial ser considerado, nuns casos, uma universalidade de facto e, noutros, uma universalidade de direito<sup>(557)</sup>.

Decerto que a jurisprudência é, bastas vezes, recorrente na consideração do estabelecimento ora como *universitas rerum o facti*, ora como *universitas iuris*, Cfr., Acórdão do tribunal de Colmar de 6/8/1887 (in *Revue des procedures collectives*, 1987, nº 4, pág. 54); do Tribunal de Aix, de 11/1/1905 (in *Dalloz Sirey*, 1905, 2, 72); da *Cour de cassation*, de 17/6/1918 (in *Dalloz Sirey*, 1922, 1, 128); Acórdão da *corte di cassazione*, de 29/8/1963, nº 2391, in *Foro Italiano*, 1962, I, pág. 1610; *idem*, de 9/6/1981, nº 3723, in *Giustitia civile*, 1981, I, pág. 2942; *ibidem*, nº 1791/75, apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentário...*, cit., pág. 2125; AcSTJ, de 25/6/85 (ALVES CORTÊS), proc. nº 72320, in *Data Juris*, cit.; AcRE, de 24/4/86 (SAMPAIO DA SILVA), in *Bol. Ministério da Justiça*, nº 358; AcRL, de 12/4/84, (PRAZERES PAIS), processo nº 21617, in *Data Juris*, Base de Dados, cit.; AcRP, de 27/19/83 (JULIO SANTOS), in *col. de Jur.*, 1983, t. I, pág. 218 e segs.; AcRE, de 13/3/80 (MANSO PRETO), in *col. de Jur.*, 1980, pág. 89 e segs.; AcRP, de 4/3/80 (SANTOS CARVALHO), processo nº 132, in *Data Juris*, cit.; AcRE, de 5/7/79 (FOLQUE DE GOUVEIA), processo nº 75/79, in *Data Juris*, cit.; AcSTJ, de 7/10/76 (MIGUEL CAEIRO), in *Bol. Ministério da Justiça*, nº 260, pág. 138 e segs. (considerando o estabelecimento como uma universalidade de direito; AcSTJ, de 18/5/76 (FERREIRA DA COSTA), processo nº 66097, in *Data Juris*, cit. (considerando-o como universalidade de facto

<sup>(556)</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, Vol. I, cit., pág. 264, nota 6; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 1992, pág. 402; MESSINEO, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Padova, 1943, § 29, nº 2 e 12; na Jurisprudência, cfr., AcSTJ, de 7/10/76 (MIGUEL CAEIRO), in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 11º, nº 3604, pág. 290 e segs., com anotação do Prof. VAZ SERRA; AcRL, de 27/1/78 (MARIA VAZ), processo nº 17775, in *Data Juris*, cit.

<sup>(557)</sup> BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1915, pág. 100 e segs.

reconhecida pelo direito); AcRL, de 27/1/78 (MARIA VAZ), processo nº 17775, in *Data Juris*, cit. (considerando-o – na circunstância um hotel – como universalidade de direito); AcRC, de 15/7/77 (PRAZERES PAIS), processo nº 24123, in *Data Juris*, cit.; AcRC, de 17/11/81 (OLIVEIRA MATOS), in *Col. Jur.*, 1981, T, V, pág. 72 e segs..

Porém, a esta recorrência vai assinalado, tão-só, um valor descritivo de unificação funcional dos vários elementos por obra do titular do estabelecimento, servindo, umas vezes, para negar a tutela possessória ao estabelecimento, outras, para submeter os bens do estabelecimento, em face a terceiros, ao regime jurídico dos restantes bens do património do comerciante, ou submeter o estabelecimento a arrolamento. Isto é, independentemente, de o considerar como universalidade (de facto ou de direito) a jurisprudência sempre intuiu, nas soluções que foi encontrando para concretos problemas, a ideia de unidade negocial ou funcional, ao arrimo, como se vê, da concepção *unitária*. É, no entanto, esta concepção que permite melhor compreender o destino comum dos bens e valores que fazem parte da organização que é o estabelecimento, independentemente do título jurídico por que o titular do estabelecimento os incorpora nele. Cfr., DE MARTINI, *L'usufruto d'azienda*, Milano, 1950; BIGIAMI, *Società occulte ed imprenditore occulto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, 1; CANDIAN, *L'imprenditore indiretto*, in *Temi*, 1950, pág. 603.

Não parece, no entretanto, que as teorias da universalidade, nos termos em que se encontram consagradas no art. 206º do código civil, possam emprestar um unívoco sentido útil aos problemas que o estabelecimento levanta.

Na verdade, ainda que a nossa lei se refira ao estabelecimento como *universalidade* (art. 603º/i, do código Processo Civil; 118º, 3, do cód. da Propriedade Industrial), está longe de se saber em que termos a lei emprega o termo *universalidade*. O que vale por dizer que, quanto ao conteúdo, a lei não esclarece se as *universalidades* (e a universalidade que, alegadamente, o estabelecimento encerraria): a) são ou

não complexos de coisas (móveis? imóveis?); b) são ou não complexos de direitos; ou c) complexo de relações jurídicas. E quanto ao seu *sentido*, o direito positivo, igualmente, não responde à questão de saber se o *estabelecimento* é um *aglomerado de coisas* ou uma *coisa imaterial* (*res nova incorporalis*) ou, ainda, simples *considerações sub specie universitatis*. E nem sequer se pode dizer que os bens constitutivos de uma universalidade (de facto) devem ou não ser homogêneos (fungíveis, infungíveis, perecíveis, duradouros,...) ou pertencerem à mesma pessoa a título de direito de propriedade (ou com base noutra direito real ou obrigacional). Ora, o art. 206º do código civil nada disto esclarece<sup>(558)</sup>.

Por isso que, o termo universalidade em sentido clássico pouco sentido útil terá a não ser para significar a pontual consideração em conjunto de um agregado de elementos com autonomia jurídica e económica.

<sup>(558)</sup> Para os críticos, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, pág. 731-732, nota 8; RASCIO, *Universita patrimoniale*, cit., pág. 102 e 104 e segs.; em geral, BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, pág. 401; La LUMIA, *Trattato...*, cit., pág. 212; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pág. 642; idem, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'azienda commerciale*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1946, pág. 226.

Abstraindo da consideração do estabelecimento como *bem imaterial*, distinto dos bens e valores (alguns deles materiais) que o encarnam ou sensibilizam, pode ele ser visto, à luz de uma tradição milenar, como uma *coisa complexa*. Com efeito, distinguia-se, na tradição romanista, as *corpora quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant* das *corpora quae ex distantibus constant*, consoante a conexão entre elas fosse material ou, antes, puramente intelectual, respectivamente. Isto é: as coisas *ex cohaerentibus* encontram-se em conjunção ou aderência corporal, enquanto que as coisas *ex distantibus* se surpreendem unificadas por um nexo teleológico. De resto, as coisas *ex distantibus* dividiam-se em *universalidades de facto* e *universalidades de direito*, onde a agregação dos vários elementos podia ser unitariamente predisposta pela lei ou pelas partes. Entre nós, enquanto o Prof. PINTO COELHO falava em *coisas complexas* (*ex distantibus*) – *Lições...*, cit., vol. I, pág. 80-81 – o Prof. MANUEL DE ANDRADE preferia, coerentemente, falar, no estabelecimento como uma *coisa composta ex distantibus*. Cfr., SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma, 1928, pág. 36; FADDA/BENSA, *Note al Windscheid*, Pandette, vol. I, parte II, pág. 433; STOLFI, *Diritto Civile*, vol. I, parte II, Torino, 1931, pág. 637; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral...*, cit., vol. I, pág. 259-261.

Mas já nos merecerá acolhimento o ponderoso argumento de considerar o estabelecimento como *universalidade de direito*, enquanto categoria autónoma para significar que o estabelecimento não se reduz ao mero conjunto das coisas singulares por que é formado, antes sobre ele incide um direito (um direito novo) que se não confunde com a soma dos direitos relativos aos seus elementos. O estabelecimento será, nesta perspectiva, um *bem imaterial* unitário, que se radica, concretiza, sensibiliza ou encarna num *lastro material* de coisas corpóreas, mas que se não reduz a um plano puramente organizatório (criado pelo empresário) pois que, também é incidível de certos elementos externos [pessoas, bens corpóreos, incorpóreos] com os quais se articula, mas com os quais se não confunde.

A relevância desta concepção, assim como as razões que militam a seu favor, traduz-se na possibilidade, admitida no direito português, de através de um *único* negócio jurídico se poder transferir o estabelecimento como um *todo* (v.g., trespasse, cessão de exploração do estabelecimento), sem que seja necessário realizar tantos contratos distintos e autónomos quantos os singulares elementos que encarnam esse *bem imaterial*<sup>(559)</sup>; na circunstância de, em caso de inventário (por morte, divórcio etc.), o estabelecimento pode ser relacionado e descrito numa só verba representativa do seu valor líquido resultante do último balanço

<sup>(559)</sup> Cfr., FERRER CORREIA, *Reinvidicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 89, (1956), pág. 261 e segs.; idem, *Estudos Jurídicos*, II, pág. 261 e segs. Ao invés, no direito italiano, a doutrina experimenta, neste particular, maiores dificuldades em face, principalmente, da existência de uma norma como a do artº 2556 do codice, que marca a ausência, nesse direito, de um expresso e inequívoco sistema jurídico-positivo de circulação unitária do estabelecimento, pois que se impõe, na transferência do estabelecimento, a observação das formas legais estabelecidas na lei para a transferência dos singulares bens que o compõem.

(arts. 1378º/4 e 607º/9, do cód. Processo Civil de 1939 e arts. 1338º/1 e 603º/i, do actual código de Processo Civil); na hipótese de ser lícita a reivindicação do *estabelecimento* sem que, para tal, seja necessário alegar e provar o direito (de propriedade ou outro) a cada bem em concreto<sup>(560)</sup> para, por exemplo, posteriormente vir a ser ordenado o seu *arrolamento*<sup>(561)</sup>; na possibilidade de se transmitir uma *quota ideal* desse bem imaterial, acaso esteja em compropriedade<sup>(562)</sup>; na desnecessidade de, no acto de penhora do estabelecimento (que, na linguagem forense se costuma designar por *penhora do direito ao trespasse e arrendamento do estabelecimento*), haver lugar à descrição dos respectivos elementos constitutivos<sup>(563)</sup>.

O estabelecimento não está, pois, somente nas próprias coisas que o concretizam e sensibilizam – nas coisas que são a seu lastro material corpóreo, no conjunto de bens ostensivos que permitem reconhecê-lo no património do seu criador e titular – é, antes e principalmente, um *valor novo* pela organização (aviamento e, logo, clientela que, sempre potencial ou efectivamente, atrai ou grangea) que encerra,

<sup>(560)</sup> Cfr., AcRL, de 11/3/86 (ANTUNES MARTINS), processo nº 18204, in Data Juris, cit. ; FERRER CORREIA, *Reivindicação...*, cit. lug. cit.; Acórdão da Corte di Cassazione, de 28/11/68, nº 2748, in Giustizia civile, 1962, I, pág. 488 = Foro italiano, 1962, I, pág. 472; ALTIERI, *Domanda di restituzione d'azienda ex art. 103 legge fallimentare*, in Diritto fallimentare e delle società commerciale; PAJARDI, *La sorte della rivendica dell'azione e del sequestro giudiziario in sede fallimentare*, in Rivista Processuale; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pág. 311; GRECO, *Sull'applicabilità all'azienda del principio possesso vale titolo*, in Rivista Commerciale, 1949, II, pág. 100.

<sup>(561)</sup> Cfr., AcRP, 6/6/78 (LOPES NEVES), processo nº 12995, in Data Juris, Base de Dados, cit.; AcRP, 27/1/78 (MARIA VAZ), processo nº 17775, in Data Juris, Base de Dados, cit.

<sup>(562)</sup> AcRC, de 16/2/92 (FERREIRA DA ROCHA), in col. Jur., 1993, t. I, pág. 47 e segs.

<sup>(563)</sup> AcSTJ, de 16/2/81 (JOAQUIM FIGUEIREDO), processo nº 69266, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 304, pág. 348 e segs.; LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, Coimbra, 1993, pág. 204, nota 12.

pelos processos de trabalho que inclui, pela eventual experiência já acumulada<sup>(564)</sup>.

É claro que, mesmo numa teoria atomista, para lá da consideração do estabelecimento como universalidade, será sempre possível, porém mais difícil, *reivindicar colectivamente* as coisas adstritas ao estabelecimento se e quando o reivindicante alegar e provar um título de aquisição das coisas globalmente consideradas ou provar que exerce domínio sobre a maior parte delas. Acórdão da *corte de cassazione* nº 738/64 [apud CIAN/TRABUCCHI, cit. pág. 618 (anotação ao art. 816)], FERRER CORREIA, *Lições...*, cit. I, pág. 221-222; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., J, pág. 264, nota 5.

E é ele um novo *bem imaterial* objecto de um direito de propriedade, fruído pelo seu criador; e que, sendo um *bem móvel incorpóreo* (ainda que, não raro, seja também encarnado em bens imóveis) segue, frequentemente o regime que, tradicionalmente, se assinala aos bens imóveis (e/ou dos direitos que sobre eles incidem): arts. 89º/K, do Código Notariado, 1682-A/1, b, do Código Civil.

Tão pouco a sua configuração como bem imaterial impede que possa ser objecto de acções possessórias (v.g., restituição de posse, manutenção de posse, embargos de terceiro), pois que, ainda que a coisa imaterial que é o estabelecimento não possa ser tangida ou tocada, ela implica uma disponibilidade fáctica. Ora, este poder empírico (que não tem necessariamente de ser um poder físico) manifesta-se nos poderes de gestão do estabelecimento, ou seja nos poderes empíricos que o titular do estabelecimento pode exercer sobre o *lastro* de bens e valores que o compõem, maxime, quando o estabelecimento inclui bens corpóreos

<sup>(564)</sup> No sentido de somente os bens, as coisas, que não as relações jurídicas é que podem integrar o estabelecimento, cfr., COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 19 e segs.; TEDESCHI, *Le disposizione generali...*, cit., pág. 8 e segs.

(vide, infra IV, 2). Assim, encomendar produtos aos fornecedores, gerir o pessoal, abrir as portas da loja ou armazém, fazer *publicidade*, realizar obras, gerir o pessoal, etc., são manifestações do *poder de facto* sobre o estabelecimento<sup>(565)</sup>.

#### IV – Os Elementos Constitutivos do estabelecimento.

Como se sabe, o estabelecimento, pese embora se não reduza ao próprio lastro material de bens que o sensibilizam ou encarnam, é constituído não só por estes bens corpóreos como por certos bens incorpóreos.

Elementos constitutivos do estabelecimento são, por conseguinte, todos os bens, independentemente da sua natureza (móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, fungíveis, infungíveis) e direitos *organizados* pelo comerciante para o exercício da sua actividade comercial ou industrial.

Para qualificar um dado *bem* – isto é, uma *coisa* – como integrando o estabelecimento releva, tão só, a sua afectação

ou destinação funcional que é dada pelo titular. Irrelevante é, por isso, o título jurídico (de natureza real: direito de propriedade ou outro direito real menor; ou de natureza obrigacional: comodato, locação, precário oneroso, locação financeira, ...) que legitima o comerciante a fazê-lo incluir no estabelecimento. Pelo que não incluem ou sensibilizam o *estabelecimento* os bens cuja titularidade da propriedade se radica no comerciante mas que este não afecta efectivamente ao desenvolvimento do seu negócio (v.g., a habitação onde reside, salvo se nesse *local* estiver instalado o seu estabelecimento). Ao invés, integram o estabelecimento bens cuja propriedade (ou outro direito real ou obrigacional) é de terceiros, mas que o comerciante pode usar com base num qualquer título jurídico habilitante (v.g., o local tomado de arrendamento ou de comodato onde o estabelecimento funciona).

Elemento constitutivo do estabelecimento é, pois, tudo aquilo que pode ser objecto de direitos (ou seja, as coisas e os próprios direitos) que, nas circunstâncias concretas, pode ou não fazer parte de um concreto estabelecimento, ou porque foi excluído pelas partes (em caso de transferência) ou porque, por natureza, não é abrangido ou não acompanha o concreto estabelecimento.

##### 1. Bens incorpóreos.

Trata-se, aqui, de direitos, cujas fontes são o contrato e a lei. E o caso, designadamente:

###### a) Local ou direito ao local.

O estabelecimento comercial (ou industrial) não envolve necessariamente um *imóvel*, pois que há *estabelecimentos* que o prescindem ou dispensam [v.g., empresas ambulantes

<sup>(565)</sup> Assim ORLANDO DE CARVALHO, *Introdução à Posse*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3781, pág. 107-108; AcRL, de 19/2/82 (GARCIA DA FONSECA), in col. Jur., 1982, t. I, pág. 194 (para os embargos de terceiro do proprietário do estabelecimento); AcSTJ, de 4/2/80 (HENRIQUES SIMÕES), in Boletim do Ministério da Justiça, nº 299, pág. 240 (para a providência cautelar de restituição provisória da posse); AcRL, de 16/2/82 (ANTÓNIO BALÃO), in col. Jur., 1982, t. I, pág. 191; AcRL, de 30/10/90 (AFONSO DE MELO), in col. Jur., 1990, t. IV, pág. 162 e segs.; em sentido afirmativo, na doutrina, FERRER CORREIA, in Revista da Ordem dos Advogados, 1984, I, pág. 77; VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 112, pág. 191; COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 54 e segs.; TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto de diritti*, 1986, pág. 138-139; CAIAFA, A., *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990, pág. 30-31; contra, AcSTJ, de 2/4/81 (CAMPOS COSTA), in Boletim do Ministério da Justiça, nº 307, pág. 277; AcSTJ, de 25/6/85 (ALVES CORTÉS), processo nº 72320, in Data Juris, cit. = Boletim do Ministério da Justiça, nº 348, pág. 384 e segs.; AcRL, de 7/7/78 (CRUZ DE ALMEIDA), in col. Jur., 1978, pág. 1126; AcRL, de 12/4/84 (PRAZERES PAIS), processo nº 21617, in Data Juris, cit.; AcRP, de 4/3/80 (SANTOS CARVALHO), processo nº 132, in Data Juris, cit.; AcRe, de 5/7/79 (FOLQUE DE GOUVEIA), processo nº 75179, in Data Juris, cit.

de divertimentos: circos, automóveis eléctricos, carrosséis; empresas de representações e de colações, etc., cuja actividade de intermediação se faz através de uma *organização* que, quando não dispensam o local, o seu relevo é praticamente despidendo, porquanto o complexo de meios se analisa, v.g., em automóveis, contratos de compra exclusiva, apartados, telefone, assalariado(s), agentes, nome e insígnia do estabelecimento, etc].

Contudo, pode acontecer – como é, de resto, habitual – que a localização seja um valor de peso no complexo de meios que o estabelecimento aglutina.

Ainda assim, quando isso sucede, o direito ao imóvel não tem de ser, necessariamente, um direito de propriedade ou um qualquer outro direito real de gozo (usufruto, direito de uso), outrossim pode ser um direito obrigacional (locação, comodato, precário oneroso) ou, ainda, consistir numa relação de mero facto: quando o titular do estabelecimento instala a sua organização, provisoriamente, em imóvel alheio, a título de mera *tolerância*, cessando a sua faculdade de utilização do imóvel ad nutum, se e quando o seu proprietário quiser.

Por outro lado, o *direito ao local* pode, em princípio, excluir-se quando se negoceia a transmissão (temporária ou definitiva, onerosa ou gratuita) do estabelecimento (trespasse, cessão de exploração, usufruto, ...). E excluir-se sem que esse negócio fique ferido de alguma invalidade, contanto que, depois do negócio *ainda* haja a unidade jurídica – económica em que se analisa o *bem imaterial* que é o estabelecimento. Ou seja, mister é que transitem para o novo adquirente aquele *mínimo* de elementos que sejam o núcleo central e caracterizador da funcionalidade e operacionalidade da organização. O que acontece, quando, nas hipóteses concretas, os outras *elementos* do estabelecimento podem

continuar a exprimir e a espelhar no público a mesma *imagem* que a organização revelava na pessoa do transmitente ou cedente.

Com efeito, o estabelecimento não perde a sua própria identidade pelo facto de poder ficar *despojado* de um dos seus elementos. Assim, por exemplo, nada obsta a que o estabelecimento, se decretada a *resolução*, ou ocorrer a *caducidade* do contrato de arrendamento ou a expropriação por utilidade do prédio em que o estabelecimento se encontra instalado, seja transferido para outro local. Cfr., sobre isto, AcRL, de 8/7/89, in col. Jur., 1989, t. IV, pág. 119; AcRC, de 9/6/92 (OLIMPIO DA FONSECA), in col. Jur., 1992, t. III, pág. 121; ANTUNES VARELA, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 115, pág. 254; idem, ivi, ano 102, pág. 77; vide, ainda, JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos comerciais*, 2ª ed., Coimbra, 1993, pág. 163-167.

Há também, por isso, *estabelecimentos vinculados*, isto é, estabelecimentos que se ligam incidivelmente a certo bem e local (restaurantes instalados em gares, aeródromos, aeroportos)<sup>(566)</sup>, *estabelecimentos relativamente vinculados* – que dependem relativamente de certa localização (v.g., estabelecimentos de bairro, que vivem, sobretudo, da localização em certo ponto de uma vila ou cidade e que beneficiam da *freguesia*, ou *atração* em relação aos consumidores, por causa, fundamentalmente, da sua *localização*: café, mercearia de esquina, ...) <sup>(567)</sup> – e *estabelecimentos não vinculados* que, designadamente pela variedade dos produtos e serviços que produzem ou oferecem, pela parcimoniosa relação preço-qualidade, pela decoração, apresentação e exposição de mercadorias ou pela singularidade e notoriedade dos produtos que comercializam, fazem com que a sua localização tenha uma

<sup>(566)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura...*, cit., pág. 300; idem, *Alguns aspectos da negociação...*, cit., pág. 169.

<sup>(567)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *idem*, loc. cit.

escassa importância na formação da respectiva clientela (e consequentemente, não seja um factor relevante para o *aviamento* do estabelecimento)

b) Os elementos individualizadores do estabelecimento.

A *firma* individualiza, simultaneamente, o comerciante em nome individual ou a sociedade comercial<sup>(568)</sup>, enquanto que o *nome* e a insígnia do estabelecimento são sinais distintivos do próprio estabelecimento, que o individualizam física e geograficamente. Já a *marca* distingue os produtos ou serviços<sup>(569)</sup>.

c) Os direitos emergentes dos contratos de trabalho<sup>(570)</sup> e de prestação de serviços com os trabalhadores e demais colaboradores do comerciante no estabelecimento.

d) Os direitos resultantes de contratos, cuja finalidade é a célere e funcional penetração no mercado económico, de forma sistemática e integrada: contrato de agência, de concessão comercial, de *franchising*; ou direitos cuja fonte são contratos que se relacionam, em geral, com a esfera de actividade mercantil: o direito do locatário financeiro (art. 15º/1, do DL nº 171/79, de 6-6), os direitos emergentes de *contratos de edição* e de autorização de produção fonográfica e videográfica (art. 100º e 145º, do código de Direito de Autor<sup>(571)</sup>), entre outros.

<sup>(568)</sup> cfr., arts. 9º/2, 15º/2, maxime nº 4, ambos do DL nº 42/89, de 3-2.

<sup>(569)</sup> E só pode ser alienada, independentemente do estabelecimento *se isso não puder induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação* (art. 118º, 1, do cód. da Profr. Industrial).

<sup>(570)</sup> Art 37º da Lei do contrato Individual de trabalho.

<sup>(571)</sup> Aprovado pelo DL nº 63/85, de 14-3, na redacção da Lei nº 45/85, de 17-9 e da Lei nº 114/91, de 3-9.

e) Os direitos de propriedade industrial

As patentes de invenção, os modelos de utilidade e modelos e desenhos industriais, as marcas, as recompensas, o *know-how*, as denominações de origem formam a propriedade industrial, que se analisa em certos bens de carácter incorpóreo, que fazem dos estabelecimentos comerciais dos respectivos titulares – conquanto possuam valor próprio e autónomo, pois que podem em certas condições ser alienados ou onerados. A lei cria, concede e protege direitos privados sobre estes elementos imateriais do estabelecimento.

Daí que o titular de uma patente, de uma marca ou de outro direito de propriedade industrial adquire, sobre um qualquer destes bens incorpóreos o *direito exclusivo* de exploração ou de utilização. E é um direito de propriedade enquanto *direito real* de conteúdo mais expansivo e *elástico*, que representa uma outra excepção ao princípio da liberdade de comércio. Mas, sendo assim, são direitos, em regra, limitados no tempo, que o mesmo é dizer se podem extinguir (em caso de *anulação*, *caducidade*, renúncia, falta de pagamento de taxas, ...) inclusivamente na pessoa do seu primitivo titular<sup>(572)</sup>; ao invés do se passa, em regra, com o direito de propriedade sobre coisas corpóreas que se não extingue com o não uso, tendo, por isso, carácter perpétuo.

f) As autorizações e licenças

Como sabemos, o exercício de numerosas profissões mercantis subordina-se, hoje, à outorga de *autorizações* constituvas de direitos, que, na prática, se plasmam,

<sup>(572)</sup> Cfr., arts. 69º, 70º, 71º, 72º, 73º (quanto aos modelos ou desenhos industriais) 32º, 33º, 34º/1, 2 e 32, 35º, 36º (quanto às patentes), 122º, 123º, 124º (quanto às marcas), todos do código da Propriedade Industrial.



commumente, na titularidade do *alvará* necessário, seu exercício.

É o caso dos empreiteiros de obras públicas e industriais de construção civil, os agentes transitários, os mediadores imobiliários, as agentes de viagens e turismo, etc<sup>(573)</sup>. Sem dúvida que algumas destas autorizações constituem um elemento de relevante valor no acervo do estabelecimento. Podem, no entanto, divisar-se hipóteses distintas.

Existem, em primeiro lugar, autorizações que possuem um carácter *intuitus personae*, vale dizer, incidível da pessoa do seu titular (v.g., alvará de exploração de farmácia), pois que a sua concessão depende de certas *habilitações* ou características pessoais (v.g., ser-se licenciado em farmácia). Sendo assim, elas, em princípio não fazem parte do estabelecimento, a não ser que o seu adquirente, cessionário ou sucessor *mortis causa* goze das mesmas habilitações, ou contanto que a Administração autorize o seu exercício, apesar da falta de habilitações<sup>(574)</sup>.

Noutras casos, as autorizações não se ligam à pessoa do comerciante, pois que não dependem de particulares aptidões ou qualidades dele.

É o caso por exemplo art 1º do DL nº 190/89, de 6 de Junho (relativo à localização das *grandes superfícies comerciais*), segundo o qual a localização destes espaços comerciais carece de autorização prévia; ou do art. 8º do DL nº 109/91, que estipula que a *instalação, alteração e elaboração dos estabelecimentos industriais ficam sujeitas à prévia autorização do organismo ou sério do Ministério da Agricultura, Pescar e Alimentação(...)*.

<sup>(573)</sup> Cfr., supra, pág.

<sup>(574)</sup> O que não quer dizer, antes pelo contrário, que o estabelecimento que se desenvolve não possa existir e circular sem o alvará.

E, assim, podem, se não forem excluídas, acompanhar o estabelecimento, em caso de *trespasse* ou de *cessão de exploração*, ou serem transmitidas isoladamente pelo seu titular, sem que acompanhem a transmissão do estabelecimento (v.g., alvará de exploração de empresa de taxis)<sup>(575)</sup><sup>(576)</sup>.

<sup>(575)</sup> Cfr., na Jurisprudência, AcSTJ, de 30/10/73 (ARALA CHAVES), processo nº 64793, in Bol. Min. Just., nº 230; Acórdão da *cour de cassation* de 6/12/82, in Juris Classeur Periodique, 1984, II, 20158; idem, de 4/5/82, in Dalloz sirey, 1982, IR, 368; idem, de 10/12/91, in Bulletin mensuel d'information des sociétés, 1992, pág. 170.

<sup>(576)</sup> Inúmeras outras existem cujo recenseamento é inabarcável, em que licenças e alvarás integram o acervo da organização do estabelecimento e outras que se ligam à pessoa do titular (empresário em nome individual, pessoa colectiva com ou sem finalidades lucrativas). Cfr. DL nº 280/93, de 13-8, complementado pelo decreto regulamentar nº 2/94, de 28-1 e pela Portaria nº 178/94, de 29/3 (que prevê normas sobre a atribuição de *licenças* a quem pretenda exercer a *actividade de cedência de mão-de-obra portuária*); o Decreto Regulamentar Regional nº 1/94/M, de 18-2, sobre a fiscalização do exercício da actividade das unidades privadas de saúde da Região Autónoma da Madeira (neste normativo impõe-se a notificação à direcção Regional de Saúde, da transferência de titularidade ou de cessão de exploração, total ou parcial, da unidade de saúde, no prazo de 30 dias, sob pena de suspensão da licença de funcionamento – art. 12º); despacho nº3/94, de 1-2, in Diário da República, II série, sobre lotação e licenças relativas a recintos de espectáculos; DL nº 10/94, de 13-1 (acerca do regime de instalação e licenciamento das instituições financeiras nas zonas off-shore, ou seja das *surcusais* dessas instituições financeiras); Portaria nº 1085/93, de 28-10 (Regulamento de licenciamento dos centros de Inseminação Artificial de bovinos); despacho nº 40/93/DG, de 18-8, in Diário de República, II Série, nº 193 (que autoriza a ATA–Aerocondar transportes Aéreos, Lda, a exercer a actividade de transporte aéreo regular no território nacional); O Regulamento Policial do Distrito de Coimbra, alterado por aviso, in Diário da República, II Série de 17/8/93, nº 192, que disciplina as licenças de funcionamento de casas de jogo, restaurantes, discotecas, boites, night-clubs, cabarets, tabernas; D L nº 245/93, de 8-7 (concessão de licenças e alvarás para o exercício da actividade e abertura de estabelecimentos de produção e comércio de carne picada e preparados de carne); Decreto Regulamentar nº 24/93, de 19-7 (sobre a emissão de alvarás, concessão de licenças e cessação de funcionamento de estabelecimentos de agências de viagens e turismo); Portaria de 17-8 (Regulamento do concurso para a atribuição de licenças, para a prestação de serviço de telecomunicações complementar. Móvel-Serviço com Recursos Partilhados); DL nº 178/93, de 12-5 (condições sanitárias de produção de carnes frescas e sua colocação no mercado, que inclui preceitos sobre o licenciamento dos respectivos estabelecimentos); Portaria, nº 487/93 de 7-5 (licenças para o exercício da indústria de transporte de aluguer em veículos, ligeiros de passageiros para o local de estacionamento existente no Aeroporto de Francisco de Sá Carneiro, sito no concelho da Maia). De resto, estas autorizações – licenças constitutivas de direitos, não dizem tão só respeito a empresas comerciais ou industriais e respectivos *estabelecimentos*, mas também às empresas agrícolas, pecuárias ou florestais, vale dizer, à organização de factores produtivas que intervêm numa qualquer etapa de um ciclo biológico, animal ou vegetal. Cfr., DL nº 270/93, de 4-8, sobre licenças, alvarás, cancelamento e reabertura de estabelecimentos que se dedicam à importação, engorda e criação de vitelos.

g) Outros direitos.

São, também, elementos incorpóreos as *obrigações* do comerciante relativas ao estabelecimento, designadamente o seu *passivo* – que, como veremos, em regra, se não transmite ao eventual adquirente ou cessionário do estabelecimento. É-o o *contrato de seguro* em relação aos elementos corpóreos do estabelecimento.

Assim, o contrato de seguro concluído pelo *trespassante* ou *cedente* de estabelecimento, que cubra um qualquer risco de perecimento de bens que integram o estabelecimento e estejam na titularidade da propriedade daqueles sujeitos transmite-se, para o *trespassar* ou cessionário do estabelecimento, salvo se esse objecto, não integrando o *âmbito mínimo*, tenha sido excluído pelas partes: cfr., art. 431<sup>o</sup> do código comercial.

É, por exemplo, a circunstâncias de os *contratos de trabalho* (cfr., supra pág. 460, deverem ser respeitadas pelo cessionário do estabelecimento, pois que o estabelecimento é, também, uma organização de serviços.

Pode dizer-se que, em caso de *transmissão do estabelecimento* (art. 37<sup>o</sup> da Lei do contrato Ind. de trabalho) ou, numa formulação genérica, ocorrendo qualquer modificação da situação jurídica da entidade patronal (v.g., sucessão, fusão, transformação, cisão, participação em sociedade comercial, ruptura de contratos concessão de exploração, etc), ou transferência do estabelecimento, independentemente da forma por que se efectiva [v.g., venda em hasta Pública<sup>(577)</sup>, venda do estabelecimento que se integra a massa falida, dação em cumprimento, constituição de sociedade para explorar o estabelecimento da empresa em recuperação, a transferência do estabelecimento para sociedades dominadas pela empresa em gestão controlada, adjudicação do estabelecimento a um herdeiro ou legatário feita em processo de inventário, ...] tal não importa a caducidade dos contratos de

<sup>(577)</sup> AcRP, de 12/5/86 (VASCO TINOCO), in col. Jur., 1986, T. III, pág. 328 e regs.

trabalho em face da pessoa do novo titular do estabelecimento.

Aliás, a directiva nº 77/187, do conselho, de 14-2-1977, visou a aproximação das legislações dos Estados-membros, com vista a assegurar a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência do estabelecimento, resultante de *cessão convencional* (definitiva ou temporária) ou de  *fusão*. O que deve autorizar a conclusão de que a *releistência* do contrato de trabalho se deve impor em qualquer caso de transferência de uma unidade económica – identificável, pelo abaixo, com o *âmbito mínimo* do estabelecimento comercial ou industrial – que conserve a sua identidade ao serviço do mesmo comércio ou indústria, ainda que, no limite, inexista qualquer vínculo jurídico entre os sucessivos empregadores [v.g., no caso de cessação de um contrato de concessão de serviços de *cathering*, em comboios ou aviões, pode discutir-se se a nova entidade concessionária subingressa na relação contratual laboral, no lugar do antigo empregador, em relação aos assalariados que até aí estavam ao serviço deste último; o que só acontecerá se se concluir que os trabalhadores fazem parte de um estabelecimento comercial (nestecaso industrial), que é propriedade do concessionário, cujo local de instalação se situa, seja nas gares, seja simultaneamente, nos singulares comboios ou aviões]. Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 10/2/88, in *Droit Social*, 1988, pág. 455 = *Revue Trimestrielle de droit Européen*, 1988, pág. 709; *idem*, de 15/6/88, in *Dalloz sirey*, 1989, *Somm. Comm.* 166; Acórdão do *tribunal pleno da cour de cassation*, de 16/3/90, in *Droit Social*, 1990, pág. 359; BOUBLI, *La transmission de l' enterprise et le sort des emplois*, in *Gazette du Palais*, 1989, 2, *Dectr.*, 359; BLAISE, *Droit Social*, 1991, pág. 246; contra, AcRP, de 10/12/86 (SALVIANO DE SOUSA), in col. *Jur.*, 1986, t. IV pág. 268 e regs; AcRE, de 28/1/89 (LOUREIRO PIPA), in col. *Jur.*, 1989, T.I, pág. 274 segs; AcSTT, de 25/7/86 (CORREIA DE PAIVA), in *Bol. Min. Just.*, nº 359 (1986), pág. 522 e segs; Jurisprudência esta que entre nós, vem fazendo depender a manutenção dos contratos de trabalho de uma vontade, entre o anterior e o novo titular, dirigida a transmitir o estabelecimento. Cfr., ainda, em qual, MONTEIRO FERNANDES, *O trespasse no regime do contrato de trabalho*, in *Estudos Sociais e corporativas*, II, 1963, 7, pág. 31 e segs. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do trabalho*, Coimbra, 1991, pág. 773 e segs.

De igual modo, são elementos do estabelecimento, transmitindo-se ao adquirente – uma vez que não seja excluído pelas partes – os direitos emergentes de *cláusulas de não concorrência*, subscritas por antigos asalariados ou por titulares anteriores do estabelecimento. Acaso não tenha já ocorrido o seu termo ou, não tendo sido clausulado qualquer período de tempo, até ao momento em que se possa dizer que o novo titular deva, razoavelmente, já ter *consolidado* a clientela do estabelecimento adquirido. Aliás, parece que nem é necessário qualquer, específica estipulações das partes, aquando da negociação<sup>(578)</sup>, pois que, segundo cremos, estamos perante uma *obrigação pós-contratual* (*post factum finitum*), ou doutro modo, perante a chamada *eficácia ulterior do contrato*, cfr., ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1991, pág. 241 e segs.

## 2. Bens Corpóreos

Trata-se das *mercadorias* – bens móveis que se destinam a ser vendidas onde se incluem matérias-primas, os semi-produtos e os produtos acabados.

Fala-se, regularmente, nos *stocks* de mercadorias, que aliás, podem nem existir, ainda que integrem o *âmbito natural* de alguns estabelecimentos. E não existe no caso, v.g., dos mandatários e dos agentes de comércio, que, dispondo de uma organização de factores produtivos, não contratam em nome, por conta e no interesse próprios; e ainda o caso dos agentes de câmbio, etc.

Incluem-se, aqui, também, as *máquinas e utensílios*, isto é, os maquinismos e veículos destinados a serem directamente utilizados na produção ou intermediação de utilidades,

<sup>(578)</sup> Neste sentido, entre outros, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 234-235 e bibliografia aí citada.

em que se analisa a actividade do estabelecimento.

E podem ser elas absolutamente *essencias* ou *indispensáveis* (v.g., nos empresas de empreitadas de obras públicas, de transporte de passageiros, ...) ou, praticamente, *inexistentes* ou *dispensáveis* (v.g., nas empresas de distribuição).

Note-se que estes maquinismos e utensílios são bens *móveis* – para além de outros também corpóreos, necessários para a actividade comercial desenvolvida: a mobília dos instalações, etc – mas, quando o estabelecimento se *localiza* num *imóvel* que esteja na titularidade da propriedade do seu dono, pode dizer-se que este bem corpóreo imóvel também faz parte, sensibiliza ou encarna o bem unitário imaterial que é, como vimos, o *estabelecimento*.

Pode, às vezes, revelar-se difícil a distinção entre as *mercadorias* e a *maquinaria*. É o que pode ocorrer quando o titular do estabelecimento utiliza ou consome, ainda que no quadro da unidade produtiva, os produtos ou serviços que fabrica, comercializa ou intermedeia. Nesta hipótese, parece que é *maquinaria* tudo aquilo que tem aptidão para permanecer ou se estabilizar no seio do estabelecimento, enquanto pressuposto da função produtiva. Ao invés, já será *mercadoria* tudo aquilo, que no quadro da moderna gestão empresarial, tenha uma natural vocação para entrar num circuito de comercialização (v.g., ser vendido), o mais rapidamente possível de modo a evitar o aumento dos custos de produção. Ressalta-se, por isso, o carácter de não permanência e ductibilidade das mercadorias.

O que vai dito pode ter, aliás, consequências práticas, pois que, se as mercadorias, produzidos ou adquiridas, não se destinam a permanecer no estabelecimento para a sua função produtiva, não estarão, em regra, abrangidas pelo *penhor mercantil* do estabelecimento, o que parece óbvio na medida em que o credor (v.g., um Banco) não dispõe de qualquer garantia sobre bens

*fugídios*, que entram e saem do estabelecimento, enquanto constituem a razão de ser do giro comercial deste, porquanto se renovam constantemente. De resto, o comerciante não terá qualquer interesse em, por causa da dívida assumida em favor de um terceiro credor, *imobilizar* esses bens corpóreos, tratando-os como maquinaria, utensílios ou quaisquer outros destinados a serem utilizados nas tarefas próprios do estabelecimento, sob pena de fazer perigar a própria organização produtiva que é o estabelecimento.

Enfim, do ponto de vista do direito fiscal, a venda de mercadorias integra, normalmente, a incidência do *imposto sobre o valor acrescentado*. Todavia, uma particular disciplina rege as operações pelas quais o sujeito passivo destaca do seu *stock* um bem que utiliza para as necessidades da sua própria exploração.

Estes elementos corpóreos, ou alguns deles, não carecem, inelutavelmente de coexistir em qualquer estabelecimento, ou seja, não são sempre imprescindíveis<sup>(579)</sup> ou essenciais para a sua aptidão funciona, sendo, por isso, lícito às partes excluí-los da negociação do estabelecimento.

### 3. Elementos de facto. A clientela. Distinção do aviamento.

Há um certos elementos ou relações de facto com relevo económico<sup>(580)</sup>, que potenciam a *aptidão da organização para produzir lucros* [v.g., relações com os

<sup>(579)</sup> Mas nem sempre: pense-se na totalidade dos mecanismos da sala de projecção de um cinema. Cfr., *Acórdão da corte di cassazione*, de 14/1/53 (in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1953, II, pág.99 e segs.): na hipótese faltava, tão-só, o projector, cuja montagem estava, aliás, em curso, no momentoda negociação; idem, de 16/12/54, (Foro Italiano, 1954, Col. 260, n° 30-36); ibidem, de 24/4/54 (in Foro Italiano, 1954, Col. 1551, n° 380); assim como a presença de alguns destes bens num dado imóvel não pressupõe, necessariamente, a existência de um estabelecimento comercial. Sobre isto, Cfr., AcRC, de 9/6/67 (MOREIRA DA FONSECA), in *Jurisprudência das Relações*, 1967, pág. 622 (sobre a existência ou não de um estabelecimento industrial de padaria).

<sup>(580)</sup> Referindo-se a estes elementos, Cfr., por exemplo, AcRE, de 13/3/80 (MANSO PRETO), in col. Jur., pág. 84 e segs.

fornecedores de mercadorias e de crédito (Bancos, outras instituições financeiras), relações com os clientes, a própria clientela que possui (ou que pode, potencial e rezoavelmente vir a possuir), a consideração qual em que o estabelecimento (e a empresa de que faz parte) é tido no mercado, a eficiência da organização].

E repare-se que estas *situações de facto* ainda que plasmadas em relações jurídicas instantâneas ou duradouras (v.g., contrato de compra e venda com um singular cliente, contrato de abertura de crédito com um Banco) desempenham um importante papel, porquanto delas deriva essa aptidão ou idoneidade da organização, do estabelecimento, para produzir lucros, ou seja, o seu *aviamento*.

Daqui decorre que o *aviamento* não é um elemento do estabelecimento. É, ao invés, uma *qualidade* constutiva do estabelecimento<sup>(581)</sup> que lhe confere o sobrevalor, a mais-valia em relação aos elementos patrimoniais que o integram e sensibilizam perante os agente económicos e os consumidores. E resulta ele de circunstâncias objectivas (os elementos de facto do estabelecimento) e subjectivas (o dinamismo pessoal de quem exerce a exploração). Deste modo, inerindo o aviamento, necessariamente, ao estabelecimento, não pode ele ser objecto de negociação separada, porquanto o negócio qualquer negócio (venda, locação do estabelecimento, usufruto) – translativo, definitiva ou temporariamente, do estabelecimento, envolve, inexoravelmente, o aviamento.

<sup>(581)</sup> Cfr., AULETTA, *Aviamento commerciale*, in *Enciclopedia Guiridica*, pág. 1 e segs.; FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit. vol. IV; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, ob. cit., 3ª ed., pág. 191; PAULO SENDIN, *Lições de Direito Comercial...*, cit., vol. I, pág. 231 e segs.; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, cit., pág. 280 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial (lições)*, I, Parte Geral, Lisboa, 1986/87, pág. 494 e segs.

Caso contrário inexistente transmissão do estabelecimento<sup>(582)</sup>. Esclareça-se, no entanto, que o julgador não deve presumir, sem mais – isto é, através das *presunções hominis* ou judiciais: art. 351º do cod. civil – a existência do aviamento pela simples presença de uma qualquer organização de factores produtivos. É preciso, outrossim, que seja alegado e provado por aquele que a invoca. Não se esqueça, na verdade, que o *estabelecimento* (comercial ou industrial) não é uma mera *aglomeração* de factores produtivos, mas sim uma *organização*; e uma organização com um *valor de posição no mercado*, uma *organização aviada*.

Pelo que respeita à *clientela* deve entender-se que esta constitui um mero *elemento de facto*, que não um elemento do estabelecimento juridicamente relevante, ou seja, um *direito à clientela*<sup>(583)</sup>. Vale isto por afirmar que a *clientela* mais não é do que o *índice de facto* mais importante do *aviamento*<sup>(584)</sup>.

<sup>(582)</sup> Cfr., neste sentido, entre outros, Acórdão da *corte di cassazione*, nº 2210/68, apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentário Breve...*, cit., pág. 2125; em sentido contrário, AcRE, de 28/6/84 (CASTROMENDES, processo nº 586/83, in *Data Juris*, Base de Dados, cit. (*Porque o aviamento não constitui elemento «sine qua non» para a formação do conceito de estabelecimento, a cessão deste pode operar-se sem aquele*). Já, porém, se tem defendido que se pode falar de estabelecimento, na ausência do *aviamento* contanto que haja, no mínimo, uma organização de idónea a propiciar um qualquer produto ou utilidade (Assim, Acórdão da *corte di cassazione*, nº 3754/78, apud CIAN/TRABUCCHI, *ob. cit.*, pág. 2125).

<sup>(583)</sup> Contra, PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, *ob. cit.*, 3ª ed., pág. 187 e segs (defendendo que o direito português dá guarida a um *direito à clientela* como elemento do estabelecimento, *direito esse de âmbito geral e não apenas e na medida em que possa resultar de situações contratuais (...)* – *ob. cit.*, pág. 188).

<sup>(584)</sup> Não se identifica, portanto, com a *qualidade* em que se traduz o aviamento, no sentido em que a falta de *actual* clientela ao estabelecimento não significa a falta de *aviamento*, contanto que, ainda assim, essa organização seja apta para auferir vantagens económicas, que superem os encargos de exercício. Em sentido semelhante, DE MARTINI, *Rilevanza dell'attività dell'imprenditore e dell'aviamento nella configurazione dell'azienda*, in *Rivista Commerciale del Diritto Commerciale*, 1953; II, pág. 101 e segs. Em França a jurisprudência e a doutrina perfilham a tese da consideração da clientela como elemento essencial do estabelecimento, isto é, *clientela* é *estabelecimento*. Assim, Acórdão da *Cour de Cassation*, de 2/6/76 (in Dalloz, 1976, somm. 34); idem, de 23/3/81 (in Bulletin des arrêts de La Cour de cassation, IV, nº 156, pág. 124); idem, de 31/5/88 (in *Juris classer Periodique*, La Semaine Juridique, 1988, IV, 275); ibidem, de 16/6/90 (ivi, 1991, II, 21662); HOUIN/RODIERE/LEGEAIS, *Droit Commercial*, cit., pág. 53 – 54, 72; REINHARD, Y., *Droit Commercial...*, cit., pág. 281 e segs.

As disposições que, alegadamente, configuram e protegem o *direito à clientela* (nº 4 do art. 118º e 212º, do Cód. Propriedade Industrial, art 33º do DI nº 178/86, de 3–7, na redacção do DL nº 118/93, de 13-4, este último sobre o direito a uma indemnização de clientela a favor do *agente*) visam, tão só, tutelar, por um lado, o interesse do adquirento do estabelecimento na manutenção ou conservação do seu valor de aviamento e, por outro, retribuir ou compensar a actividade de terceiras pelo incremento do aviamento de estabelecimentos alheios (trata-se, neste caso, de *aviamento subjectivo* devido, parcial, mas directamente, à actividade de outrem: o *agente*. Aliás, este tipo de *aviamento subjectivo* dá-se e reciprocamente – no contrato de *franchising*, pois que o franquiado, não raro, obedecendo às directrizes de comercialização e distribuição, (promoção dos produtos, o nível atendimento, relações com os clientes, etc.) ditadas pelo franquiador, incrementa, potencia ou torna mais notoria a *imagem de marca* do sistema de *franchising* criado e organizado por este último. De resto, ao invés, o *aviamento* do estabelecimento do franquiado é obtido, bastas vezes, se não invariavelmente, à custa do franquiador que, v.g., concedeu a possibilidade de o franquiado produzir distribuir ou propiciar produtos ou serviços, utilizando a sua marca, insígnia, patentes Know-how, etc, aproveitando-se, de entre outras situações de facto, de uma clientela já real ou potencial que já conhece, v.g., a marca do produto ou serviço; Cfr., GALIMBERTI, G., *Il, Franchising*, Milano, 1991, pág. 43, 47–48; MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia («franchising»): autonomia privada versus tipicidade negocial*, in *Revista da ordem dos Advogados*, e segs; FRIGNANI, A., *Factoring leasin, franchising...*, cit pág: 203 e segs; Acórdão do tribunal de

de 2/6/76 (in Dalloz, 1976, somm. 34); idem, de 23/3/81 (in Bulletin des arrêts de La Cour de cassation, IV, nº 156, pág. 124); idem, de 31/5/88 (in *Juris classer Periodique*, La Semaine Juridique, 1988, IV, 275); ibidem, de 16/6/90 (ivi, 1991, II, 21662); HOUIN/RODIERE/LEGEAIS, *Droit Commercial*, cit., pág. 53 – 54, 72; REINHARD, Y., *Droit Commercial...*, cit., pág. 281 e segs.

Pode, quanto muito entender-se que o alegado *direito à clientela* mais não é do que a *expectativa extra-jurídica* de que os clientes continuarão a ocorrer ao estabelecimento (Cfr., neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, I, pág. 497 e segs). Do que vai dito, em texto, decorre, também, que a *clientela* não pode ser objecto de domínio, isto é de singulares e autónomas relações jurídicas (v.g., acompanhar ou não transmissão do estabelecimento). Não se põe, pois, o problema de saber, a quem pertence a clientela: se, por exemplo, ao *concedente* ou ao *cessionário* (Cfr., Acórdão da *Cour de Cassation*, de 3/6/82, in *Juris classer Periodique*, *Semaine Juridique*, 1983, II, 20105), ao *franquiador* ou ao *franquiado* (Cfr., acórdão do tribunal de Versailles, de 24/3/88, in Dalloz, 1988, informations rapides, 124).

Limoges, de 10/690, in Dalloz, 1981, pág. 573 (tratava-se de uma agência de casamentos); Acórdão da *Cour de Cassation*, de 3/6/82, in *Juris Classeur Periodique*, 1983, 2.20104 = *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1984, pág. 334; o mesmo ocorre, ainda que em diminuto grau e no tocante, principalmente, ao *aviamento objectifo*, em relação à actividade do criador, organizador e titular de uma *grande superficie* (hipermercado) ou *centro comercial* em face do *real aviamento* devido, tão só, à pessoa dos lojistas, titulares de singulares estabelecimentos nesses espços comerciais, Cfr., DELBEQUE, *Les magasins collectifs de commercants independents*, in *Journal de Not.* 1973, pág. 161; LECONTE, *Les centres commerciaux et leur structures Juridiques*, in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1981, pág. 81; ANTUNES VARELA, *os centros comerciais (shopping centers)*, separata do Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. FERRER CORREIA, 1988; DINAH RENAULT PINTO, *Shopping center - Um a nova era empresarial*, Forense, Rio, 1989. GALVÃO TELLES, *Utilização de Espaços nos «shopping centers»*, in col. *Jur.*, 1990, t. IV, pág. 23 e segs. (com colaboração de JANÚARIO GOMES). ALFREDO BUZAID, *Estudo sobre shopping centers*, in *Shopping centers (questões jurídicas)*, coord. por RENAULT PINTO e ALBINO DE OLIVEIRA, São Paulo, 1991, pág. 7 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial*, in *Revista da Fac. de Direito da Universidade de Lisboa*, 1991, pág. 34 e segs.; GALVÃO TELLES, *Contratos de Utilização de espaços nos centros comerciais*, in *O Direito*, 1991, pág. 521 e segs.; VILHAÇA AZEVEDO, *A atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais*, in *Shopping centers...*, cit., pág. 28 e segs.

Mas, o que vem a ser afinal, a *clientela*? Configura, ela o contacto de pessoas (humanas e colectivas) que entram em contracto com o estabelecimento, *rectius*, os consumidores intermédios e finais que são atraídos pela organização pessoal do estabelecimento<sup>(585)</sup>. Costuma distinguir-se a *clientela* da *freguesia (achalandage)*.

Corresponde esta ao conjunto dos consumidores atraídos, principalmente, pela organização material do estabelecimento isto é, a *clientela de passagem*, que nele concorre por proximidade ou comodidade. Avulta, por isso, neste outro sentido, a localização do estabelecimento (Cfr., supra pág. 457-459). Mas, tanto a *clientela* como a *freguesia* podem ser *certas*, virtuais ou *potenciais*<sup>(586)</sup>. São *certas* quanto brotam de relações contratuais com alguma estabilidade (v.g., emergentes de contratos duradouros de fornecimentos ou de prestação de serviços) ou quando os clientes renovam reiteradamente as suas encomendas de produtos ou serviços. São *virtuais* ou *potenciais* quando há a expectativa ou possibilidade de que novos clientes se dirijam ao estabelecimento ou a hipótese de o estabelecimento, cuja exploração ainda não foi iniciada (que se ainda não *pôs em movimento*), num quadro de prognose, vir a ter clientes.

Por vezes, sucede que certos estabelecimentos desfrutam, desde a sua abertura, de uma *clientela* ou *freguesia* real e certa, e não virtual ou potencial, (v.g., estações de abastecimento de combustíveis, estabelecimentos que vendem *produtos franquizados* por causa, entre outros factores, da notoriedade da marca comercializada, do nome do estabelecimento ou insígnia, da localização, etc).

A existência de uma *clientela certa* ou *real* não é essencial – e não impede, por conseguinte, a existência do estabelecimento como *coisa*, objecto de negociação ou de disposição. Pois pode acontecer que o estabelecimento ainda não tenha entrado em funcionamento (estabelecimentos recém-criados) ou esteja em *repouso* ou *quiescência*.

<sup>(585)</sup> (Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura ...*, pág. 710, nota 20; REINHARD, Y., *Droit commercial*, cit., pág. 281.

<sup>(586)</sup> Acórdão da *Cour de Cassation*, de 27/2/73 (in Dalloz, 1974, 283); idem, de 31/5/88, in *Revue trimestrielle de Droit Commerciale et de droit économique*, 1988, pág. 609, com comentário de DERRUPE).

Essencial é que o seu *âmbito mínimo* não tenha sido destruído por facto natural (v.g., guerra, catástrofes naturais, etc) ou humano (v.g., desmembramento dos elementos corpóreos e incorpóreos, por facto do próprio titular; expropriação por utilidade pública do imóvel onde está localizado, se e quando não há possibilidade de o transferir para outro local; nacionalização de sociedade comercial titular de vários estabelecimentos, cuja exploração é transformada num serviço público, a cargo de uma pessoa colectiva de direito público; cessação da actividade por ordem judicial, acaso fique destruída a sua aptidão funcional, etc). Por isso que não é pela circunstâncias de o titular ou cessionário do estabelecimento conservar encerrada, por mais de um ano, o prédio arrendado para comércio ou indústria (art. 64<sup>o</sup>/1, 1, do Regime do Arrendamento Urbano) que se pode concluir que não existe ou já não existe estabelecimento. É que, nem por isso, se pode excluir o estabelecimento das coisas que podem ser negocialmente disponíveis. Dizer-se que o estabelecimento está *encerrado*, que já não tem clientela, não significa necessariamente dizer que ele já não existe. É preciso que, ainda que falte a actividade de gestão – seja porque ainda se não iniciou, ou porque se encontra suspensa – subsista essa qualidade do estabelecimento que se designa por aviamento. Que o mesmo é dizer : ainda que actividade tenha cessado ou porque está inactiva ou pendente, o estabelecimento possa ser objecto de negócios (v.g., venda em hasta pública, transferência da sua exploração por parte da massa falida<sup>(587)</sup>), contanto que *já ou ainda* constitua um unidade jurídico-económica, uma *organização aviada*, cujos singulares elementos que a compõem tenham um menor valor em face do bem unitário negocial como estabelecimento; que, enfim, já exista – ou ainda exista – uma aptidão funcional para poder prosseguir o escopo (não necessariamente, como veremos, o mesmo ramo) a que se destina.

<sup>(587)</sup> Cfr., AcRP, de 24/10/83 (SALVIANO DE SOUSA), in col. Jur., 1983, T. IV, pág. 295 e segs. (*O estabelecimento não pode considerar-se encerrado quando a massa falida haja transmitido a sua exploração por qualquer título...*).

## V – O estabelecimento como objecto de negócios.

O *estabelecimento* é considerado como um bem unitário imaterial, traduzido não só numa pura *ideia organizatória* mas revelado por – ou incidível de – certos elementos externos, normalmente, o aludido lastro material corpóreo (i.e., bens corpóreos). E é, justamente, esta forma de ver as coisas que melhor toma em consideração o regime da *negociação* e *circulação* do estabelecimento. Com efeito, quando a lei se refere ao estabelecimento tem, em regra, em vista a resolução de problemas que dizem respeito à sua transmissão unitária (ou seja, como unidade económico-funcional). O estabelecimento pode, deste jeito, ser objecto de actos de disposição de diversa natureza. Pode ser vendido, doado, ser objecto de *entrada no capital social* de uma sociedade comercial, por parte dos sócios; é susceptível de sobre si serem constituídos direitos reais de gozo (usufruto), de garantia (penhor) ou direitos pessoais de gozo (locação, comodato) a favor de terceiras. De resto, o titular do estabelecimento pode, obviamente, alienar separadamente, se a lei o permitir<sup>(588)</sup>, os singulares bens corpóreos ou incorpóreos que sensibilizam e integram o bem unitário em que ele se revê a ponto de, se fôr caso disso, o desmembrar, retirando-lhe a respectiva unidade e aptidão económico-funcional.

É, no entretanto, importante indagar, em concreto, se um determinado acto de disposição praticado pelo titular do estabelecimento, é de qualificar como transmissão do estabelecimento ou se se trata, tão-só, de uma transferência dos singulares bens que o compõe. E a questão é relevante,

<sup>(588)</sup> O que ocorre, designadamente, com a transmissão entre vivos das licenças ou alvarás separadamente dos estabelecimentos de padaria a que respeitam. Cfr., AcRP, 14/2/75 (AFONSO LIBERAL), in Bol. Min. Just., nº 244, pág. 316.

uma vez que só no primeiro caso se poderá aplicar a disciplina legal adstrita à transmissão do estabelecimento como um todo.

Caso flagrante é, para efeitos de arrendamento para comércio ou indústria, a possibilidade de, sendo o estabelecimento transferido como um todo, ser lícito às partes fazer nele incluir o elemento relativo ao direito pessoal de gozo (arrendamento)<sup>(589)</sup> que permite ao titular do estabelecimento explorá-lo num imóvel alheio; e fazê-lo, independentemente de autorização do senhorio, com o que isso representa relativamente à regra prevista no art. 1038º f, 1ª parte, do cod. civil, que impede o locatário (aqui incluídos o locatário comercial ou industrial) de proporcionar a outrem o gozo total ou parcial do imóvel tomado de arrendamento, seja através de cessão da posição contratual, sub-locação ou comodato, salvo se o locador (senhorio) o permitir. Assim, se para efeito das leis relativas ao inquilinato, (art. 115º/2, do Regime do Arrendamento Urbano) o estabelecimento não é sujeito a uma negociação unitária, ela pode ser *ineficaz* em relação ao senhorio do imóvel onde o estabelecimento (que foi negociado em desrespeito aos requisitos meramente indiciários do nº 2 art. 115º do referido regime) se *localiza* – ainda que o transmitente possa provar que o bem transmitido foi o próprio estabelecimento, porquanto estes tenham respeitado a *âmbito mínimo* de entrega dele, preservando a sua unidade funcional – autorizando a lei que, nesse caso, aquele resolva o contrato de arrendamento, *despejando* o novo titular ou cessionário do estabelecimento do local primitivamente arrendado (art. 64º/1, f, do Regime do Arrendamento Urbano). Ora, daqui também resulta, como melhor se verá adiante, que a forma de transmissão genérica designada, na nossa lei, por *trespasse*, não pressupõe, necessariamente, para ser válido e eficaz, a exclusão da situações a que se refere o nº 2

<sup>(589)</sup> Pois que a transmissão da posição de locatário não é, segundo parece decorrer do nº 1 do art. 115º do R.A.U., uma consequência *normal* ou *natural* do *trespasse*, exigindo-se declaração expressa (ou tática) no sentido de as partes incluírem aquela posição contratual no negócio (misto) translativo a não ser sempre que o estabelecimento seja absolutamente vinculado. A transmissão daquela posição jurídica pertence, destarte, ao *âmbito máximo* de entrega do estabelecimento (cfr., infra). Cfr., PINTO FURTADO, *Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, 2ª ed., Coimbra, 1988, pág. 407 e segs.; SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse...*, in *As Operações Comerciais*, Coimbra, 1988, pág. 423 e segs.; JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, cit., pág. 167.

do art. 115º do Regime do Arrendamento Urbano (ou presença dos requisitos que negativamente contêm). Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 110, pág. 1022 e segs; PEREIRA COELHO, *Arrendamento – direito substantivo e processual* (policopiado), Coimbra, 1988, pág. 213 e segs.; JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, cit., pág. 169 (defendendo, também, que pode *não haver trespasse* para efeitos do nº 1 do art. 115º, do R.A.U., e segs., isto é, para efeitos de dispensa de autorização do senhorio na transmissão da posição contratual, mas *haver trespasse*, à luz da dogmática jurídico-comercial, por ter havido transmissão definitiva de um estabelecimento).

Mas, a distinção entre as duas hipóteses, líquida e intuível teoricamente, é, não raro na prática, difícil de estabelecer, sobretudo quando o acto de disposição compreende ou inclui somente parte dos elementos que compõem o estabelecimento (*transmissão parcial* do estabelecimento). Ponto é que, ainda assim, se possa falar de *estabelecimento*, bem unitário e unidade económico-funcional.

Na verdade, as partes podem utilizar expedientes vários, qual seja, por exemplo a transmissão fraccionada do estabelecimento, analisada em múltiplos actos ou negócios singulares, para se subtraírem a alguns dos efeitos que a lei adscrive no interesse de terceiros, emergentes da transmissão unitária do estabelecimento (para evitar, v.g., que a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmitente passe ou se transmita ao adquirente do estabelecimento onde os trabalhadores exercem a sua actividade: art 37º da *Lei do Contrato Individual de trabalho*). Assim como, ao contrário, as partes podem *etiquetar* como transmissão de estabelecimento (v.g., *trespasse*) aquilo que, na realidade, não é. Ou seja, a terminologia jurídica usada pode não corresponder ao intento das partes. E fazem-no, nestas hipótese, para, por exemplo, iludir as restrições legais impostas à transmissão da



*firma*<sup>(590)</sup>, à transferência do nome e insígnia do estabelecimento<sup>(591)</sup>, das marcas<sup>(592)</sup>, à cessão da posição de arrendatário nos casos de *trespasse* ou cessão de exploração do estabelecimento<sup>(593)</sup>.

É, de facto, princípio consolidado que a qualificação de uma certa *factis species*, como *trespasse*, *cessão de exploração*, *transmissão do estabelecimento* ou transmissão dos singulares bens que integram o bem unitário que é o estabelecimento, se deve aferir com base em *critérios objetivos*: importante é indagar se, simultaneamente, a vontade (normativa, que não psicológica) das partes e a finalidade do concreto e acordado programa contratual (ainda que com auxílio a dados circunstanciais, contemporâneos à celebração do negócio), e não o *nomen* atribuído ao contrato<sup>(594)</sup>.

<sup>(590)</sup> Arts. 9º/2 e 15º do DL nº 42/89, de 3-2, que só permite a transmissão da firma, havendo acordo dos interessados, no caso de transmissão do estabelecimento, atento o objectivo de protecção dos interesses de terceiros (fornecedores, clientes), cuja confiança se funda no conhecimento do titular do estabelecimento e do seu estabelecimento.

<sup>(591)</sup> art. 157º, do cód. Propriedade Industrial, que, por razões idênticas às que decorrem do regime de transmissão da firma, só podem ser transmitidas em conjunto com o estabelecimento.

<sup>(592)</sup> Que só podem ser transmitidas independentemente do estabelecimento se tal não induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou serviço (art. 118º, I, do cód. Propriedade Industrial).

<sup>(593)</sup> É que, não há *trespasse* do estabelecimento, apesar de as partes terem utilizado esse *nomen iuris*, quando a transferência do gozo do imóvel não é acompanhada da transferência de qualquer estabelecimento comercial ou industrial. O que há é, pura e simplesmente, uma cedência do gozo do imóvel, eventualmente não autorizada e, por tal, não permitida por lei, dando direito à resolução do contrato de arrendamento, logo que se verifique (art. 1038º/f, do cód. civil e art. 64º/1.f, do Regime do Arrendamento Urbano. Cfr., AcRL, de 17/1/78, (CAMPOS COSTA), in col. jur., 1978, I, pág. 40; AcSTJ, de 2/2/93 (FERNANDO FABIÃO), in col. Jur. (Acórdão do Supremo tribunal de Justiça), 1993, t.I. pág. 117 e segs.

<sup>(594)</sup> Especificamente, no domínio da transmissão do estabelecimento, cfr., COLOMBO, *L'azienda il suo trasferimento*, cit., pág. 26 e segs. A jurisprudência ocupa-se, em regra, desta temática, sobretudo, pelo que respeita à distinção entre arrendamento comercial e contrato de cessão de exploração do estabelecimento. Para além da Jurisprudência citada, infra, cfr., acórdão do tribunal de Verona, de 18/3/81, in *Giurisprudenza di Merito*, 1983, pág. 73 (na hipótese discute-se se se trata de arrendamento de um imóvel destinado albergaria ou residencial ou de cessão de exploração do próprio estabelecimento); acórdão da *corte di cassazione*, de 29/11/85, nº 5922, in *Anuario Giuridico della locazione*, 1986, pág. 271.

Também é pacífico afirmar-se que para existir transmissão do estabelecimento não é preciso que o acto de disposição compreenda todo o aparato material corpóreo e incorpóreo comercial ou industrial. Deve entender-se que há, também, transmissão quando se transfere apenas um ramo ou sector do estabelecimento, contanto que seja dotado de organicidade aperativa, isto é, que abranja aquele mínimo de elementos que, em concreto, seja essencial à existência de um estabelecimento; que fique salva a funcionalidade do complexo menor que foi transferido<sup>(595)</sup>.

Necessário, mas, como quer que seja, suficiente é que se transfira um conjunto de bens que radiquem ou sensibilizem o *quid mínimo* de um estabelecimento. Acervo este que, por si, seja potencialmente idóneo a ser utilizado para uma determinada actividade comercial ou industrial (mas não, necessariamente, a mesma que o transmitente desenvolvia); é subsiste uma transmissão ainda que o novo titular ou cessionário tenha que integrar no estabelecimento ulteriores factores produtivas (v.g., matérias-primas) ou, que mesmo é dizer, realizar no estabelecimento *adunções* maiores ou menores para o fazer funcionar<sup>(596)</sup>.

<sup>(595)</sup> Assim, também, COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 31 e segs (ressalvando, somente, a obrigação de não concorrência, que, na circunstância, não deve ser imposta ao alienante ou cedente); em sentido contrário, mas chegando aos mesmos resultados, em sede de aplicação analógica da disciplina dos efeitos da transferência do estabelecimento, previstos no art. 2256º do codice, cfr., PORZIO, *La sede dell'impresa*, pág. 233 e segs; no sentido do texto, cfr., RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição de arrendatário no caso de trespasse*, Coimbra, 1971, pág. 19-20.

<sup>(596)</sup> Cfr., CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 151, BRONZINI, *Affitto d'azienda*, in *Rivista di dottrina commerciale*, 1980, I; acórdão da *corte di cassazione*, de 11/7/79, in *Giustizia civile*, 1979; idem, de 6/4/83, nº 2420, in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1983; ibidem, de 16/6/67, nº 1416, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1967, II, pág. 425, com anotação de BALLETTA (*teorie materialistiche e teorie immaterialistiche dell'azienda*), ibidem, de 22/11/84, nº 5971, in *Foro Italiano*, 1985, I, pág. 102. Entre nós, LOBO XAVIER, V. da G., *Locação de Estabelecimento Comercial e arrendamento*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 47, Dezembro, 1987, pág. 767; e, fundamentalmente, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 306.

### 1. Os tipos negociais. Generalidades. O âmbito de entrega.

Dada a inexistência, no nosso direito, de uma tipificação legal relativa aos negócios que têm por objecto o estabelecimento comercial estão eles sujeitos à regra geral da autonomia contratual.

Assim, o estabelecimento pode ser transmitido definitivamente, *inter vivos* ou *mortis causa*.

Na primeira hipótese, pode sê-lo a título oneroso ou gratuito. Se se dá uma transmissão a título oneroso, essa transferência pode ocorrer como resultado de *compra e venda* (ainda que judicial: por *hasta pública*, *negociação particular*, *adjudicação dos bens penhorados por parte do exequente*), *permuta*, *doação em cumprimento*, *nacionalização*, *expropriação*, *execução específica*, *contrato de sociedade consignação em depósito*<sup>(597)</sup>, *transacção*, *direito de preferência*. Havendo uma transferência gratuita, pode ela resultar de *doação* e similares (liberdades remuneratórias, doações indirectas, ...).

Na segunda hipótese, o estabelecimento pode ser objecto de negócio translativo, seja a título de *herança*, seja a título de *legado*. Nestes casos, a transferência pode ocorrer como resultado de *testamento* [deixa testamentária do estabelecimento como legado; instituição de herdeiro(s) testamentário(s) como sucessor(es) universal(ais) do *de cuius*, em cujo acervo hereditário haja um estabelecimento], *contrato sucessório*, (convenção antenupcial em que o estabelecimento seja alvo das instituições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 1700.º do cód. civil) ou decorrer da própria *lei* [*atribuição preferencial do estabelecimento*

<sup>(597)</sup> Assim, VAZ SERRA, *Consignação em depósito*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 40, n.º 7.

*de farmácia* a algum dos interessados directos na partilha, desde que seja farmacêutico ou aluno do curso de farmácia<sup>(598)</sup>].

Ao lado da transmissão definitiva, *inter vivos* ou *mortis causa*, surge a *transferência não definitiva* do estabelecimento. Pode ser onerosa: *venda a retro* do estabelecimento (art. 927.º e segs. do cód. civil), *locação de estabelecimento*, *locação – venda*, *locação com opção de compra*, *precário oneroso*, *cessão do estabelecimento aos credores* (arts. 831.º e segs. do cód. civil), *usufruto*; como, também pode ser gratuita: *comodato*<sup>(599)</sup>, *doação com reserva do usufruto* a favor do transmitente – doador, *doação com reserva do direito de dispor de coisa determinada* (art. 959.º, cód. civil), *doação do estabelecimento com cláusula de reversão* (art. 960.º do mesmo código), *doação do estabelecimento sujeita a um fideicomisso* (art. 962.º, idem)<sup>(600)</sup>, *testamento em se sujeita o estabelecimento a um fideicomisso* (art. 2286.º, *ex vi* do art. 2296.º, ambos do código civil)<sup>(601)</sup>.

Das várias formas de transmissão que têm como objecto o estabelecimento comercial sobressai o *trespasse*. Este não

<sup>(598)</sup> Cfr., BASE III da Lei n.º 2125, de 30/3/1965 e art. 73.º do Decreto – lei n.º 48547, de 27/8/1968. Trata-se, de um *direito legal de preferência*, a exercer no momento da partilha [no mesmo sentido, mas para efeitos do art. 2103.º – A do código civil, Cfr., GOMES DA SILVA, E., *Posição Sucessória do Cônjuge sobrevivente*, in Reforma do código civil, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, pág. 81 e segs.; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 2.ª ed; Coimbra, 1990, pág. 243, nota 962]. Como quer que seja, trata-se, sob outro prisma, de um *legado legal*.

<sup>(599)</sup> Mas já não pode ser objecto de mútuo, pois que se este negócio se reserva para o dinheiro e demais coisas fungíveis (art. 207.º, cód. civil), que, sendo *coisas móveis corpóreas*, quanto muito podem integrar o acervo do estabelecimento, mas que não se confundem com ele.

<sup>(600)</sup> O donatário fica, de todo o modo, proprietário *ad tempus* do estabelecimento, com o encargo de o conservar para que, por sua morte, ele reverta a favor de outrem. É claro que, nestes casos, sempre se poderá dizer que se está perante uma transmissão definitiva gratuita do estabelecimento. Definitiva porque, durante a vida donatário, a titularidade da propriedade do estabelecimento sempre lhe pertencerá. Todavia, aquando da sua morte, o estabelecimento não seguirá o *normal* destino da devolução sucessória das relações jurídicas do donatário aos seus herdeiros ou legatários.

<sup>(601)</sup> Quanto a esta instituição colhe a mesma observação feita *supra*, na nota anterior.

é a fonte negocial, mas sim a *forma de transmissão*<sup>(602)</sup> do estabelecimento. E define-o a doutrina<sup>(603)</sup> como sendo toda e qualquer transferência definitiva e por actos entre vivos da titularidade do estabelecimento<sup>(604)</sup>.

Mas a lei parece abranger, nessa expressão, qualquer transmissão da propriedade do estabelecimento. Assim, o *sector normativo* do vocábulo parece inculcar qualquer transferência definitiva, a título oneroso ou gratuito, entre vivos ou mesmo *mortis causa*. Assim, PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 214. De facto, ainda que as leis se refiram ao *trespasse* para, na circunstância, resolverem problemas de transferência *inter vivos* (Cfr., arts. 101º/1, C, 110º/1, e 120º/f, do *código das Falências*, art. 115º/2, do Regime do Arrendamento Urbano) não exclui que esta designação possa aplicar-se a qualquer *transferência definitiva* do estabelecimento como um todo. De outro modo, mal se compreenderia que, visando a lei atribuir *direito de preferência* ao senhorio (titular da propriedade, administrador ou usufrutuário do imóvel onde o estabelecimento se localiza) em caso de transmissão do estabelecimento, tivesse circunscrito esse direito às hipóteses de *trespasse por venda* ou *dação em cumprimento* do estabelecimento (art. 116º/1, do Regime do Arrendamento Urbano), excluindo-o em relação às demais fontes negociais de transferência do estabelecimento.

<sup>(602)</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO/OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cessão de exploração de estabelecimento comercial em formação*, in boletim da Ordem dos Advogados. Ano 47 (Dezembro, 1987), pág. 885. O vocábulo *trespasse* é, na lei portuguesa uma expressão de conteúdo genérico que abrange figuras negociais muito distintas, mas que se refere aos apontados negócios translativos, *inter vivos*, a título definitivo da titularidade do estabelecimento. Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 602; idem, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110, nº 3592, pág. 103. Exigindo o carácter oneroso e *inter-vivos* do *trespasse*, cfr., porém, AcRC, de 16/2/93 (VITOR ROCHA), in col. Jur., 1993, T.I. pág. 47 e segs.

<sup>(603)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pág. 233.

<sup>(604)</sup> Já se pretende, é certo, atribuir natureza onerosa ao *trespasse*. Assim, TABORDA FERREIRA, *Sub-locação e trespasse: elementos para definir do trespasse* in Revista de Direito Estudos Sociais, 9 (1957), pág. 102. Decerto que esta posição tem alguma tradição na história do direito, português, porquanto o vocábulo *trespasse* servia para designar, *lato sensu*, a transmissão onerosa da propriedade das *coisas* (que não do estabelecimento comercial, pois que tal só começou a ocorrer nos finais do século passado).

Ademais, assim se demonstra que o *trespasse* não é a *venda* do estabelecimento, mas sim algo de mais vasto, identificável como genérica forma de transmissão dele e não como fonte negocial. Deste modo se pode dizer que, por exemplo, no *trespasse* por doação ou por instituição testamentária a título de legado, o senhorio do prédio arrendado não tem direito de preferência.

De resto, quando as partes, na linguagem jurídica-notarial, declaram celebrar um *trespasse* a troco de uma contraprestação pecuniária, está-se em face de um *trespasse* (isto é, transmissão definitiva, neste caso entre vivos) por *venda, rectius*, uma transmissão do estabelecimento cuja fonte negocial é uma *compra e venda*.

Parece, porém, que se deve estender, igualmente, a qualquer forma de transmissão *mortis causa*<sup>(605)</sup>.

Ao lado do *trespasse* (*trapasso, cessione, vente*) o direito português fala da *cessão de exploração* do estabelecimento comercial ou industrial (*affito, location-gerence*)<sup>(606)</sup>. Fá-lo, entre outros normativos, na epígrafe do art. 111º do Regime do Arrendamento Urbano, nos arts. 101º/1, c, 110º/1, 120º/f do *Código das Falências*. A *cessão de exploração* mais não é, assim, do uma outra forma de transmissão do estabelecimento, que pode ter várias fontes negociais (nominadas ou inominadas, típicas ou atípicas).

Deste jeito, na economia do artigo 111º do Reg. do Arrendamento Urbano, o negócio a que se refere o seu nº 1 é a

<sup>(605)</sup> Cfr., RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição do arrendatário no caso de trespasse*, cit. (separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, XLVII, 1971, pág. 6 e segs., 12 e segs., salientando que existe, pelo baixo, um *conceito-base*, no qual coincidem doutrina e jurisprudência: transmissão global ou unitária do estabelecimento comercial (e, segundo cremos, também há unanimidade quanto à característica da *definitividade* da transmissão).

<sup>(606)</sup> Mau grado as ponderosas críticas do Prof. ORLANDO DE CARVALHO, (*Critério e estrutura...*, cit., pág. 212 e segs; idem, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110, pág. 102, nota 4), preferindo a expressão *locação de estabelecimento*.

*locação do estabelecimento comercial ou industrial*, que se apresenta, por isso, como uma das formas negociais da *cessão de exploração*. Pode, até, ser um negócio misto [quando v.g., o promotor e titular de um centro comercial, igualmente, proprietário de estabelecimentos comerciais já aí existentes, criados por ele ou não, transfere, temporária e onerosamente, o gozo deles a outrem, obrigando-se a prestar, além disso, serviços vários atinentes à conservação (limpeza, obras,) e promoção do centro comercial].

A *cessão de exploração* é, por conseguinte, toda e qualquer transferência não definitiva – *rectius*, temporária ou *pro tempore* – do estabelecimento como um todo ou unidade jurídica-económica funcional (que prescinde, por isso, também, da negociação, um a um, de todos os bens que compõe a organização, o seu complexo objectivo). Também aqui, a cessão de exploração não é um contrato, mas antes uma forma negocial genérica de transmissão temporária do estabelecimento, que pode assumir várias fontes negociais: v.g., locação do estabelecimento, comodato, precário oneroso<sup>(607)</sup>. Destas, a que assume maior relevo prático é, justamente, a que se designa por *contrato de locação do estabelecimento comercial ou industrial*. Pode este se definir como o *contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial*. De resto, se o estabelecimento se localizar num prédio tomado de arrendamento pelo cedente, com o estabelecimento transitará

<sup>(607)</sup> Equívoco este em que parece cair a maioria da jurisprudência. Cfr., AcRC, de 27/10/92 (PERREIRA FÁRIA), in col. Jur., 1992, t. IV, pág. 93 e segs. (considerando o *contrato de cessão de exploração* um negócio misto sui generis, atípico e inominado); AcRL, de 24/4/81 (BARROS DE SEQUEIROS), in col. Jur., 1981, t. II, pág. 204; AcRE, de 2/2/78 (MANSO PRETO), in col. Jur., 1981, t. I, pág. 210 (identificando a cessão de exploração à locação do estabelecimento comercial); AcRE, de 4/1/79 (BERNARDO COELHO), in col. Jur., 1979, t. I, pág. 108; AcRC, de 19/5/87 (PEREIRA DA SILVA), in col. Jur., 1987, t. III, pág. 24 (exigindo como requisitos do alegado *contrato de locação do direito à exploração*, entre outros, a *cessão de exploração do estabelecimento*).

o direito de utilização do local. Vale isto dizer que o cedente conserva a titularidade da relação locatícia e o cessionário não é arrendatário nem comodatário do local<sup>(608)</sup>. Parece, assim que o cessionário (v.g., locatário do estabelecimento) do estabelecimento, não sendo um sublocatário do imóvel, tem um direito de disponibilidade simples sobre o prédio. De modo que, o *objecto* deste negócio não é o prédio, mas sim o bem unitário imaterial (ainda que encarnado num lastro material corpóreo).

Antes, porém, de se continuar a análise das *factis species* translativas que têm por objecto o estabelecimento e o complexo de relações (de facto e jurídicas) que relevam da sua vida e circulação, importa estabelecer os graus, mais ou menos densos, de transmissão do estabelecimento. O que bem se compreende, pois que as suas *formas de transmissão* (*trespasse* e *cessão de exploração*) não têm de envolver, necessariamente, todos os bens e valores da organização do estabelecimento, podendo a liberdade contratual excluir um ou outro desses elementos. Decisiva é, por isso, a vontade das partes, porquanto não existe uma *aderência* automática dos seus elementos em todo e qualquer negócio translativo. Por vezes acompanham – outras vezes não – a transmissão. Ponto é saber, por conseguinte, qual o *âmbito de entrega* do estabelecimento<sup>(609)</sup>.

<sup>(608)</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO/OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cessão de exploração de estabelecimento comercial em formação*, in boletim da Ordem dos Advogados. Ano 47 (Dezembro, 1987), pág. 885. O vocábulo *trespasse* é, na lei portuguesa, uma expressão de conteúdo genérico que abrange figuras negociais muito distintas, mas que se refere aos apontados negócios translativos, inter vivos, a título definitivo da titularidade do estabelecimento. Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 602; idem, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110, nº 3592, pág. 103. Exigindo o carácter oneroso e *inter-vivos* do *trespasse*, cfr., porém, AcRC, de 16/2/93 (VÍTOR ROCHA), in col. Jur., 1993, t. I, pág. 47 e segs.

<sup>(609)</sup> Sobre isto, segue-se de perto a posição, estrutural e fenomenologicamente mais perfeita, do Prof. ORLANDO DE CARVALHO (*Critério...*, cit., pág. 478 e segs.).

Em primeiro lugar, configura-se aquilo que é indispensável para que certo estabelecimento se considere transmitido, isto é, os elementos imprescindíveis ou essenciais, o *âmbito mínimo* ou necessário do estabelecimento, que funciona como *limite à liberdade de exclusão das partes em todas as circunstâncias*. Daí que se as partes o ultrapassarem, é dizer, se não respeitarem este *âmbito mínimo*, não há negociação do estabelecimento, por que este nem sequer terá chegado a existir (na esfera do transmitente) ou, existindo, não terá sido transmitido (por que, por exemplo, os intervenientes excluíram do acordo os coeficientes específicos da organização, que garantem ao estabelecimento a sua consistência funcional). Por conseguinte, só o *âmbito mínimo* ou necessário do estabelecimento é que tem de transferir-se para que o estabelecimento se transfira. Caso contrário inexistirá a própria essência do estabelecimento e, por via disso, a sua idoneidade para prosseguir uma certa finalidade, para cumprir um determinado destino. São, pois, os *essentialia* do estabelecimento.

Todavia, o estabelecimento pode ser transmitido com outros bens ou valores que *naturalmente* ele abrange. Trata-se do *âmbito natural*<sup>(610)</sup> ou normal, integrado pelos bens e valores que o estabelecimento *transporta naturalmente consigo, sem dependência de uma concreta enunciação*. É o que sucede quando as partes referem que apenas pretendem *dispor do estabelecimento*. São elementos que só não o acompanham se houver uma expressa exclusão das partes, referida a algum ou alguns deles: apresentam-se como os *naturalia* dele. São, enfim, elementos ou valores que, naturalmente, o estabelecimento atrai e que não se tenham excluído da transmissão: ou seja, as *adjunções*.

<sup>(610)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, lug. cit.

Em terceiro lugar, pode o estabelecimento envolver outros elementos que, ainda que exorbitem o seu *âmbito natural*, sejam por ele assumidos se a vontade das partes se manifestar nessa direcção. Trata-se aqui do *âmbito máximo* do estabelecimento, formado pelos elementos excepcionais ou acidentais, sendo necessário referi-los em pormenor para que se possam considerar abrangidos pela transmissão. É o que costuma acontecer quando as partes (ou um sujeito: se, v.g., dispõe em testamento de um estabelecimento a favor de outrem) transmitem o estabelecimento com *todos os seus valores, sem qualquer excepção ou reserva, com todo o seu activo e passivo*<sup>(611)</sup>, ou outras expressões semelhantes; portanto, se nada se disser, não serão estes elementos incluídos na transmissão do estabelecimento.

Assim, tentando concretizar – já que em abstracto dificilmente se poderá ir mais longe na definição ou delimitação do *âmbito de entrega* do estabelecimento comercial – se se considerar, v.g., um *campo de golf* (num consabido caso que já fez escola na nossa doutrina e jurisprudência), o *âmbito mínimo* será o prédio rústico, isto é o imóvel onde se encontra instalado [seja em propriedade, seja em termos de direito real de gozo – usufruto – seja, ainda, a título de direito pessoal de gozo – locação, comodato, precário oneroso, ...] devidamente nivelado e arrelvado, uma casa de apoio, ainda que provisória, dotada de chuveiros, móveis de escritório, convectores; no *âmbito natural* caberá o restante equipamento de apoio [tacos, bolas, vestuário, ...], o pessoal já contratado, a electricidade, a exploração de um eventual bar ou restaurante (se estiver em regime de contrato de concessão, tudo dependerá das condições do próprio contrato); finalmente, o *âmbito máximo* será formado, por exemplo pelo(s) campo(s) de treino(s), nivelado(s) e relvado(s) e respectiva casa de apoio, dotada de chuveiros, etc., o eventual campo de *mini-golf*, os equipamentos recreativos para crianças, a obrigação de o transmissionário ou cedente fazer descontos a certo tipo de

<sup>(611)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pág. 479-480.

clientes da entidade transmitente ou cedente, os créditos e débitos ligados à exploração do estabelecimento (mas, como veremos, mediante expressa manifestação de vontade de todos os interessados, maxime, no que respeita aos débitos), etc.

a) A locação do estabelecimento<sup>(612)</sup>.

A locação do estabelecimento (comercial ou industrial) vem prevista no n.º 1 do art. 111.º do *Regime do Arrendamento Urbano*, sendo, pois, um contrato. E um contrato, que, como já sabemos, representa uma das formas negociais (quicá a mais relevante) da designada *cessão de exploração*. Está-se, pois, perante um negócio decalcado do *contrato de locação* (art. 1022.º e segs. do código civil), pelo qual o titular do estabelecimento proporciona, temporariamente e mediante retribuição<sup>(613)</sup>, o gozo e fruição do estabelecimento a outrem.

Importa, em primeiro lugar, salientar que não é facto impeditivo à validade e eficácia deste contrato a circunstância de o estabelecimento ser dado em locação no

<sup>(612)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, in Revista da Ordem ds Advogados, 1987, III, pág. 884 e segs.; FERRER CORREIA, *Contrato de locação de estabelecimento, contrato de arrendamento de prédio rústico para fins comerciais, contrato inominado*, ivi, pág. 808 e segs.; PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 232 e segs.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra, pág. 76 e segs.; SIMEONE, *Il contratto d'affitto de azienda commerciale: applicazione pratica e canoni interpretativi*, in *Discipl. commerciale*, 1981, 2, 19; FERRARA, JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., pág. 421; GRECO, *Corso di diritto commerciale, Impresa-azienda*, Milano, 1957, 2ª ed., pág. 372 e segs.; COLOMBO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, pág. 287 e segs.; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 162 e segs.; MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, diretto di VASSALI, VII, 4ª. Torino, 1972, pág. 312 e segs.; COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., I, pág. 208 e segs.; CAIAFA, *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990, pág. 167 e segs.; REINHARD, *Droit commercial...*, cit., pág. 295 e segs.; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., 15ª ed., pág. 483 e segs.

<sup>(613)</sup> Fixa, variável, em função de determinados índices, como ainda pode a retribuição consistir numa quantia proporcional aos lucros. Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 213, nota 28; PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 13-15. A retribuição, no domínio do contrato de locação, não tem, por isso, que ser *determinada*. Mister é que seja *determinável* (art. 280.º/1, do código civil).

seu estado estático, na sua fase organizativa, ainda sem ter entrado em funcionamento<sup>(614)</sup>, conquanto para isso tenha que ser o locatário (ou cessionário, *hoc sensu*) a realizar a sua passagem ao estado dinâmico<sup>(615)</sup>. Necessário é, tão só, que seja potencialmente produtivo, bem podendo suceder que o cedente transfira, temporária e onerosamente o estabelecimento ao cessionário, apesar de ter utilizado os bens e valores desta organização numa actividade empresarial própria<sup>(616)</sup>. De facto, se já existe um valor de organização criado, com eficiência e capacidade para realizar o fim lucrativo para que está adstrito e se se puder concluir (ainda que num juízo de *prognose póstuma*) que ele já tem (ou já tinha) idoneidade para conquistar uma posição de mercado que, normalmente, vá inerente a estabelecimentos

<sup>(614)</sup> Neste sentido, COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda ed il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972, pág. 188, n.º 22; AMATO, *Trasferimento d'azienda: non necessaria attualità dell'esercizio imprenditoriale*, in *Impresa*, 1987, pág. 1252; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 151; acordão da *corte di cassazione*, de 18/6/81, in *Foro italiano*, 1982, I, pág. 177; *idem*, de 22/11/84, n.º 5871, in *Foro italiano*, 1985, I, pág. 102; acordão do tribunal de Foggia, de 15/4/85, in *Diritto Fallimentare*, 1985, II, pág. 623; acordão da *corte di cassazione*, de 7/11/74, n.º 3394, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, pág. 2001; *idem*, de 7/10/75, n.º 3176, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, pág. 1148; tribunal *d'Appello* de Bologna de 7/2/76, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 2, pág. 628; acordão da *corte di cassazione*, de 11/6/79, n.º 3287, in *Giustizia civile Reper.*, 1979 (*Azienda*); *idem*, de 14/5/81, n.º 3184, ivi, 15; *idem*, 91/8032, apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentário breve...*, cit., pág. 2126; FERRER CORREIA, *Contrato de locação de estabelecimento...*, cit., pág. 801-802; LOBO XAVIER, V da G., *Locação de estabelecimento...*, cit., pág. 767; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 220; AcRE, de 29/3/85 (VARELA PINTO), in *col. Jur.*, 1984, t. II, pág. 278 e segs.

<sup>(615)</sup> Assim, acordão da *corte de cassazione*, 81/6361, apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentário...*, cit., pág. 2125.

<sup>(616)</sup> Também, neste sentido, AcRC, de 16/5/89 (MÁRIO CRESPO), in *Bol. Min. Just.*, n.º 664 (exigindo, porém, que o estabelecimento se encontre já *legalizado*). AcSTJ, de 18/7/85 (ARAÚJO FRANQUEIRA), processo n.º 72509, in *Data Juris*, cit. (salientando que determinante é a aptidão do estabelecimento para entrar em funcionamento como tal); AcRE, de 29/3/84, in *Col. Jur.*, 1984, t. II, pág. 278; AcRL, de 8/3/94 (CABANAS BENTO), in *Col. Jur.*, 1994, t. II, pág. 73 (entendendo que um estabelecimento pode ser trespassado, contanto que esteja apto para funcionamento, como tal); AcRC, de 2/11/94 (FRANCISCO LOURENÇO), processo n.º 242/94, in *Data Juris*, cit. (*Para haver trespasso é indispensável que exista um estabelecimento, em actividade, ou apto a funcionar, pelo menos*).

desse tipo, não se pode excluir a sua negociação. E, neste particular, a sua transferência temporária, tem como fonte negocial um *contrato de locação*<sup>(617)</sup>. Assiste-se, assim a um fenómeno de subingresso do estabelecimento no processo, ainda que incompleto, de organização dos bens e valores, para o exercício de uma actividade comercial ao industrial.

Não parece, de resto, indispensável a exigência de o estabelecimento comercial *cedido* em locação (e o mesmo se diga para as outras fontes negociais de transmissão temporária) se apresentar apetrechado com todos os elementos (v.g., materiais: maquinarias, utensílios, mercadorias, ...) que normalmente o compõem. Ou seja, não é por este motivo que fica comprometida a unidade jurídica-económica do estabelecimento e, concomitantemente, a sua finalidade produtiva.

Necessário é, tão só, que o estabelecimento – cuja exploração ainda não começou – seja transferido com os *elementos bastantes*<sup>(618)</sup>; que, por outras palavras, a transferência diga, pelo baixo, respeito ao seu *âmbito mínimo*<sup>(619)</sup>.

(617) Também, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 721 e segs.; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, 1951, pág. 133, 233.

(618) BARBOSA DE MAGALHÃES, *ob. cit.*, loc. cit.

(619) Cfr., Acórdão de *corte de cassazione*, de 17/12/84, nº 6617, in Massimario della Giustizia civile, 1984; *idem*, de 16/6/1967, nº 1416, in Rivista del diritto commerciale, 1967, II, pág. 425, com anotação de BALLETTA; *idem*, 86/4809 e 84/1640 (apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentário breve...*, cit., pág. 2562); entre nós, cfr., AcRC, de 16/5/89 (MÁRIO CRESPO), cit. (exigindo, para este efeito, que o estabelecimento se encontra apetrechado com o essencial); em Espanha, cfr., acórdão do Tribunal Supremo de 14/2/54, apud BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 110 (não obstante este autor defender que só há locação de estabelecimento – *arrendamiento de empresa* – quando se transmita um *local* com elementos organizadores já anteriormente explorado, ou seja é preciso que a finalidade da locação seja, entre outras, a *continuação* da exploração da actividade económica já iniciada pelo locador. Cita, ainda, em seu apoio, um acórdão do Tribunal Supremo, de 18/5/89, *ob. cit.*, pág. 109). Cfr., BROSETA PONT, *La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento*, in Revista de Derecho Mercantil, 1968, pág. 59 e segs. Já o Prof. RODRIGO URÍA (*Derecho Mercantil*, cit., pág. 44), ao se referir à *locação do estabelecimento*, afirma que o objecto deste contrato é o *conjunto de bienes y servicios, apto para desarrollar una actividad empresarial*.

É claro que não se pode tratar de um *estabelecimento a instalar*, mas de um *estabelecimento já instalado*, apesar de ainda não ter entrado em funcionamento<sup>(620)</sup>.

De igual modo, um estabelecimento, cuja exploração cessou ou foi suspensa (v.g., estando a decorrer um processo de recuperação de empresa, ou tendo a empresa sido declarada em estado de falência: arts. 101º/1, c, 110º/1, 120º/f, do Código das Falências ou porque a actividade nele exercida é sazonal) pode ser transferido temporariamente – na circunstância, dado em locação – para outrem, contanto que ainda haja estabelecimento que revele ou sensibilize um conjunto unitário de bens, com valor de posição no mercado, dotado de um sobrevalor (dado pelo aviamento, acaso se mentanha) ou de *mais-valia* distinta e diversa do valor do *imóvel* onde, eventualmente, esteja *localizado*<sup>(621)</sup>.

De resto, não pode impressionar o argumento que alguns autores [ANTUNES VARELA (in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 102, pág. 75 e segs.), OLIVEIRA ASCENSÃO e MENEZES CORDEIRO (in Revista da Ordem dos advogados, cit., pág. 899 e segs.)] invocam, fazendo apelo ao preceituado no art. 1118º/2, do código civil (agora reproduzido no art. 115º/2, do Regime do Arrendamento Urbano), no sentido de a lei só tutelar a transmissão de estabelecimentos pré-existentes, isto é, que já iniciaram a sua actividade, que sejam *estabelecimentos completos*, verdadeiros, efectivos.

Na verdade, os citados preceitos legais inserem-se, sistematicamente, na estratégia político-legislativa de tutela da

(620) Precisando, e bem, este ponto, cfr., AcSTJ, de 1/2/94 (CURA MARIANO), inédito, processo nº 4317/93, in Data Juris, cit.

(621) Cfr., AcRP, de 24/10/83 (SALVIANO DE SOUSA), in col. Jur., 1983, t. IV, pág. 295 (considerando que, para efeitos da regra do art. 37º da Lei do contrato individual de trabalho, o estabelecimento não pode considerar-se encerrado quando a massa falida haja transmitido a sua exploração *por qualquer título*). Cfr., LOBO XAVIER, in Revista da Ordem dos Advogados, cit., pág. 12 e segs., 17 e segs.; ainda AcSTJ, de 2/3/83 (AUGUSTO DOS SANTOS), in Bol. Min. Just., nº 325, pág. 536; AcSTJ, de 4/5/93 (PAIS DE SOUSA), in col. Jur. (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça), 1993, t. II, pág. 86 e segs. (tratava-se, aqui, de um estabelecimento de cabeleireiro em fase de reactivação, ainda que integrado num hotel).

propriedade urbana, de modo a não permitir que, para além de um limite reputado razoável (o da conservação de estabelecimentos comerciais ou industriais *já constituídos*), o senhorio não tenha de suportar a *renovação obrigatória do arrendamento* (comercial ou industrial) dos imóveis onde se instalam os estabelecimentos, quer queira ou não. A lei pretende, assim, estabelecer o equilíbrio entre os interesses do senhorio [proprietário ou usufrutuário do imóvel que, em face da *renovação automática* dos contratos e da forma como a lei imperativamente disciplina a actualização das *rendas* (avaliação fiscais, actualizações anuais), pretende que o locado não sofra maior desgaste do que o por si previsto, que não aumente o risco considerado e que aquele não desvalorize em maior grau do que o admitido no contrato]<sup>(622)</sup>, do locatário [que pretende desenvolver a seu bel talente determinado escopo mercantil, alterando-o livremente e transformando-o, se for caso disso, em face das mutações da vida económica ou da sua boa ou má fortuna] e o interesse geral [que não pretende estimular frequentes modificações no equilíbrio recíproco dos vários sectores da actividade económica, assumindo o estabelecimento como um *bem* e, por isso, facilitando a *circulação do estabelecimento*]. Todavia, é bem ver o legislador está a pensar nos estabelecimentos *já existentes* e alvo de exploração. O elemento literal vai neste sentido, pois que a lei utiliza as expressões *passse a exercer-se nele outro, seja dado outro destino*. Não faz, realmente, sentido, que ao prédio possa ser dado *outro destino* (comercial ou industrial) ou que nele *passse a exercer-se outro ramo* se até aí não se localizasse no prédio uma qualquer organização de factores produtivos no estado dinâmico, isto é, já a ser alvo de efectiva exploração.

E nem se diga como é opinião daqueles autores (in Revista da Ordem dos Advogados, cit., pág. 898) que o código civil italiano não compreende uma norma semelhante à do art. 1085º/2, do código civil (ora reproduzida no art. 111º/1, do Regime do Arrendamento Urbano), que alegadamente opera a conversão legal da locação do estabelecimento para arrendamento, quando faltem nele certos elementos. Com efeito, o art. 1085º/1/2 mais não veio do que esclarecer, entre nós, o sentido e o alcance de

<sup>(622)</sup> Cfr., AcRL, de 21/10/70, in Bol. Min. Just., nº 200, pág. 284 = Jurisprudência das Relações, no 16º, pág. 661; sentença do 2º juízo cível do Porto, de 18/1/84 (PAIS DE SOUSA), in col. Jur., 984, t. II, pág. 327; AcRL, de 9/3/82 (CURA MARIANO), in col. Jur., 1982, t. II, pág. 159.

uma distinção – isto é, a diferença entre *arrendamento* do imóvel e *locação do estabelecimento* – que, à falta de específica referência na *Códice* de 1942, a doutrina italiana, há muito, já tinha presentido, e é hoje, nesse ordenamento, dominante; ora, o legislador português assumiu, no referido preceito, essa corrente dominante, visando evitar ou diminuir a controvérsia que essa matéria poderia, entre nós, suscitar<sup>(623)</sup>. Cfr., infra, no texto. Aliás, em Itália, hoje, já a lei resolve o problema da transmissão, entre vivos, da posição do arrendatário, contra ou apesar do consentimento do senhorio, se o estabelecimento for transferido pelo arrendatário: art. 36º da Lei 1978/392 [podendo, é certo, o senhorio opôr-se nos trinta dias seguintes à comunicação que lhe deve ser feita pelo arrendatário, alegando *gravi motivi*, impositivos da cessão da posição contratual].

Em sede de *locação do estabelecimento comercial* (ou industrial), o esforço jurisprudencial e doutrinal tem-se orientado – apesar do disposto no art. 111º/1, do *Regime do Arrendamento Urbano* – no sentido de precisar a definição jurídica do instituto no que toca ao seu recorte em face de uma outra figura: o *arrendamento* (subespécie da locação, quando o objecto do contrato incide sobre imóveis) destinado ao exercício do comércio ou indústria<sup>(624)</sup>.

<sup>(623)</sup> Cfr., FORCHIELLI, *Il minimum del concetto di azienda e la distinzione tra affitto d'azienda (libero) e locazione d'immobile non abitativo (vincolata)*, in Rivista di Diritto Civile, 1980, I, pág. 527-528; MICCIO, *La locazione*, in Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, org. por BIGIAMI, Torino, 1967, pág. 395 e segs.; FANELLI, *Affitto di azienda e locazione di beni aziendali*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950, pág. 263 e segs.; VISALLI, *Locazione d'immobile ed affitto d'azienda*, Napoli, 1969, pág. 93 e segs.; MIRABELLI, *La locazione*, Torino, 1972, pág. 312 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 163; acordão da corte di cassazione, de 17/6/74, nº 1776, in Massimario della giurisprudenza italiana, 1974, pág. 483; idem, de 7/9/77, nº 3858, ivi, 1977, pág. 860; idem, de 26/7/86, nº 4809, ivi, 1986, entre outros.

<sup>(624)</sup> Conquanto as referências jurisprudenciais sejam inabarcáveis, cfr., AcRL, de 29/10/92 (RODRIGUES CODEÇO), in Data Juris; AcRL, de 22/10/92 (ANTÓNIO DA CRUZ), in col. Jur., 1992, t. IV, pág. 187 (acerca da fruição de um espaço cedido em centro comercial); AcRL, de 20/1/94 (CAMPOS OLIVEIRA), processo nº 7940, in Data Juris, cit. (sobre utilização de espaços em centros comerciais); AcSTJ, de 3/5/90 (ELISEU FIGUEIRA), in Bol. Min. Just., nº 387, pág. 461; AcRC, de 9/7/91 (CARLINDO DA COSTA), processo nº 181/91, in Data Juris, cit.; AcRP, de 15/8/91 (MARTINS COSTA), processo nº 86/91, in Data Juris; AcSTJ, de 26/2/91 (MENÉRES PIMENTEL), in Bol. Min. Just., nº 404,



Assim, deverá, em primeiro lugar, atender-se à efectiva e comum intenção das partes, prescindindo-se, se fôr o caso disso, do específico *nomen iuris* adoptado pelos contraentes na qualificação do negócio. Como ponto de apoio desta indagação deverá o julgador ou o intérprete averiguar o modo como o imóvel é considerado no contexto contratual. Vale isto dizer que estaremos em face de um contrato de arrendamento (comercial ou industrial) quando o imóvel é visto como uma entidade económica autónoma, seja quando assume uma função prevalecte em face de outros bens nele existentes que lhe são acessórios ou que com ele se não ligam na sua funcionalidade, seja quando nada existe como objecto do contrato a não ser o imóvel [v.g., os já clássicos contratos que envolveram a concessão do gozo de *lojas vazias*<sup>(625)</sup>].

Ao invés, haverá *locação de estabelecimento* (com a consequente inaplicabilidade do regime vinculectico, a que subjaz, fundamentalmente, a *prorrogação forçada* do contrato) sempre que se conclua que o imóvel foi considerado como parte de um mais vasto complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos ou imateriais, ligados por um nexo de recíproca dependência e que revelam ou encarnam um bem

pág. 431 e segs.; AcRL, de 17/1/91 (BARBIERI CARDOSO), in col. Jur., 1991, t. I, pág. 141 (cedência de um espaço vazio em centro comercial), com voto de vencido do Desembargador, JOSÉ DE MAGALHÃES; AcRP, de 15/9/88 (MONTEIRO MARQUES), processo nº 22784, in Data Juris, cit.; AcRP, de 29/9/89, in col. Jur., 1989, t. I, pág. 178; AcRL, de 19/3/85 (SILVA MONTENEGRO), in col. Jur., 1985, t. II, pág. 104; AcRE, de 29/3/84 (VARELA PINTO), in col. Jur., 1984, t. II, pág. 278; AcRP, de 28/7/81 (BROCHADO BRANDÃO), in col. Jur., 1981, t. IV, pág. 191; AcRP, de 19/1/77 (AUGUSTO GARCIA), in col. Jur., 1977, t. I, pág. 72; AcSTJ, de 7/6/73 (JOÃO MOURA), in Bol. Min. Just., nº 228, pág. 186 = Revista dos tribunais, ano 92º, pág. 117; AcSTJ, de 19/4/88 (ALCIDES DE ALMEIDA), in Tribuna da Justiça, nº 43/44 (Julho/Agosto, 1988) pág. 40; AcRP, de 28/4/88 (AUGUSTO ALVES), in col. Jur., 1988, t. II, pág. 219.

(625) AcRL, de 17/1/91 (BARBIERI CARDOSO), in col. Jur., 1991, t. I, pág. 141; AcRL, de 22/10/92 (ANTÓNIO DA CRUZ), in col. Jur., 1992, t. IV, pág. 187; AcRL, de 20/1/94 (CAMPOS OLIVEIRA), processo nº 7940, in Data Juris, cit.; GALVÃO TELLES/JANUÁRIO GOMES (Parecer), in col. Jur., 1990, t. II, pág. 23 e segs.

imaterial que é o *estabelecimento* (ainda que revelado tão só no seu âmbito mínimo), destinado à produção de utilidades<sup>(626)</sup>. Não parece ser relevante a circunstância de a renda ser sido estipulada unitária e globalmente, conquanto repartida em prestações (v.g., mensais) periódicas, fraccionadas no tempo.

Do ponto de vista do recorte estrutural destes negócios, pode dizer-se que, enquanto o *contrato de arrendamento* (para o exercício do comércio ou indústria, incluindo-se, também, as actividades artesanais) se esgota no facto de uma das partes se obrigar a proporcionar a outra o gozo temporário de um *prédio urbano* (ou *rústico*), no todo ou em parte, mediante retribuição, já o contrato de *locação de estabelecimento comercial* engloba a cedência temporária e onerosa de um *estabelecimento comercial* (ou industrial) como um todo<sup>(627)</sup>, como uma universalidade de coisas que o *sensibilizam* ou são o seu *lastro* de bens. Assim, na transmissão efectuada pelo locador (cedente) do estabelecimento vai incluído todo o somatório de elementos materiais e imateriais que o compõem [móveis, imóveis, patentes, segredos de fábrica, contratos de trabalho com o pessoal, agentes, alvarás, contratos de fornecimento de energia eléctrica, água, telefones]<sup>(628)</sup>.

(626) Cfr., Acórdão da corte de cassazione 86/4809, apud CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve...*, cit., pág. 2562; *idem*, 75/3178, *ivi*, loc. cit.; FERRER CORREIA/MARIA ANGELA COELHO, *Locação de estabelecimento e seu objecto*, in Revista de Direito e Economia, 10/11 (1984/85), pág. 251 e segs.; LOBO XAVIER, V da G., *Locação de Estabelecimento...*, cit., pág. 765 e segs.; ANTUNES VARELA, *Cessão da exploração do estabelecimento comercial em formação*, in Revista da Ordem dos Advogados, 47º, III, pág. 835, GALVÃO TELLES, *Utilização de Espaços nos shopping centers*, in col. Jur., 1990, t. II, pág. 23-24 (com colaboração de JANUÁRIO GOMES).

(627) Todo este que abrange não só as mercadorias, matérias-primas, utensílios, bens imateriais e certas situações ou relações de facto com relevo económico.

(628) Assim, ANTUNES VARELA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 100, pág. 270; FERRER CORREIA, *Estudos jurídicos*, II, Coimbra, 1969, pág. 255 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cessão de exploração de estabelecimento comercial, arrendamentos e nulidade formal*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, pág. 845.

Note-se que é preciso somente que se dê em locação aquele conjunto de elementos que fazem por identificar um concreto estabelecimento, isto é, que, ao menos, se transfira, temporária e onerosamente, o *quid mínimo*<sup>(629)</sup>.

Como, exemplar e claramente, expõe o Prof. PEREIRA COELHO, o *objecto* do negócio é diverso nos dois contratos: *enquanto o subarrendamento [e, dizemos nós, o arrendamento] são negócios sobre o prédio arrendado, o trespasse e a locação do estabelecimento comercial ou industrial, têm por objecto o próprio estabelecimento; de que o direito ao arrendamento constitui um dos elementos*<sup>(630)</sup> – obviamente, quando o estabelecimento comercial ou industrial esteja instalado em prédio tomado de arrendamento.

Note-se que, ainda que o arrendatário do imóvel, titular do estabelecimento que aí se *localiza, locar* o seu *estabelecimento* a outrem, não se demite ele da sua qualidade de arrendatário do dito imóvel. E, nem sequer o cessionário do estabelecimento assume a posição de *co-arrendatário* desse imóvel. Doutra modo não se compreenderia por que o

legislador, ao se referir à *cessão de exploração*, afirma que esse negócio (*rectius, a locação do estabelecimento*) não é *havido como arrendamento* (art. 111º/1, do *Regime do Arrendamento Urbano*). O cessionário é, tão só, titular de um *direito de utilização* ou de *disponibilidade simples* temporalmente limitado – direito pessoal de gozo – do prédio onde se localiza o estabelecimento, uma vez que, como regra geral ocorre, se o estabelecimento é locado, um dos elementos deste *bem* é o direito do gozo do prédio onde se localiza. A não ser, como é óbvio, que as partes excluam da negociação o direito de gozo do prédio<sup>(631)</sup>.

Já se defendeu, é certo que, a *locação do estabelecimento* inclui, normalmente, no seu *âmbito de entrega o direito ao arrendamento* do prédio onde ele está instalado. Assim, o cedente na qualidade de arrendatário do prédio, seria nela substituído pelo cessionário [assim, AcRC, de 10/5/88 (MARQUES CORDEIRO), in col. Jur., 1988, t. III, pág. 74; AcRC, de 12/4/94, Apelação nº 1288/93, inédito, in Data Juris, cit.]. Todavia, a mais do que já foi dito, as soluções a que esta posição conduz não se adequam à razoável ponderação e equilíbrio dos interesses das partes. Assim, se, por exemplo, o imóvel onde o estabelecimento esteja instalado for *vendido* ou *dado em cumprimento*, o *direito de preferência* cabe à pessoa que seja arrendatária ao tempo do facto que gera o direito de preferência (art. 47º, do R.A.U.). Ora, de duas uma: ou o cessionário do estabelecimento não o exerce – o que é o normal, pois que ele não é titular do estabelecimento, mas está só a explorá-lo temporariamente – precluindo-se, deste jeito, a possibilidade de o *dono* do estabelecimento adquirir, preferencialmente, a propriedade do imóvel onde aquele se localiza (e que é, como vimos, por via de regra, um

<sup>(629)</sup> PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 230.

<sup>(630)</sup> Também, assim, JANUÁRIO GOMES, *Arrendamento comerciais*, Coimbra, 1994, pág. 62-63; cfr., porém, AcRE, de 2/2/78 (MANSO PRETO), in col. Jur., 1978, pág. 210 (que qualificou como arrendamento para indústria e não como locação de estabelecimento um contrato pelo qual se transmitiu um certo imóvel urbano, com os respectivos móveis, para que o outro contraente o possa explorar como unidade de um complexo turístico). Mas já, porém, o AcRL, de 2/2/78 (BARBIERI CARDOSO), in col. Jur., 1985, t. V, pág. 101, entendeu que o conjunto de 140 frações prediais autónomas, mobiladas e equipadas para fins turísticos, e acompanhadas por serviços de apoio pode ser considerado *estabelecimento* e, como tal, objecto de contrato de exploração. Como se vê, apesar do art. 1085º do código civil e ora do art. 111º/1, do R.A.U. fornecerem uma clara noção do contrato de *locação de estabelecimento*, na prática, como o demonstra a jurisprudência, a qualificação de uma certa situação de facto como tal pode ser difícil. Considerando que não pode qualificar-se como arrendamento ou, sequer, como *cedência de estabelecimento* a concessão de unidades habitacionais (exploração de apartamentos) para *fins turísticos*, com serviços de apoio, em cujo âmbito contratual se inclui uma compensação mensal e a possibilidade de denúncia unilateral, AcRL, de 30/6/94 (NASCIMENTO GOMES), processo nº 6915, in Data Juris, cit.

<sup>(631)</sup> Aliás, o referido art. 111º/1, do R.A.U., na parte em que se refere *juntamente com o gozo do prédio*, não pretende significar a existência de uma *transmissão da posição de arrendatário* do imóvel para a pessoa do cessionário, pois que se assim fosse o legislador teria tido o cuidado de nesse preceito utilizar expressões semelhantes às usadas na 1ª parte do nº 1 do art. 115º do R.A.U.. Isto é, o legislador se quisesse sujeitar ao mesmo regime, neste particular, estes preceitos teria redigido o art. 111º/1, do R.A.U. como segue: *Não é havido como arrendamento de prédio urbano ou rústico o contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem, juntamente com a cessão da sua posição jurídica, a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado.*

elemento muito importante para a unidade económica funcional)<sup>(632)</sup>, ou o cessionário exerce o direito de preferência, ficando a ser simultaneamente o senhorio do locador e titular do estabelecimento e locatário (cessionário) deste último, impedindo-o, mais uma vez, de solidificar o conjunto de bens e valores que identificam o seu estabelecimento. Por outro lado, a garantia dos credores – e, aqui, do senhorio pelas *rendas* devidas emergentes do gozo do imóvel e vendidas na pendência do contrato de locação do estabelecimento – cessando o contrato de locação do estabelecimento – ver-se-à muito diminuída se se considerar que é o *locatário-cessionário* do estabelecimento quem assume a posição de arrendatário do imóvel [além de que não existe entre nós, expressamente, uma norma como a do art. 36º da Lei nº 392 de 1978, do ordenamento italiano, que responsabiliza o locador-cedente do estabelecimento pela falta de cumprimento das obrigações do *locatário-cessionário* em face do proprietário do imóvel. Por isso que, em Itália, qualquer forma de transmissão temporária do estabelecimento, instalado em prédio arrendado, implica o *subarrendamento* do imóvel, mantendo o locador do estabelecimento a sua qualidade de arrendatário em relação ao senhorio a quem tomou]. De resto, sendo o locatário do estabelecimento *possuidor em nome alheio* dos elementos, maxime de índole corpórea, que compõe o estabelecimento, pode sempre usar os meios da posse se fôr privado ou perturbado no exercício dos poderes de exploração do estabelecimento [art. 1037º/2, do código civil].

O locatário-cessionário do estabelecimento e o locador dele não celebram, de facto, qualquer *contrato de arrendamento* do imóvel. Porém, a negociação por tempo determinado, do *estabelecimento* como um todo implica, em regra, entre outras prestações, a obrigação de o locador-cedente proporcionar o gozo do prédio ao locatário-cessionário. Por que se trata de um negócio sobre o *bem* que é o estabelecimento e não um negócio sob o prédio onde ele se instala, aquela obrigação não implica uma contraprestação directa por parte do locatário-cessionário. Este retribui o

<sup>(632)</sup> AcRE, de 19/4/90 (MATOS CANAS), processo nº 330, in Data Juris, cit.

locador-cedente, ao invés, pela concessão do gozo do estabelecimento, enquanto bem unitário imaterial, onde se inclui, entre outros elementos, o direito de utilização do imóvel onde ele se instala. Doutra modo, a locação do estabelecimento analisar-se-ia (ou pulverizar-se-ia) nos singulares e autónomos contratos sobre os elementos que o exprimem e acompanham, em termos de a sua negociação traduzir ou revelar uma *coligação* ou *união de contratos*, aí onde avultaria o contrato de *subarrendamento* sobre o imóvel.

A locação do estabelecimento comercial não carece de autorização prévia do senhorio do imóvel onde esteja instalado<sup>(633)</sup>. E isto, fundamentalmente, por três ordens de razões.

<sup>(633)</sup> Assim, AcRC, de 7/6/92 (MANUEL LEITÃO), processo nº 490/91, in Data Juris, cit.; AcRP, de 20/5/86 (MARTINS COSTA), in col. Jur., 1986, t. III, pág. 193; AcRC, de 10/5/88 (CASTANHEIRA DA COSTA), in Bol. Min. Just., nº 377; AcRP, de 28/4/88 (AUGUSTO ALVES), processo nº 22595, in Data Juris, cit.; AcRL, de 5/5/87 (ZEFERINO FARIA), in col. Jur., 1987, t. IV, pág. 74; AcRC, de 27/10/92 (PEREIRA DA GRAÇA), in col. Jur., 1992, t. IV, pág. 93; AcRC, de 12/4/94, apelação nº 1288/93, in Data Juris, cit.; AcRP, de 18/1/94 (ARAÚJO DE BARROS), in col. Jur., 1994, t. I, pág. 211; todavia a Jurisprudência, há muito que não é, neste particular, pacífica. No sentido de que a *locação do estabelecimento comercial* ou, em geral, qualquer *forma de transmissão* (cessão de exploração) temporária dele, carece de consentimento do senhorio do prédio onde esteja instalado, cfr., AcRE, de 7/6/84 (FERRO RIBEIRO), in col. Jur., 1984, t. III, pág. 330; AcRE, de 17/1/81 (GARCIA DE FONSECA), in col. Jur., 1981, pág. 163; AcRE, de 19/2/87 (SAMPAIO DA SILVA), *ivi.*, t. I, pág. 314; AcRE, de 23/6/88 (FARIA DA SILVA), *ivi.*, 1988, t. III, pág. 299; AcRC, de 8/2/89 (POROBOTAMBÁ), in Bol. Min. Just., nº 384, pág. 666; AcRL, de 9/11/89 (BARBIERI CARDOSO), in Bol. Min. Just., nº 391, pág. 682; AcRL, de 12/10/89 (BARBIERI CARDOSO), *ivi.*, nº 390, pág. 951; AcRE, de 31/1/91 (SAMPAIO DA SILVA), in col. Jur., 1991, t. I, pág. 290; AcRL, de 11/3/93 (TORRES VEIGA), *ivi.*, 1993, t. II, pág. 93.

De facto, se se entender que a *locação do estabelecimento* envolve o *subarrendamento* do prédio onde está instalado, facilmente se pode concluir que isso só é lícito quando tenha havido autorização do senhorio (art. 1038º/f, do código civil), salvo se, por outros motivos (cfr., *infra*, no texto) a *lei* o *permitir* (parte final da alínea f) do citado preceito). Ora, se se julgar que a lei não permite a cedência gratuita ou onerosa do gozo do prédio mesmo na hipótese de locação ou comodato do estabelecimento comercial, está o contrato de arrendamento do prédio sujeito a resolução com fundamento no disposto pela alínea f) do nº 1, do art. 64º do Regime de Arrendamento Urbano, salvo se o senhorio tiver reconhecido o beneficiário da cedência (isto é, o locatário ou, em geral, o cessionário do estabelecimento (art. 1049º do código civil)). Pois que, qualquer sublocação sem que a lei o permita ou o senhorio a autorize, e que implique a exclusão do arrendatário do prédio, mesmo temporária, constitui um ilícito contratual e desta forma, preenche causa de resolução do contrato de arrendamento do prédio [AcRE, de 17/11/83

Em primeiro lugar, se na transmissão definitiva do estabelecimento a lei dispensa a autorização do senhorio para a transmissão definitiva da posição de arrendatário (justamente, porque a lei quer proteger a subsistência do estabelecimento como unidade jurídica e económica, independentemente do seu titular, uma vez que o imóvel onde se localiza é, bastas vezes, senão um elemento essencial dele, pelo menos um bem de relevante importância), por maioria de razão (argumento a *maiori ad minus*) deve ser permitida a transferência temporária do gozo do prédio, onde o estabelecimento funciona, para o locatário-cessionário da exploração.

(ADRIANO AFONSO), in Bol. Min. Just., nº 333, pág. 538]. Aliás, na prática, em face da experiência da vida, o locatário do estabelecimento substitui o titular do estabelecimento no gozo do imóvel onde está instalado [ainda que se possa conceber uma fruição conjunta desse prédio, atento o interesse do titular do estabelecimento na gestão dele, podendo até, contratualmente, em regra, o direito deste titular supervisionar o desenvolvimento da gestão. Cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pág. 214], sendo esta situação, de todo em todo, muito parecida à de uma sub-locação. Só que, como vimos, a *locação do estabelecimento* não constitui um subarrendamento de um prédio, mas a concessão temporária e onerosa do gozo de um *bem imaterial* de natureza mobiliária (assim também, Acórdão da *courde cassation*, de 9/3/53, in Dalloz, 1953, pág. 324; *idem*, de 8/2/1949, in *Juris Calasseur Periodique*, 1949, 2, pág. 4947; *idem*, de 8/10/86, in *Revue des Loyers*, 1986, pág. 446); ainda neste sentido, AcRL, de 19/3/85 (SILVA MONTENEGRO), in col. Jur., 1985, t. II, pág. 104.

Em todo o caso, não são de excluir as cláusulas contratuais inseridas nos contratos de arrendamento dos prédios que inderditem ou façam depender de autorização do senhorio a transmissão da fruição do gozo dos prédios em caso de *locação dos estabelecimentos* neles instalados. Repare-se que, nesta hipótese, não se proíbe a locação de estabelecimento (o que já não seria lícito dada a natureza *imperativa* das normas do R.A.U. sobre a designada *cessão de exploração* do estabelecimento), mas sim se prevê a *ineficácia* da cedência do gozo do prédio por ocasião da locação do estabelecimento nele instalado, dando azo à resolução do contrato de arrendamento. Isto é, o negócio que incide *sobre o estabelecimento* é válido entre o locador dele e o locatário-cessionário. Simplesmente, a transmissão da fruição e gozo do prédio (elemento que, normalmente, *acompanha* a transmissão do estabelecimento) é que será *ineficaz* em relação ao senhorio. Todavia, esta possibilidade parece de excluir, nos casos em que o direito pessoal de gozo sobre o imóvel onde o estabelecimento se localiza é um dos elementos essenciais que integra o *âmbito mínimo* do estabelecimento (v.g., nos estabelecimentos vinculados), uma vez que doutro modo, se inviabilizaria a transmissão dele. E nem se diga que, desta maneira, se prevê mais uma causa de resolução do contrato de arrendamento, para além das previstas no nº 1, do art. 64º do R.A.U.; ao invés, e mantendo o princípio da *enumeração taxativa* dessas causas, a violação das cláusulas contratuais acima referidas dá origem à resolução do contrato de arrendamento, com fundamento na alínea f) do nº 1, do mencionado art. 64º.

Em segundo lugar, o elemento sistemático da interpretação da lei conduz ao entendimento de que o legislador do R.A.U. disse menos do que queria, permitindo a *interpretação extensiva* do preceito do art. 115º/1 desse diploma, pois que inclui as duas formas de transmissão do estabelecimento no âmbito do mesmo capítulo, aí plamando essas duas *normas especiais* de direito comercial. Normas que vão contra o princípio geral que veda ao arrendatário a faculdade de proporcionar a outrem o gozo total ou parcial do prédio arrendado por meio de cessão da posição de locação, sublocação e outras (art. 1038º/f, do código civil). Aliás, não sendo, como vimos, de considerar como arrendamento o contrato de locação do estabelecimento (art. 111º/1, do R.A.U.), não lhe é aplicável esse preceito, o que só sucederia se o locatário do estabelecimento cedesse a sua posição contratual ou sublocasse o estabelecimento sem autorização do titular dele.

Em terceiro lugar, bem se compreende a dispensa de autorização do senhorio, porquanto, como se viu, a titularidade da posição de arrendatário do prédio não se transmite. E nem sequer há subarrendamento desse prédio (art. 111º/1, R.A.U.: *não é havido como arrendamento(...)* e, por maioria de razão, igualmente não é havido como subarrendamento). Sendo assim, nem tão pouco haverá necessidade de indicar a dispensa de autorização de autorização do senhorio para a transmissão da posição de arrendatário, uma vez que esta, no âmbito deste negócio que incide *sobre o estabelecimento*, nem sequer existe.

#### i) Os Centros Comerciais.

Tem-se colocado a questão, já atrás insinuada, de qualificar os contratos que versem sobre a concessão do

gozo de *lojas* instaladas em centros comerciais. A este propósito pode dizer-se que, se o locador titular do *centro*, por exemplo, entrega a *loja*, isto é, o *local* sem qualquer acabamento, vazia e sem infraestruturas, cabendo ao locatário iniciar as obras de instalação e decoração do estabelecimento, nenhum estabelecimento se acha criado ou instalado que, no mundo dos objectos disponíveis, possa locar-se<sup>(634)</sup>. E isto apesar de o arrendatário passar a beneficiar dum conjunto de elementos inerentes ao próprio *centro*, quais sejam as situações de facto de relevo económico atinentes à clientela que o próprio *centro* atrai. Todavia, se a cessão do gozo desse local vazio vai acompanhada da obrigação de prestar serviços de interesse comum quedamo-nos perante um *contrato misto* de arrendamento para comércio (ou indústria) e de prestação de serviços, sendo-lhe aplicável as disposições do art. 1028º do código civil<sup>(635)</sup>.

De todo o modo não se está perante um contrato de *locação de estabelecimento*<sup>(636)</sup>, pois que este é muito mais do que um lugar, a loja, ainda que nestes casos, acaso exista ou se crie um estabelecimento, ele se inclua na categoria dos *estabelecimentos vinculados* (isto é, que se ligam incidivelmente a certos bens: no caso, ao *centro comercial*).

<sup>(634)</sup> Contra, AcRL, de 17/1/91 (QUIRINO SOARES), in col. Jur.; no sentido do texto, AcSTJ, de 3/5/90 (ELISEU FIGUEIRA), in Bol. Min. Just., nº 397, pág. 461; AcRL, de 20/1/94 (CAMPOS OLIVEIRA), processo nº 7940; GALVÃO TELLES, *Utilização...*, cit.

<sup>(635)</sup> Que neste particular, se deve aplicar aos *contratos mistos* de arrendamento e outros tipos contratuais. Neste sentido PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 51. Cfr., AcRL, de 18/3/93 (EDUARDO BAPTISTA), in col. Jur., 1993, t. II, pág. 115 e segs. (no sentido de o contrato, entre o promotor do centro e lojista que nele vai instalar um estabelecimento, ser atípico com um regime jurídico que resulte das cláusulas contratuais, sendo, em princípio concedido ao lojista o poder de ceder a terceiros as instalações que lhe tinham sido cedidas).

<sup>(636)</sup> Fundamentalmente, o interesse prático destas distinções prende-se, tanto com a (im)possibilidade de *renovação obrigatória* do contrato de arrendamento (art. 68º, do R.A.U.), como com a (im)possibilidade de se poder ceder o gozo e fruição do prédio onde o estabelecimento está instalado – em caso de *locação* deste – independentemente de autorização do senhorio.

O estabelecimento envolve, como vimos, mais elementos, para que se possa falar, ao menos, do seu *âmbito mínimo*, quais sejam os necessários para que nesse local exista e possa funcionar uma organização tendente à produção de utilidades económicas; organização que implica alguns bens imateriais e materiais. Mas já haverá contrato de *locação de estabelecimento* se este fôr criado e montado pelo promotor do centro (ou por outro indivíduo: o arrendatário comercial de uma dos *locais vazios*). Não nos parece, pois, que nesta hipótese, a circunstância de dever existir uma unidade de direcção típica dos centros comerciais [que abrange a implementação, a direcção e a coordenação dos serviços comuns: limpeza, conservação do edifício e suas partes de uso comum, a segurança nas partes comuns, o estacionamento de viaturas próprias, de clientes e fornecedores, a iluminação das partes comuns] possa corporizar juridicamente a existência de um contrato inominado atípico, regulado pelas próprias cláusulas<sup>(637)</sup>, seja no caso de se ceder o gozo de um *local* vazio, seja no caso de se ceder (onerosamente) o gozo de uma organização (o *estabelecimento*) que já aí funcionava. É que não deve autonomizar-se, sem expresso apoio legal – para mais dada a natureza imperativa das disposições do R.A.U. sobre a caducidade, denúncia e a resolução dos

<sup>(637)</sup> Como pretende o Prof. ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais*, cit., pág. 43 e segs.; *idem*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 112, pág. 83. E a jurisprudência que maioritariamente vai ao arrimo desta posição: AcRL, de 22/10/92 (ANTÓNIO DA CRUZ), in col. Jur., 1992, t. IV, pág. 187 e segs.; AcRL, de 18/3/93 (EDUARDO BAPTISTA), in col. Jur., 1993, t. II, pág. 115 e segs.; AcSTJ, de 6/12/90, in Base informática de dados sobre a jurisprudência do STJ, doc. nº 06000; *idem*, de 26/2/91, in Base informática, cit., doc. nº 07901; *idem*, de 24/3/92, in Base informática, cit., doc. nº 15505 (apud AcRL, de 18/3/93, cit. supra); AcSTJ, de 26/4/94 (SANTOS MONTEIRO), in col. Jur., Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, t. II (1994), pág. 59 e segs. (o contrato celebrado entre o organizador do Centro Comercial e cada um dos lojistas, que é inominado, tem em âmbito muito mais vasto que o contrato de arrendamento comercial, sendo uma das suas características mais distintas a que se refere à natureza e à fixação da renda); vide, ainda, ANTUNES VARELA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127º (1994), pág. 174 e segs.

contratos – uma terceira categoria de contratos, ao abrigo de uma alegada *atipicidade contratual* [que não encontra guarida na causa-função do contrato de arrendamento] que têm por objecto a cedência de espaços (e serviços) para a instalação de estabelecimentos comerciais em centros comerciais, de natureza *não vinculística* (isto é, contratos onde, decorrido o prazo de arrendamento convencionado e cumpridas as demais obrigações, se operará a respectiva extinção, nos termos previamente acordados, por ele não ter sido renovado).

Com efeito, os *estabelecimentos* localizados em centros comerciais mais não são do que *estabelecimentos (absoluta ou relativamente) vinculados*, cuja existência está primacialmente ligada (ou é incidível), relativa ou totalmente, ao local onde se instalam. E o mesmo acontece, desde há muito, noutras situações: *estabelecimentos* instalados em aeroportos, estações, autódromos, hipódromos, cinemas, hotéis, hipermercados, etc. Ora, também nestas hipóteses, o titular do cinema, do aeroporto, do autódromo, do hipódromo, etc., facilita o êxito da actividade comercial desses estabelecimentos, prestando-lhes, não raro, diversos serviços (iluminação, limpeza, higiene do recinto que envolve o estabelecimento, estacionamento das viaturas, fornecimento de água e energia, etc.). A única nota dissemelhante parece ser a da *unidade de gestão*, naqueles centros comerciais em que o seu promotor, criador ou fundador, mantém na sua mão a gestão do conjunto do centro comercial, através de uma organização centralizada, isto é, em que reserva para si a gestão desse conjunto nos seus aspectos de interesse comum (v.g., conservação e aperfeiçoamento das partes do edifício destinadas ao uso comum, a prestação, manutenção e aperfeiçoamento dos serviços comuns). Porém, esta nota, que, aliás, não é comum

a todos os *centros comerciais*, à face do direito constituído [que, como se sabe, no que diz respeito à caducidade, denúncia e revogação do regime jurídico do arrendamento para comércio e indústria, tolhe a liberdade das partes e, por isso, o princípio da autonomia da vontade] não autoriza a autonomização de um *tertium genus* de negócios jurídicos que se prendem com o início da vida ou com a transmissão temporária dos estabelecimentos comerciais. E isto apesar de se reconhecer que o *direito constituído* já não serve, em alguns casos, para prover, da forma economicamente mais funcional e vantajosa em face dos intervenientes, a estes novas espécies de actividades que aglutinam um vasto conjunto de *estabelecimentos vinculados* que, bastas vezes, reclamam uma forma unitária de gestão do espaço que as coenvolve.

Ora, pode até afirmar-se que a exploração de um centro comercial, pelo seu titular, criador ou organizador é, ela própria uma actividade comercial, traduzida principalmente (mas não só) na negociação de *espaços vazios* ou de estabelecimentos já criados (ainda que incompletos), à luz de critérios de complementariedade<sup>(638)</sup>. O centro comercial é um, ele próprio, um *estabelecimento*; mas um *estabelecimento de estabelecimentos*, já criados ou a criar. E assim, de duas uma: ou não existe estabelecimento, sendo o local (*vazio*) objecto de um contrato de arrendamento (ou subarrendamento) para comércio ou indústria ou um *contrato misto* de arrendamento e prestação de serviços (se estes forem alegados e provados)<sup>(639)</sup>;

<sup>(638)</sup> Também, neste sentido, cfr., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração Empresarial...*, cit., pág. 52; idem, *Direito Comercial*, cit., pág. 116-117 (classificando como comerciais os actos relativos ao centro comercial).

<sup>(639)</sup> Assim, também, GALVÃO TELLES, *Contratos de utilização...*, cit., pág. 526-527, considerando que se verifica a *fattispecie* do arrendamento, isto é, a cedência ao

ou já existe estabelecimento<sup>(640)</sup> podendo, conseqüentemente, ser negociado, através de uma transferência temporária ou definitiva para outrem<sup>(641)</sup>. Aliás, sendo estes na prática, estabelecimentos absoluta ou relativamente *vinculados*, ainda assim se distingue claramente o *imóvel* do estabelecimento, apesar, nestes casos, da normal indispensabilidade do direito ao imóvel para reflectir ou exprimir a imagem do estabelecimento. Até porque, se se entender que as partes, negociando o direito à utilização do local para o efeito da criação de um estabelecimento futuro, modelam o seu acordo através de um negócio atípico que extravassa o domínio do arrendamento vinculuístico (para o exercício do comércio ou indústria) provocam elas, na prática, (já que os estabelecimentos a criar serão, normalmente, estabelecimentos *absolutamente vinculados*)

comerciante do gozo temporário do espaço *vazio* mediante retribuição; os outros elementos relativos à prestação de serviços e bem assim as limitações da posse do locatário sobre o local, nos termos determinados pelo regulamento interno, seriam subsidiários e a função económico-social do contrato coincidiria com a do contrato de arrendamento. E isto é assim, em face do direito constituído, à luz da alínea i) do n.º 2 do art. 8.º do R.A.U. ao preceituar que o contrato de arrendamento urbano deve mencionar quando o seu objecto ou o seu fim o impliquem: (...) *quaisquer outras cláusulas facultadas por lei e pretendidas pelas partes, directamente ou por remissão, para regulamento anexo*; contra, ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais*, separata, cit., pág. 10 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração Empresarial...*, separata, cit., pág. 54 e segs. (considerando que o carácter essencial das prestações do proprietário ou da entidade que explora o centro e a limitação da posse dos utentes sobre os *locais vazios*, nos termos determinados pelo regulamento interno, constituem aspectos caracterizadores dos contratos de integração empresarial nos centros comerciais, e não aspectos subordinados); OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, *Cessão de Exploração...*, cit., in *Revista do Ordem dos Advogados*, 1987, pág. 294.

<sup>(640)</sup> Nota-se que, apesar de o local estar *vazio* de equipamento, tal não implica que não exista já um *estabelecimento*, pois este abrange muito mais do que o equipamento. Desenvolvidamente, salientando este aspecto, cfr., AcRL, de 19/3/92 (SILVA SALAZAR), in col. Jur., 1992, t. II, pág. 137; AcSTJ, de 4/5/93 (PAIS DE SOUSA), in col. Jur., 1993.

<sup>(641)</sup> Neste sentido, porém com retórica argumentativa não coincidente, cfr., GALVÃO TELLES, *Contratos de Utilização de Espaços nos centros comerciais*, in *O Direito*, Ano 123, pág. 522 e segs.

a violação de uma norma imperativa: aquela que permite a cessão da posição de locatário, no caso de *trespasse*, independente-mente de autorização do senhorio<sup>(642)</sup>; pois que, a ser assim, isto é, integrando o direito (pessoal de gozo) ao local o *âmbito* mínimo do estabelecimento, facilmente o senhorio inviabilizará qualquer *trespasse* ou *cessão de exploração*, pois que, denunciado o contrato, dito *atípico* de utilização do local, no termo do prazo, rapidamente o estabelecimento se desmembrará.

Vale isto por dizer que o *direito constituído* não permite se retire da vontade e autonomia das partes a qualificação jurídica cuja consequência é o afastamento do regime vinculuístico dos negócios de cessão do gozo de imóveis para neles se instalarem *estabelecimentos* (comerciais ou industriais): a *vontade* não pode pretender aquilo que a *lei* ainda não dá. De resto, a consagração desta *terceira via* de negócios que versam sobre a concessão do gozo de *espaços vazios* em estabelecimentos comerciais perde algum do seu relevo prático se e quando (como se anuncia) se puser fim ou atenuar o regime vinculuístico (i.e., que impõe a renovação automática dos contratos) dos arrendamentos de imóveis para o exercício do comércio ou indústria. Ponto é que se acautele a singular protecção dos interesses dos titulares de *estabelecimentos vinculados*.

Enfim, à falta de um melhor ou completo enquadramento legislativo dos *centros comerciais* [cfr., Portaria n.º 424/85, de 5/7: é uma regulamentação que incide sobre alguns aspectos de funcionamento dos centros comerciais, omitindo qualquer referência no plano contratual], os interesses dos titulares de actuais ou futuros estabelecimentos não podem ser sacrificados ou preteridos, desta forma, em face dos (legítimos) interesses do

<sup>(642)</sup> Ou a fruição ou gozo do prédio pelo locatário-cessionário; no caso de locação do estabelecimento.

titular, organizador, promotor ou criador do *Centro Comercial*. O equilíbrio tem e pode fazer-se doutro modo: por exemplo, para se fazer a gestão unitária do conjunto, por banda do promotor ou organizador, ou seja, a *unidade de direcção* típica dos centros comerciais, é lícito convencionar certas *obrigações de facto infungíveis* (resultantes, não raro, do Regulamento do centro comercial), positivas ou negativas [v.g., tendentes a evitar o nível de degradação e a acautelar a apresentação do estabelecimento actual ou futuro, a plasmar horários comuns, a dificultar a mudança de ramo *não ostensivo* no caso de trespasse, etc.], aí onde em caso de mora no cumprimento permitam ao promotor ou criador do *centro* desencadear o expediente da *sanção pecuniária compulsória* (art. 829º-A do Código Civil); ou estipular *cláusulas penais*, assumidas como *penalidades*, para a não realização de determinado acto, traduzidas em quantias certas, em juros, ou em certas quantias, por cada dia de mora pela não realização da prestação.

Dáí que não relevem, sobremaneira, as críticas que se fazem à concepção que levamos de expôr, nomeadamente a circunstância de o centro comercial se situar em prédio arrendado ao organizador ou criador, existindo aí uma situação de subarrendamento sempre que este dá em locação espaços vazios aí situados (art. 46º do R.A.U., 1062º do Código Civil), pois que *ubi commoda ibi incommoda*, devendo as partes se precaver, dada a ausência de específica legislação, no tocante aos aspectos organizatórios e contratuais dos centros comerciais. Exemplo deste espaço legislativo congruente se apresenta o ordenamento francês, cuja lei remonta a 1972 (lei nº 72/651, de 11-7-1972; v.g., art. 13º, que prevê a possibilidade de se fazer depender a *locação dos estabelecimentos* da autorização da *Assemblée de logistas*, dada pela pessoa do *gerente*; cfr., LECOMTE, *Les centres commerciaux*, cit.; SERNA, *Les magasins collectifs d'indépendents*, in *Juris Classeur Periodique*, 1972, 1, 2506 = *Revue des Sociétés*, 1972, pág. 443).

Ademais, numa outra hipótese paralela como é a relação contratual entre o *franquiador* e o *franquiado* (no *contrato de franchising*), onde aquele contribui, em larga medida, para formar o *aviamento* do estabelecimento deste último (seja porque lhe concede o direito de utilizar o nome, a insígnia, as marcas, o

instruções de comercialização dos produtos e serviços daquele/outro, etc.), se o franquiador concede, antes ou depois daquele contrato, o gozo de um imóvel ao franquiado para aí vir a ser instalado o seu estabelecimento, não se pode dizer que se está em face de um *contrato atípico* sobre o imóvel que habilite o franquiador a denunciá-lo no termo do prazo (que, normalmente tenderia a coincidir com o termo do prazo do contrato de *franchising*, acaso o franquiador não pretenda renová-lo). E, note-se, nestes contratos, o sucesso económico do franquiador está, também, na direcção e gestão unitárias da rede de distribuição (de produtos e serviços) ou de produção. Cfr., por todos, GALIMBERTI, G., *Il franchising*, cit., pág. 31 e segs., 39 e segs.

## ii) Requisitos de forma.

A *locação do estabelecimento comercial* – assim como qualquer outra forma de transmissão temporária do estabelecimento que não implique somente a sua mera exploração tolerada por parte do cedente – talqualmente outro negócio jurídico, está sujeita a uma forma legal de externalização do acordo de vontade das partes. Forma legal esta que, neste domínio, é particularmente exigente, pois que se traduz ela na celebração de uma *escritura pública* (art. 89º/k, do código de Notariado), sob pena de nulidade<sup>(643)</sup>. Todavia, ainda assim, sendo este contrato nulo por falta de forma pode ele *converter-se* num negócio de conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e forma, se a *vontade conjectural* das partes apontar nesse sentido, acaso tivessem previsto a invalidade (art. 293º do Código Civil). Vale isto dizer que, quanto

<sup>(643)</sup> Assim, também, AcRL, de 6/12/84 (GARCIA DA FONSECA), processo nº 11844, in *Data Juris*, cit.; AcSTJ, de 7/6/84 (BARROS BAIÃO), in *Bol. Min. Just.*, nº339, pág. 409; AcRL, de 27/10/83 (AFONSO DE ANDRADE), in *col. Jur.*, 1983, t. IV, pág. 156; AcSTJ, de 27/11/90 (SIMÕES VENTURA), in *Bol. Min. Just.*, nº 401, pág. 579; AcRE, de 17/11/88 (CARDONA FERREIRA), processo nº 314/88, in *Data Juris*, cit.; AcRP, de 14/7/81 (FERNANDES EUGAS), in *col. Jur.*, 1981, t. IV, pág. 184.



muito, na prática, este contrato poderá converter-se em *contrato-promessa* de locação de estabelecimento comercial, ou, talvez, num contrato promessa de arrendamento do local onde ele está instalado, uma vez apurada, em concreto, a vontade das partes<sup>(644)</sup>.

### iii) Alguns efeitos do contrato.

O locatário-cessionário do estabelecimento adquire ou conserva a qualidade de comerciante (ou a de artesão), uma vez investido no exercício e exploração do estabelecimento.

Pelo que respeita ao locador-cedente do estabelecimento (e, por isso, titular dele), se for uma pessoa humana, a qualidade de comerciante, previamente adquirida, fica, temporariamente, numa fase de *quiescência*, que durará até

<sup>(644)</sup> Neste sentido, AcRL, de 19/5/85 (SILVA MONTENEGRO), in col. Jur., 1985, t. II, pág. 104 e segs. Não se pode converter um contrato de *locação de estabelecimento* reduzido a escrito em *contrato de compra e venda* (trespasse por venda) do estabelecimento, ou em contrato de arrendamento para comércio ou indústria, dados os requisitos de forma destes negócios, que só é lícito celebrar através de escritura pública (art. 7º/2, b, do R.A.U. e 89º/k do Código do Notariado); o que não quer dizer que não se defenda que uma das partes, ao invocar a aludida nulidade, não possa estar a exceder manifestamente os limites impostos pela *boa-fé, abusando do direito* potestativo de anulações do contrato [AcRP, de 11/5/89 (CARLOS MATIAS), in col. Jur., 1989, t. III, pág. 192]; AcRL, de 29/11/78 (ALVES BRANCO), in col. Jur., 1978, pág. 1565; AcSTJ, de 16/5/85 (CAMPOS COSTA), processo nº 72584, in Data Juris, cit. Todavia, crê-se que, nos negócios jurídicos atinentes à transferência temporária ou definitiva do estabelecimento comercial, na medida em que a forma legal exigida se parece destinar a um fim de segurança e certeza do comércio em geral e não apenas proteger os contraentes contra a falta de ponderação da importância desses negócios (quanto a esta distinção, cfr., VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 109, pág. 30-31), não deve a figura do abuso de direito ser utilizada a não ser em situações muito excepcionais, quando está em causa o *último grau do contra legem* (assim ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra (policopiado), 1981, pág. 44 e segs., 56 e segs. (fascículos policopiados em 1987)). Em sentido idêntico, AcSTJ, de 11/7/91 (MOREIRA MATEUS), in Bol. Min. Just., nº 409, pág. 735 e segs. (defendendo que a ininvocabilidade da nulidade do negócio — que se tratava, no caso, de um trespasse por venda — por virtude do abuso de direito representaria uma forma genérica de confirmação forçada de negócios nulos. Em sentido diverso, cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, pág. 99 e segs.; MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 437 e segs.).

ao termo do contrato de locação. Isto só não é assim se e quando o locador-pessoa humana continua, mesmo durante esse período, a exercer o comércio, seja praticando actos de comércio objectivos absolutos substancialmente comerciais como modo de *ganhar a vida* (art. 13º/1, do Código Comercial), seja porque, ainda assim, é titular de outros estabelecimentos que explora (art. 230º Código Comercial).

Note-se, porém, que, sendo o estabelecimento dado em locação, a *iniciativa* do pedido de *recuperação* ou de *declaração de falência* cabe ou *titular* da empresa e não ao locatário de algum (ou do único) dos seus estabelecimentos, conforme o disposto no art. 7º do Código das Falências. De igual modo, nos processos de *recuperação de empresa*, ordenado o prosseguimento da acção, nos termos dos arts. 23º/2, ou 25º/1/2/3, do Código das Falências, só é nulo o contrato de locação de estabelecimento<sup>(645)</sup> que seja realizado posteriormente a esse despacho (art. 30º/2, do mesmo código), salvo se for autorizado previamente ou ratificado pelo juiz, com parecer favorável do gestor judicial ou da comissão de credores, conforme os casos. Daí que se o negócio for anterior a este despacho ele não *caduca* automaticamente.

O que pode é acontecer que, no âmbito de algumas providências de recuperação de empresa (v.g., a gestão controlada) ou, declarada a falência, o contrato de *locação de estabelecimento* possa ser resolvido [arts. 101º/1, h, 156º/1, a, c, 158º/a, do referido diploma].

Pode, ainda, suceder que, no âmbito da *recuperação da empresa*, seja concertado entre os credores um plano de

<sup>(645)</sup> Ou qualquer outro negócio jurídico que envolva a transferência temporária (*cessão de exploração*) ou definitiva (*trespasse*) de estabelecimentos de que a empresa seja titular.

actuação global da futura gestão da empresa que passe pela *cessão de exploração* de estabelecimentos da empresa, maxime, através da realização de contratos de *locação de estabelecimento* (art. 101º/1, c, 110º/1, do mencionado diploma).

Por outro lado, deve entender-se que o cessionário-locatário do estabelecimento não pode ceder, gratuita ou onerosamente, por sua vez, a exploração desse estabelecimento, salvo quando o locador-cedente o autorizar (art. 1038º/f, do código civil).

Representando este contrato a cedência temporária e onerosa do estabelecimento, tal não significa que as partes não prevejam a sua renovação, findo o prazo inicialmente contratado<sup>(646)</sup>. Não é, pois, a circunstância de se prever a sua renovação que descaracteriza o contrato em análise.

Ao locatário do estabelecimento cabe, afinal, um dever de manter aquele a funcionar. E a funcionar de modo adequado à conservação do seu valor económico<sup>(647)</sup>, pois

<sup>(646)</sup> Cfr., AcRE, de 31/10/90 (MATOS CANAS), in Bol. Min. Just., nº 400, pág. 755 (considerando lícita a cláusula de o contrato se renovar enquanto convenha a algum dos contraentes ou a ambos). É claro que ao juiz não é vedado indagar a existência de um acordo simulatório que, sob a veste de um contrato de *locação de estabelecimento*, oculte uma verdadeira transferência definitiva, gratuita ou onerosa, do estabelecimento. Como quer que seja, havendo um negócio dissimulado que as partes quiseram realizar é ele normalmente válido se tiver sido observada a forma exigida por lei no negócio *simulado* (art. 241º, do código civil). O que terá, afinal, pouco interesse para o senhorio do imóvel onde o estabelecimento, objecto de negociação, esteja instalado, pois que, sendo v.g., celebrada uma escritura pública, que formaliza um contrato simulado de *locação de estabelecimento* e se se apurar que as partes quiseram realizar uma transferência definitiva gratuita do estabelecimento (doação do estabelecimento), tem ele que suportar, sendo o negócio dissimulado válido, a cessão da posição de locatário do imóvel para a pessoa do novo *adquirente* do estabelecimento. Isto só assim não seria acaso o negócio dissimulado fosse, pura e simplesmente, um *negócio sobre o imóvel* (subarrendamento, comodato, cessão da posição de locatário), aí onde já o senhorio teria interesse em alegar e provar o negócio simulado e, se fosse caso disso, dar azo à afirmação e validade do negócio dissimulado. Logo, se existir negócio dissimulado que recaia *sobre o estabelecimento* pouco interesse terá o senhorio em afirmar a sua validade. Cfr., ainda AcRP, de 13/4/82 (ALBERTO MALGUEIRO), in Bol. Min. Just., nº 316, pág. 272 e segs. (*o facto de ser renovável o prazo de cedência não lhe retira a sua natureza temporária*).

<sup>(647)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 520; RIPERT/ROBLLOT, *Traité...*, cit., pág. 490.

que, conforme deflui do art. 1038º/d, do código civil o locatário deve *utilizar prudentemente* a coisa locada. Aliás, nem é de excluir, como já se referiu, que, havendo clausulado em conformidade, ao locador-cedente se reconheça um verdadeiro *direito de supervisionar* o desenvolvimento da gestão ou exploração do estabelecimento dado em locação. O que deverá (e poderá) ter faculdades expansivas no domínio da gestão de centros comerciais, quando é o titular e organizador do *centro* a criar e a dar em locação as singulares *lojas* que o compõem.

O gozo do estabelecimento deve ser concedido mediante *retribuição*, pois que se esta não for convencionada o contrato não é de *locação*, mas de *comodato de estabelecimento* (comercial ou industrial). E pode a renda, como já se referiu, ser *fixa* ou *variável* [v.g., renda escalonada: convencionando-se que a renda passará para 200 contos decorridos 2 anos e para 300 contos, decorridos 4 anos, ainda que para tal se preveja a renovação do contrato; ou convencionando-se que a renda terá um ajustamento anual de 15%, etc.], em função de determinados índices, como pode ainda consistir numa quantia proporcional aos lucros, contanto que, neste caso, esta cláusula não indicie que as partes quiseram, outrossim, realizar um *contrato de sociedade*.

Parece que, igualmente, se impõe a obrigação de, durante a vigência do contrato, ao locador-cedente do estabelecimento não ser lícito fazer *concorrência* ao locatário-cessionário, isto é, não exercer uma actividade idêntica em termos de poder manter ou desviar a *clientela* do estabelecimento dado em locação. De igual forma, pode estipular-se, para produzir efeitos após a cessação do contrato, que o locatário não faça *concorrência* ao locador, titular do estabelecimento, que retoma a sua exploração,

desde que seja limitada no tempo e/ou espaço e, segundo cremos, descreva o tipo de actividades interditas<sup>(648)</sup>. É que, sendo a clientela, na perspectiva adoptada, uma situação de facto, de relevo económico do estabelecimento, não pode conceber-se uma *negociação autónoma sobre a clientela*. De facto, retornando a exploração do estabelecimento ao titular dele, não precisa a lei de o proteger especialmente, pois que ele não adquiriu a titularidade do estabelecimento; ao invés, a sua *firma*, o nome do estabelecimento, as actividades aí desenvolvidas normalmente, pré-existem à celebração do contrato de locação do estabelecimento, caso em que não carece, sobremaneira, de protecção, contra a concorrência que o seu ex-locatário lhe possa fazer. Mas, a avaliação dos interesses já é diversa se e quando o estabelecimento é dado em locação antes de se iniciar a exploração, ou no período inicial dela, quando o aviamento (objectivo e subjectivo) ainda não está verdadeiramente consolidado.

Se o locatário do estabelecimento lhe adiciona novos elementos materiais (v.g., uma instalação fabril acessória) ou imateriais (v.g., uma insígnia) que, findo o contrato, não lhe é lícito levantar, sob pena de detrimento da integridade que é formada pela unidade económica-funcional por ele representada, deve ele ser indemnizado pelo locador nos termos gerais (arts. 1273º, 1274º, do código civil) da indemnização por benfeitores, salvo se se tiver convencionado a exclusão desta indemnização ou o levantamento das benfeitorias.

<sup>(648)</sup> Cfr., SERRA, *La validité de la clause de non-concurrence (de la vente du fonds de commerce au contrat de franchise)*, in Dalloz Sirey, 1987, chron. 113; VIDAL, *Les clauses de non-concurrence*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 1990, pág. 83 e segs.; é obvio que estas cláusulas são estabelecidas *intuitus personae*, não vinculando os familiares do locatário do estabelecimento, ainda que tabalhem (ou o tenham feito) no estabelecimento.

O titular do estabelecimento dado em locação pode vendê-lo ou doá-lo, isto é, transferi-lo definitivamente para outrem (trespasse), pois que a cessão do gozo *pro tempore* não obsta à transferência da propriedade do estabelecimento: *locatio non tollit emptionem*; e, assim o contrato de locação do estabelecimento é oponível ao novo adquirente da propriedade do estabelecimento, o qual, quanto muito, poderá denunciar o contrato de locação no termo do prazo. O que se compreende à luz do interesse em conferir à *locação do estabelecimento* a necessária solidez, pelo que respeita às expectativas (temporais) de exploração. É certo que, nestas condições, o contrato do locatário não caduca (art. 1051º, do Código Civil), salvo se locador e locatário tiverem acordado nesse efeito, na decorrência da alienação (ainda que forçada: venda judicial) do estabelecimento (art. 1051º, b, do mesmo código).

Enfim, o contrato de *locação do estabelecimento* não é um *contrato misto*, em que os vários elementos contratuais se fundam num *todo*, diferente da soma dos seus elementos<sup>(649)</sup>, pois tem por objecto o próprio estabelecimento como unidade jurídica – a que corresponde (só pode corresponder) uma unidade de objecto negocial – e não os elementos e relações jurídicas que o compõem, regendo-se pelas disposições gerais relativas à locação (arts. 1022º a

<sup>(649)</sup> No sentido de que se trata de um contrato misto, PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 48; VAZ SERRA, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 100, pág. 262; ANTUNES VARELA, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 100, pág. 279 (classificando-o como negócio misto *sui generis*); AcRP, de 2/6/86 (METELO DE NÁPOLES), processo nº 20624, 1ª secção, in *Data Juris*, cit. (contrato misto); AcRL, de 24/4/81 (BARROS DE SEQUEIROS), processo nº 14509, in *Data Juris* (contrato inominado); AcSTJ, de 1/6/73 (JOÃO MOURA), processo nº 64541 (não é contrato misto que possa sujeitar-se ao regime do art. 1028º, nº 3; AcSTJ, de 30/6/72 (JOÃO MOURA), in *Bol. Min. Just.*, nº 218, pág. 244 (contrato de arrendamento misto, no domínio do Decreto nº 43525, para as antigas Províncias Ultramarinas); AcRL, de 11/10/67 (ALMEIDA BORGES), processo nº 8723, in *Data Juris*, cit. (contrato inominado). No sentido do texto, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério...*, cit., pág. 663, nota 363.

1063º do código civil), pela vontade das partes<sup>(650)</sup> e bem assim pelas regras gerais das obrigações<sup>(651)</sup>.

b) A venda do estabelecimento (*traspasse por venda*)

Trata-se do contrato pelo qual o alienante transfere, definitiva e onerosamente, a propriedade do estabelecimento, propiciando ao comprador a plena posse e fruição dele (arts. 939º, 874º, do código civil), à luz do princípio geral da boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762º/2, do mesmo diploma).

Interessa, por isso, que o objecto do negócio seja o estabelecimento comercial, e não outra coisa de substancialmente distinto; que exista negociação dele e que a sua alienação seja realmente querida pelas partes. Pode, por conseguinte, algum (ou alguns) dos elementos que o integram ser especificamente subtraído, por vontade das partes ou por força de circunstâncias que as ultrapassam. Ponto é que seja, ao menos, transferido o seu *âmbito mínimo*.

<sup>(650)</sup> Recorrentemente, a jurisprudência, louvando-se nos argumentos *pluralizantes* daqueles que defendem a existência de um *contrato misto*, vem entendendo que a locação do estabelecimento é, também, regida, por analogia, pelo regime de cada um dos contratos típicos de que este se formou; cfr., AcRP, de 10/2/87 (TATO MARINHO), processo nº 3392, in *Data Juris*, cit. (que, ao invés, qualifica o contrato de locação de estabelecimento como um *contrato atípico*); AcRL, de 19/3/92 (SILVA SALAZAR), in col. Jur., 1992, t. II, pág. 139, onde na declaração de voto do Desembargador CRUZ BROCO se defende que é um contrato *inominado* ou *atípico*.

<sup>(651)</sup> A locação do estabelecimento é, de facto, não um contrato atípico, mas um sub-tipo da locação em geral – ou seja, um contrato típico – ao qual não repugna aplicar, designadamente, o art. 1037º [que faculta ao locatário, privado do estabelecimento ou perturbado no exercício dos seus direitos, usar, mesmo contra o locador, dos meios de defesa da posse, que aproveitam ao possuidor, previstos nos arts. 1276º e segs. do mesmo código], 1032º, 1033º, 1034º, 1035º, 1051º, todos do código civil. Cfr., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3ª ed., pág. 532; PINTO FURTADO, *Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, 2ª ed., pág. 397; SANTOS JÚNIOR, *Sobre o traspasse e a cessão da exploração do estabelecimento comercial*, in *As Operações Comerciais*, Coimbra, 1988, pág. 444 e segs (considerando tratar-se de um contrato uno e unívoco); ANTUNES VARELA, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123, pág. 350.

Independentemente da terminologia usada pelas partes, dá-se a venda do estabelecimento quando se conclua que [mediante uma análise da matéria de facto, conducente à identificação da vontade normativa real dos contraentes e do objecto específico do negócio<sup>(652)</sup>] as partes negociaram, pelo menos, um *quid mínimo* organizacional, composto por factores produtivos com actual e autónoma relevância e posição no mercado. Não é, por isso, correcto do ponto de vista dogmático falar-se de *traspasse parcial* do estabelecimento<sup>(653)</sup>, posto o que acontece é que, os contraentes, sem desfigurarem a unidade económica-funcional que alienam, lhe retiram certos elementos materiais (v.g., um escritório e armazém de apoio, algumas viaturas, máquinas, ...) ou imateriais (v.g., o nome e a insígnia do estabelecimento, reservando-os o alienante para um outro estabelecimento que possua: art. 29º/4/6, do Novo Código da Propriedade Industrial; a marca, se isso não puder induzir o público em erro: art. 211º/2, do mesmo

<sup>(652)</sup> Cfr., ORLANDO DO CARVALHO, *Crítério e Estrutura...*, cit., pág. 476 e segs. (*só o âmbito necessário ou mínimo (...) é que tem de transferir-se para que se transfira essa empresa*). PETTITI, *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli, 1970, pág. 189 e segs.; CASANOVA, *Impresa e azienda...*, cit., pág. 742; CAIAFA, *L'azienda: suoi mutamenti...*, cit., pág. 133-134; JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos comerciais*, cit., pág. 163. Note-se que, também neste particular, as qualificações das partes não definem a natureza do contrato, embora a sua designação por elas e as cláusulas adoptadas sejam um elemento a ter em conta para apurar o tipo de negócio realizado. Há, por isso que interpretar as cláusulas do contrato à luz dos arts. 236º/1 e 238º/1 do código civil e, depois, apurar se a vontade normativa, que se revelou, permite que se faça a respectiva qualificação jurídica (art. 664º do Código do Processo Civil). Cfr., AcSTJ, de 2/2/1993 (FERNANDO FABIÃO), in Col. Jur., Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano I, t. I, pág. 117 (... *não existe traspasse se, no momento da celebração da escritura, que as partes denominaram de traspasse, nada existe já do estabelecimento a não ser o local onde ele estava instalado*).

<sup>(653)</sup> Como é, hoje, usual na prática jurisprudencial. Cfr., AcRC, de 16/2/93 (FERREIRA DA ROCHA) in col. Jur., 1993, t. I, pág. 47; AcSTJ, de 2/2/93 (FERNANDO FABIÃO) in col. Jur., 1993, t. I, pág. 117; AcSTJ, de 31/10/89 (ELISEU FIGUEIRA) in Boletim do Ministério da Justiça, nº 390, pág. 425 e segs.; AcRC, de 16/2/93 (VÍTOR ROCHA) in col. Jur., 1993, t. I, pág. 47 e segs.; AcRP, de 5/5/88 (FLÁVIO FERREIRA) in col. Jur., 1988, t. III, pág. 213 e segs.; AcSTJ, de 31/10/89 (FIGUEIRA JÚNIOR) in Bol. Min. Just., nº 390, pág. 425.

código). Não é, pois, concebível a *venda parcial* de um *bem imaterial*, como é o estabelecimento. O que pode haver é, unicamente, a venda do estabelecimento, ainda que as partes excluam alguns dos coeficientes do seu complexo. Ponto é que não excluam os valores específicos de organização e exploração que garantem ao estabelecimento a sua funcionalidade actual, e que, além disto, esta funcionalidade seja querida, no futuro, pelas partes<sup>(654)</sup>; valores e bens esses que ainda projectam no público a imagem do estabelecimento<sup>(655)</sup>.

Aliás, a este propósito, já se tentou reduzir a complexidade da questão, defendendo-se que, ao cabo e ao resto, a existência de transmissão do estabelecimento (trespasse), maxime cuja fonte negocial seja um contrato de compra e venda, como empresa ou organização, pressupõe a exclusão das situações a que se refere o actual n.º 2 do art. 115.º do *Regime de Arrendamento Urbano*<sup>(656)</sup>. Ou seja: só

<sup>(654)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110, pág. 112; RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição de arrendatário...*, cit., pág. 19-20; MÁRIO FROTA, *Arrendamento Urbano. Comentado e anotado*, Coimbra, 1987, pág. 503.

<sup>(655)</sup> Cfr., AcSTJ, 31/10/89 (ELISEU FIGUEIRA), cit. supra, nota 650 (defendendo que o escritório destinado a expediente e contabilidade de um estabelecimento não oferece o carácter de autonomia susceptível de trespasse; o que tem interesse para se saber se houve ou não uma sublocação autorizada pelo senhorio do imóvel onde está instalado), ou cessão da posição contratual de arrendatário não autorizada; vide, também, no mesmo sentido, AcSTJ, de 5/6/1994 (MIRANDA GUSMÃO), in *Col. Jur., Acórdãos de Supremo Tribunal de Justiça*, Ano II, t. II, 1994, pág. 137 (considerando que a venda em hasta pública das instalações onde funcionaram os escritórios de uma empresa, sites em prédio tomado de arrendamento — *in casu* quatro salas — não configura venda de estabelecimento — que considerou não existir — mas sim cessão da posição de locatário, sem consentimento do locador).

<sup>(656)</sup> Neste sentido, ANTUNES VARELA, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, pág. 75 e segs.; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., 3.ª ed., pág. 213; AcSTJ, de 24/6/75, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 109, pág. 228 = ano 110, pág. 115; AcRL, de 17/1/78 (CAMPOS COSTA), in *Col. Jur.*, 1978, pág. 40; AcRL, de 20/11/74, in *Bol. Min. Just.*, n.º 241, pág. 340; AcSTJ, de 31/10/89 (ELISEU FIGUEIRA), in *Bol. Min. Just.*, n.º 390, pág. 425 e segs.; AcRC, de 16/2/93 (VÍTOR ROCHA), in *Col. Jur.*, 1993, t. I, pág. 48; AcRL, de 20/12/90 (ALMEIDA E SOUSA), in *Col. Jur.*, 1990, t. IV, pág. 146; AcSTJ, de 31/10/89 (FIGUEIRA JÚNIOR), in *Bol. Min. Just.*, n.º 390, pág. 425; AcRL, de 12/4/84 (BARROS DE SEQUEIROS), in *Col. Jur.*, 1984, t. II, pág. 135.

haveria válida transferência, definitiva e onerosa do estabelecimento (por acto *inter vivos*, como é a venda, ou por morte) quando se transmitisse, em conjunto, as instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integrassem o estabelecimento e se continuasse a exercer o mesmo ramo de comércio ou indústria, vale dizer, que se não desse outro destino ao imóvel onde o estabelecimento transmitido estivesse instalado. Requisitos estes que, para esta concepção, seriam *cumulativos*, ainda que distintos: poderia haver *trespasse por venda* do estabelecimento, de acordo com a alínea b) desse n.º 2 e não haver trespasse, para fins do art. 115.º/1, do R.A.U.<sup>(657)</sup>, por falta de observância do requisito da alínea a). Nada, porém, de mais enganador.

Com efeito, as duas alíneas do n.º 1 do art. 115.º do *Regime de Arrendamento Urbano* consagram, somente, dois *índices objectivos* de inexistência de transmissão definitiva do estabelecimento. Circunstâncias de cuja verificação não decorre, automaticamente, a conclusão de que não houve transmissão. E nem sequer a constatação de um deles é suficiente para avaliar em concreto a inexistência de transmissão do estabelecimento. Ter-se-à, isso sim, noutra formulação, querido consagrar duas presunções *iuris tantum* de inexistência de trespasse (por venda, doação, permuta, ...) posto que o conceito de *trespasse*, enquanto transmissão definitiva, através de qualquer fonte negocial, é um *prius* em relação ao específico problema que aquele preceito pretende ajudar a resolver. E esse problema é, tão só, o de saber quando é que, estando o estabelecimento

<sup>(657)</sup> E não haver, justamente, para efeitos de se não permitir uma cessão da posição de arrendatário (imposta, aliás, pela lei ao senhorio, em caso de transferência definitiva do estabelecimento) para a pessoa de um *pseudo-adquirente* de um estabelecimento que se não transmitiu, cuja intenção seja somente fruir o prédio objecto de anterior contrato de arrendamento para comércio, onde o primitivo estabelecimento estava instalado, e usá-lo para nele instalar um outro (ou um novo) estabelecimento de que fosse titular ou venha a criar, respectivamente.

instalado em prédio tomado de arrendamento, o inquilino pode ceder a outrem o uso do imóvel, sem autorização do senhorio. Ora, tratando-se de uma cessão da posição contratual que se desinteressa da posição do outro contraente com o que nos afastamos da regra do n.º 1 do art. 424.º do Código civil), ou que, até, lhe poderá ser imposta, compreende-se que o legislador se tenha rodeado de algumas cautelas, por forma a impedir que o inquilino (arrendatário comercial) e terceiro se conluem em acordos simulatórios para realizem um *suposto* trespasse, por forma a, fraudulentamente, aproveitar do benefício concedido no n.º 1 do art. 115.º do R.A.U. Afinal, o legislador não parece ter querido firmar o conceito de *trespasse*, outrossim, sem o definir, fornecer os *índices* susceptíveis de, para efeitos do art. 115.º do R.A.U., estabelecer a fronteira entre o trespasse enquanto forma de transmissão genérica do estabelecimento, (título definitivo) e os eventuais negócios sobre alguns dos elementos do estabelecimento [maxime, neste caso, o direito utilização do local onde está instalado] que, não envolvendo a sua transmissão, a poderiam fazer supor, fraudando-se, outrossim, o escopo por lei visado ao dispensar a autorização do senhorio para a *transferência do direito ao arrendamento*<sup>(658)</sup>. Esta, sim, é a situação jurídica que, neste receito, a lei pretende acautelar.

Daqui resulta que, em primeiro lugar, o senhorio pode provar que, a despeito de as partes terem qualificado genericamente de *trespasse* a forma de transmissão do estabelecimento titulada na escritura pública, elas não quiseram transferi-lo e, realmente, não o vieram a transferir,

<sup>658)</sup> Em termos semelhantes, cfr., MÁRIO FROTA, *Arrendamento Urbano...*, cit., pág. 504; RLANDO DE CARVALHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110, pág. 111; ANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, cit., pág. 170 e segs.; PEREIRA DELHO, *Arrendamento...*, cit., pág. 215-216. Contra, PINTO FURTADO, *Curso...*, cit., ed., pág. 309.

apesar de o suposto adquirente dele tenha continuado a exercer no prédio o mesmo ramo de comércio ou indústria ou/e apesar de ele ter adquirido as mercadorias e os utensílios que integravam a anterior exploração.

Provando, por exemplo, que as máquinas e os utensílios eram obsoletas, estavam avariadas e que, *uno actu*, nunca foram utilizadas pelo *suposto* adquirente, que se limitou a comprar ou a transferir, de outros estabelecimentos de que era titular, novas máquinas e utensílios para aquele edifício; que, exercendo o *suposto* adquirente o mesmo ramo de comércio ou indústria, houve escoamento rápido e imediato das mercadorias adquiridas; ou que foram elas logo transferidas para outros estabelecimentos; que foram apreendidas e destruídas por estarem *avariadas*. Tudo isto a revelar que o primitivo arrendatário comercial do prédio e a contraparte não quiseram transmitir o estabelecimento, seja porque já não existia estabelecimento, seja porque, existindo quiseram, na altura do negócio, excluir, no *futuro*, a funcionalidade actual do estabelecimento. Outrossim, se pretendeu, somente transferir a posição de arrendatário para o *suposto adquirente*, permitindo-lhe que tivesse instalado num prédio um *novo* estabelecimento (que não resultou da *adjunção* ao que nele preexistia e nele estava instalado) ou que para aí tivesse tranferido estabelecimento de que já fosse titular, ou ainda, que nele tivesse instalado uma unidade produtiva ou de comercialização não autónoma ou não destacável de estabelecimento de que já fosse titular (v.g., para aí instalar um armazém, um escritório). Ou, pode o senhorio provar que, v.g., apesar de se ter transmitido os balcões de atendimento a clientes, as cabines de prova, os expositores, a máquina registadora e os manequins, não houve trespasse, pois que não houve transferência das mercadorias, tendo os pseudo-adquirentes instalado, no local, um estabelecimento com características diferentes, com mobiliário, incluindo balcões e prateleiras e toda a decoração também diferentes e bem assim com outro tipo de clientela [cfr., para este exemplo, AcRL, de 2710/1994 (SANTOS BERNARDINO), processo n.º 8789, in *Data Juris*, cit.]. Há, de facto, certos estabelecimentos comerciais, instalados em prédios tomados de arrendamento, cujos titulares são partes em contratos de *franchising*, obrigando-se a

só comercializar neles artigos de certa marca (de que é titular o franquiador) e de acordo com as instruções e o *Know-how* do titular dela. Ora, os estabelecimentos deste jaez transportam um valor simbólico *sui genesis*, já porque comercializam apenas produtos de certa marca (normalmente, uma marca de grande prestígio ou, quanto muito, uma *marca notória nos meios interessados*) já porque possuem uma clientela própria. Vale dizer: são estabelecimentos *personalizados*, que apresentam uma *imagem* ou *alma* próprias. Sucede, não raro, que, por força de uma qualquer causa extintiva do contrato de *franchising*, os franquiadores, atentos os elevados prejuízos que poderão vir a sofrer, tentam negociar o estabelecimento. Porém, quando o pseudo-adquirente dele (ainda que o pretenda usar para o mesmo ramo) não tenha o direito de utilizar os sinais distintivos (nome e insígnia do estabelecimento, marca) que esse estabelecimento ostentava, o que se transmite não é, por via de regra, o mesmo estabelecimento que aquele franquiador até aí explorava, mas, sim, é criado um novo estabelecimento, apesar de se dedicar ao mesmo ramo de negócio do anterior. Por conseguinte, se não há um verdadeiro *trespasse*, não se derroga o princípio geral do direito civil, que torna dependente do consentimento do senhorio a cessão da posição de arrendatário. Pelo que haverá motivo para o senhorio resolver o contrato de arrendamento (para comércio), nos termos do art. 64º/1, f do Regime do Arrendamento Urbano, *ex vi* do artigo 1038º/f, do Código Civil.

Por outro lado, não estará o novo inquilino, acquirente do estabelecimento, impedido de provar que, apesar de ter passado a exercer no local outro ramo do comércio ou indústria, ou que apesar da transmissão não ter sido acompanhada da transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que normalmente integram o estabelecimento, houve uma efectiva e real transferência definitiva do estabelecimento, isto é, que o que as partes quiseram negociar e negociaram – o objecto do contrato, v.g., de compra e venda – foi o *estabelecimento*; que, enfim, o *bem*, a *coisa*, que se transmitiu definitivamente foi o estabelecimento, apesar de um ou de ambos os *índices* não estarem, no caso concreto, presentes.

Pode, por exemplo, demonstrar-se que a mudança de ramo, cabendo dentro dos fins que o arrendamento lhe prescreve, não interferiu no próprio acto de transferência do estabelecimento, impedindo, no futuro a sua funcionalidade, ou seja que a mudança não foi *ostensiva*, mas se deu porque o adquirente como qualquer inquilino comercial pode alterar, quando queira, o escopo e o destino do seu estabelecimento [expondo-se, é obvio, à resolução do contrato de arrendamento, se esse destino exorbitar os fins do arrendamento, posto que o senhorio não deve ser obrigado a suportar maior ou menor desgaste, desvalorização e risco, por ele figurados aquando do consentimento que deu à data da celebração do contrato de arrendamento]. Ou seja, pode o juiz convencer-se que as partes, apesar disso, quiseram transferir o estabelecimento, mas que o adquirente dele, por razões económicas laborais e fiscais, posteriormente aproveitou a funcionalidade da organização para a comprimir ou expandir: v.g., utilizando o prédio para armazém, adentro do mesmo comércio ou indústria, ou nele começando a produzir ou a comerciar novas utilidades.

Pode, ainda, suceder que o *aviamento* do estabelecimento transmitido não esteja tanto nas máquinas, mercadorias ou utensílios, como na sua *localização*, nas relações com os fornecedores, na *clientela* que, invariavelmente, desfruta, no nome ou insígnia que o identifica e singulariza em face dos fornecedores (v.g., outras empresas, Bancos, ...) e dos consumidores; ou que, à data da transmissão do estabelecimento não foram incluídos na transferência os utensílios e as máquinas, porque, simplesmente... ainda não existiam, posto que, ao tempo, o estabelecimento, sendo já um objecto negociável (isto é, detendo e representando um sobrevalor em face do imóvel onde se instala) apto a ser posto em momento, ainda carecesse de certas *adjunções* para que se encetasse a respectiva exploração<sup>(659)</sup>.

<sup>(659)</sup> Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, cit., pág. 111 e segs.; PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., II, pág. 266 e segs. Concepção que a jurisprudência já vem relevando: cfr., AcSTJ, de 2/2/93 (FERNANDO FABIÃO), in col. Jur., 1993, t. I, pág. 119. Contra, MENEZES CORDEIRO/OLIVEIRA ASCENSÃO, cit., pág. 901 e segs. O que é dito, supra, no texto, vale, obviamente, para similares problemas postos em face de transmissão temporária do estabelecimento (locação do estabelecimento, ...), posto que no nº 2 do art. 111º remete para o nº 2 do art. 115º, ambos do *Regime de Arrendamento Urbano*; no sentido do texto, cfr., ainda, AcRC, de 16/5/89 (MÁRIO CRESPO), processo nº 460/88, in Data Juris, cit.

Afinal, para que se dispense a autorização do senhorio, no caso da cessão da posição de arrendatário é tão só necessário que se dê a transmissão do estabelecimento. E esta pode dar-se a despeito da verificação de que não foram transmitidos todos os utensílios ou máquinas e/ou que o adquirente passou a exercer no prédio *outro ramo de comércio ou indústria* ou apesar de, independentemente de exercício de outro comércio ou indústria, foi dado, sucessiva e supervenientemente, ao prédio *outro destino*<sup>(660)</sup>. Ponto é que as partes tenham querido pôr em movimento, como o fizeram, uma organização de factores produtivos, cuja funcionalidade que detém, na altura da celebração do negócio seja igualmente querida no futuro com os coeficientes específicos de organização que já existiam àquela data. Pelo que, como já sabemos, o que tem de se transferir, juntamente com o *estabelecimento*, é o *âmbito mínimo* dele, pois que é através da indagação de qual ele seja é que podemos concluir se houve ou não transmissão do estabelecimento.

Depõe, aliás, neste sentido, a parte final da alínea a) do nº 2 do art. 115º do R.A.U.: ... *ou outros elementos que integram o estabelecimento*. Vale isto por dizer que o

<sup>(660)</sup> Porém, se se der o exercício de outro ramo de comércio ou indústria ou a aplicação do prédio a outro destino, tudo está em saber se estas novas utilizações se adscrevem à finalidade (ou ao quadro, mais ou menos genérico, de finalidades) que presidiram a realização do contrato de arrendamento que titula o direito ao local onde o estabelecimento está instalado [sendo aqui, também, relevante, por que transmissível ao adquirente do estabelecimento, a autorização que o senhorio tenha dado ao transmitente, traduzida num posteriormente alargamento das finalidades do arrendamento para comércio ou indústria. Não se está, pois, perante um direito *intuitus personae* do inquilino transmitente do estabelecimento, salvo se se provar que esse direito ou poder foi atribuído ao locatário em função exclusivamente da sua pessoa, isto é, que concretamente se demonstre o carácter *intuitus personae* da faculdade de aplicação do locado a ramo diverso, que, por isso, se não transmitiria com a transmissão do estabelecimento. Neste sentido, JANUÁRIO GOMES, *Trespasse e aplicação do locado a ramo diverso ao abrigo de cláusula de contrato de arrendamento*, in O Direito, ano 121 (1989), III, pág. 76 e segs.; contra, AcRC, de 30/5/89 (PEREIRA DA GRAÇA), in. col. Jur., 1989, t. III, pág. 76 e segs.].

estabelecimento não se identifica com o puro elenco ou somatório dos seus *elementos*. Não faz, pois, sentido dizer-se que, na posição que se vem de criticar, não há transmissão do estabelecimento quando não se constata o requisito da alínea a) do nº 2 do mencionado preceito. É que esse *pseudo-requisito* é de comprovação ou constatação impossível, talqualmente vem redigido, porquanto não se identificam esses *outros elementos que integram o estabelecimento*. Identificação esta que seria sempre decisiva para o vencimento desta posição. Ao invés, parece que o estabelecimento é que é o critério decisivo para a identificação dos seus elementos<sup>(661)</sup>. Critério este que o legislador do R.A.U. continuou a deixar sem definição.

#### i) Requisitos de forma.

A transmissão definitiva, *inter vivos*, gratuita ou onerosa do estabelecimento deve ser realizada por *escritura pública*<sup>(662)</sup> (art. 89º/k, do Código do Notariado). Feita a transmissão (*trespasse*), sem escritura pública pode pôr-se o problema da *conversão* do negócio jurídico nulo que operou essa transmissão. O que, aliás, se insere na ideia de aproveitamento de negócios jurídicos feridos de invalidade.

Já não se deve colocar a hipótese de *redução* do negócio jurídico (art. 292º do código civil), pois nesses casos trata-se de saber se, estando o negócio afectado por um

<sup>(661)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, cit., pág. 112.

<sup>(662)</sup> Se se der, porém, a transmissão *mortis causa* do estabelecimento, a *partilha extrajudicial*, subsistindo co-herdeiros prioritários, deve operar por escritura pública, apesar de o acervo hereditário só incluir bens móveis, além do estabelecimento.



fundamento de invalidade relativo apenas a *uma parte* do conteúdo negocial, o negócio pode ou não valer na *parte restante* não afectada. Ora, sendo a transmissão definitiva do estabelecimento (*traspasse*) feita através de um único (e unitário) negócio jurídico (v.g., venda, doação, ...) não se vê como, não sendo realizada escritura pública, se possa concluir que exista *uma parte* não directamente atingida pela invalidade. Pensar desta forma equivaleria a *pulverizar* ou a decompor a negociação unitária do estabelecimento, na negociação dos singulares elementos (alvarás, móveis, marcas, ...) que o compõe. Não é, por conseguinte, lícito dizer-se que, na hipótese de o *traspasse* ser nulo por falta de *forma*, possa ele ser *reduzido* (à luz do critério da vontade hipotética ou conjectural das partes) v.g., à transmissão do alvará (que não se ligue incidivelmente à pessoa do seu titular), das mercadorias, das instalações, dos maquinismos, etc. Pensar desta forma é esquecer que os vários elementos contratuais, que decorrem da transmissão do estabelecimento, se fundam num *todo*, diferente da soma dos seus elementos. Aceitando a redução, neste domínio, cfr., porém, o AcSTJ, de 10/10/73, in Revista dos Tribunais, ano 92, pág. 238.

Pelo contrário, sendo o negócio de transmissão do estabelecimento nulo, por vício de forma, é lícito colocar o problema da sua conversão. Isto é, saber se, sendo *totalmente* nulo, não poderá *reconstituir-se* um outro negócio, cujo resultado final económico jurídico, embora mais precário, se aproxime do tido em vista pelas partes com a celebração do negócio *totalmente* inválido (assim, MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 630). A resposta deve ser afirmativa. Assim, por exemplo, pode converter-se a venda do estabelecimento comercial, nula por vício de forma (já que, foi só reduzida a escrito), num contrato promessa de compra e venda (*contrato promessa de traspasse*), ou num contrato-promessa de locação do estabelecimento comercial ou, mesmo ainda, num contrato de compra e venda das mercadorias, do alvará e das instalações acaso se possa concluir (*vontade normativa* das partes) que as partes teriam querido estes negócios (sucédâneos) se, na hipótese de se terem apercebido do vício do negócio translativo sobre o estabelecimento, não pudessem tê-lo realizado sem essa deficiência.

Pode, todavia, acontecer que, sendo a transmissão definitiva do estabelecimento realizada por escritura pública, o transmitente não disponha juridicamente do gozo ou fruição de certos elementos do estabelecimento, que, na escritura declara dispôr (v.g., direito ao arrendamento).

Nesta hipótese, o negócio *sobre o estabelecimento* não é nulo se, na realidade o que se transmite, através de escritura pública, é um *estabelecimento* que, como sabemos, para se transmitir, tem que envolver a transmissão do seu *âmbito mínimo*. Tudo está, pois, em saber se esses elementos, que não o podem acompanhar (ainda que não tenham sido excluídos pelas partes) se e quando o titular do estabelecimento não detem sobre eles qualquer direito real ou obrigacional, são ou não essenciais ou incidíveis da *organização*, se representam os seus valores específicos. Pois que, se assim se concluir, nem sequer há transmissão de estabelecimento ... por que inexistente estabelecimento, que teria tão só sido *inventado* pelas partes.

Doutro modo, pode haver um negócio válido de transmissão do estabelecimento, a título definitivo (*traspasse*) mesmo que o trespassante não seja arrendatário do local (ainda que declare o oposto na escritura). Ponto é que, desta forma, não se descaracterize o estabelecimento, pois que, no limite, sempre este poderá ser mudado de local, no caso de não poder ser feita a cedência ou fruição do local, a título de arrendamento ou doutro direito pessoal ou real de gozo<sup>(663)</sup>(<sup>664</sup>).

<sup>(663)</sup> Neste sentido, AcSTJ, de 1/3/68 (OLIVEIRA CARVALHO), in Bol. Min. Just., nº 175, pág. 287-288; AcSTJ, de 22/2/57, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 90, pág. 303; AcRP, de 12/10/77 (GÓIS PINHEIRO), in col. Jur., 1977, pág. 1176; em sentido oposto, e louvando-se na doutrina de PINTO LOUREIRO (*Tratado da Locação*, vol. III, pág. 152), ao defender que é nulo o negócio jurídico titulado pela escritura de *traspasse*, quando o transmitente do estabelecimento não é titular do direito ao arrendamento do imóvel onde aquele se encontra instalado, cfr., AcSTJ, de 17/4/80 (DIAS GARCIA), in Bol. Min. Just., nº 296, pág. 298 e segs.

<sup>(664)</sup> Quanto à possibilidade de se invocar o abuso de direito para impedir a declaração de nulidade de uma transmissão definitiva do estabelecimento, por vício de forma, vide, supra, nota nº 644.

ii) Outros efeitos jurídico-negociais. Generalidades<sup>(665)</sup>.

Sucedem, por vezes, que o *estabelecimento* está instalado em imóvel, cuja titularidade da propriedade também pertence ao dono dele. Transmitido o estabelecimento, importa saber qual a relação jurídica que intercorre entre o adquirente e o imóvel.

Assim, tratando-se de estabelecimentos absolutamente vinculados, se nada se disser na escritura, parece que o adquirente passará igualmente a ser proprietário do imóvel; o mesmo acontecerá mormente nos estabelecimentos relativamente vinculados, acaso se declare *que o transmitente dispõe do estabelecimento com todos os seus valores, sem qualquer excepção ou reserva, ou com as suas instalações*. Quando as partes omitirem o destino do local onde está instalado é duvidoso que o local seja integrado pelos valores ou bens que o estabelecimento naturalmente transporta (*âmbito natural*)<sup>(666)</sup>. Põe-se, por isso, a questão

<sup>(665)</sup> Cfr., CÁMARA ALVAREZ, *La venta de la empresa: Principales problemas que plantea*, in Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIV (1982), pág. 281 e segs.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., pág. 82 e segs.; CASANOVA, *Impresa...*, cit., pág. 797 e segs.; TEDESCHI, *Le disposizioni...*, cit., pág. 45 e segs.; CAMPO BASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 155 e segs.; URIA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 595 e segs.; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 212 e segs.; VARELA PINTO, *Transmissão do Estabelecimento Comercial - reflexo sobre créditos e débitos*, pág. 535 e segs.; ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura...*, cit., pág. 542 e segs.; THOMAS, *La cession des actifs de l'entreprise individuelle*, in Revue de Jurisprudence Commerciale, nº especial, Novembro, 1988, pág. 25 e segs.; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 513 e segs.; REINHARD, Y., *Droit Commerciale...*, cit., pág. 308 e segs.

<sup>(666)</sup> É claro que, não raro, será necessário *acertar* ou revelar a *vontade normativa* das partes, através da interpretação das *declarações negociais*, maxime, ao abrigo do art. 238º do código civil. Assim, por exemplo, se as partes declaram, em escritura pública, que vendem e compram um prédio e o estabelecimento nele instalado, mas se apura que a sua vontade era vender e comprar apenas o estabelecimento, as razões da forma legalmente exigida para a compra e venda de prédios e de estabelecimentos comerciais, não se opõem à validade do sentido realmente querido pelas partes, nos termos do nº 2 desse preceito. Cfr., exemplo análogo em PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., pág. 225. Em geral, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., vol. I, pág. 172 e segs., vol. II, pág. 665 e segs., 783 e segs.

de saber se o objecto do negócio inclui a cedência do uso do imóvel. Daí que, em homenagem à vontade hipotética das partes ou às regras da experiência, se se puder concluir pela inclusão do uso do imóvel no objecto do negócio translativo, a natureza do direito (real ou obrigacional) ao imóvel a reconhecer ao adquirente do estabelecimento é controvertida. Podem-se hipotisar várias soluções: a) o adquirente do estabelecimento ficar a ser titular da propriedade do imóvel; ou b) titular de um *ius in re aliena*, na posição de usufrutuário; ou c) titular de um direito pessoal de gozo, seja como arrendatário, comodatário ou precarista; ou ainda d) titular do *direito à celebração de um contrato de arrendamento* ou de comodato.

Mas daqui não decorre que haja um critério de aplicação geral. Na falta de manifestação expressa da vontade das partes, há que desvelar a *vontade normativa* delas, através da interpretação das declarações negociais ínsitas na escritura pública. Ora, se se der por assente que o fenómeno negocial assenta na compreensão de um significado determinante da eficácia jurídica<sup>(667)</sup>, podem inferir-se enunciados negociais tácitos (art. 217º/1, do Código Civil) tendentes a considerar a existência de uma promessa de arrendamento (bilateral ou unilateral) do imóvel, onde o estabelecimento *trespassado* se localiza<sup>(668)</sup>, na medida em que seja esse o *sentido geral* – o sentido objectivo do negócio jurídico que se infere da conduta das partes (contanto que tenha o mínimo de correspondência no texto da respectiva escritura: art. 238º do Código Civil); e o seja com uma *probabilidade reforçada*, de harmonia com as circunstâncias, em termos de os interesses em conflito

<sup>(667)</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, cit., vol. I, pág. 309 e segs.

<sup>(668)</sup> Assim, também, FERRER CORREIA, *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, Maio 1984, pág. 35-36.

serem, social e economicamente, melhor compostos. Contrato-promessa de arrendamento este de que o adquirente poderá exigir a execução específica. Quanto ao montante da renda a fixar na acção de execução específica, se as partes nessa acção, não chegarem a acordo, não repugna aplicar o art. 883º/1, in fine, ex vi do art. 939º, ambos do Código Civil, devendo o tribunal determinar o montante da renda segundo juízos de equidade. Por isso que, é conveniente, nestas hipóteses, convencionar o destino ou a forma jurídica de gozo do imóvel. Pode, assim, clausular-se, expressamente, que a transmissão do estabelecimento implica ou é seguida pela transferência da titularidade da propriedade do imóvel onde está instalado; ou que o estabelecimento se transfere *sem o local*, sendo, nesta hipótese, preciso mudar o estabelecimento para outro sítio (a menos que seja um *estabelecimento imaterial*, que bem prescinde de uma qualquer localização ou que esta lhe é indiferente). Normalmente, porém, convencionam-se a transferência do gozo do local não em termos de direito de gozo (*propriedade, usufruto*), mas sim a título de direito pessoal de gozo: arrendamento para comércio ou indústria. Aqui, o ex-titular do estabelecimento não se demite da propriedade do imóvel onde aquele se localiza, facultando o seu gozo ao novo titular dele, contra retribuição. Pode até acontecer que o contrato de compra e venda do estabelecimento (do qual foi excluído o elemento atinente ao direito ao local) e o contrato de arrendamento estejam ligados, segundo a intenção dos contraentes, por um nexo funcional (*coligação de contratos*).

Por outro lado, a exploração de um estabelecimento origina um conjunto de *créditos e débitos*, que convertem o titular dele em devedor e credor em face de terceiros. No momento em que se transmite o estabelecimento é preciso dilucidar se com ele se transmitem *automaticamente* esses

créditos e dívidas. Ou se, pelo contrário, para se atingir esse objectivo, é necessário que se observem os requisitos estabelecidos no código civil atinentes à *cessão de créditos* e à transmissão (e assunção) singular de dívidas. Em face do silêncio do legislador português – contrariamente ao do código civil italiano: arts. 2559 e 2560; ao legislador alemão: art. 25º do código comercial alemão; e ao legislador francês: art. 3º da Lei de 17/3/1909 – a questão resolve-se à luz do regime geral das obrigações, que é subsidiariamente aplicável ao direito mercantil. Saliente-se, no entanto, que, tanto os *créditos* como os *débitos* ligados à exploração do estabelecimento, integram o *âmbito máximo* de negociação do estabelecimento. Ou seja: a sua transmissão com a transferência do estabelecimento só se dá mediante expressa manifestação de vontade de todos os interessados, quais sejam o transmitente e adquirente dele e, por vezes, certos terceiros.

Pelo que respeita aos *créditos*, o art. 577º do código civil permite a cessão a um terceiro, pelo credor, de parte ou da totalidade de um crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não esteja vedada por lei ou por convenção das partes e o crédito não se encontre, pela natureza da prestação, incidivelmente ligado à pessoa do credor (v.g., crédito de *alimentos*). Por sua vez, o art. 583º do mesmo código, faz depender a eficácia da cessão relativamente ao devedor da notificação ou aceitação deste<sup>(669)</sup>. Deve, por isso, a

<sup>(669)</sup> Cfr., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. II, 5ª ed., Coimbra, 1991, pág. 356 e segs.; PIRES DE LIMA/ANTUNES DE VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., vol. I, pág. 593, 599. Pode a notificação ser feita judicial ou extrajudicialmente, expressa ou tacitamente; e tanto pode ser feita pelo cedente ou pelo cessionário, pois que, doutro modo, a obrigação de notificação seria, na prática, inconciliável com as exigências de gestão de um estabelecimento – ou de assunção dela. Igualmente, a aceitação não depende de forma especial, podendo, também, ser feita tacitamente (v.g., o devedor realiza um pagamento parcial ao novo adquirente do estabelecimento; solicita-lhe a *reforma* de letras; pede-lhe uma moratória; faz-lhe uma declaração de *compensação* em face de quantias de que também era credor, etc.).

transmissão de créditos ligados à exploração do estabelecimento comercial ser expressamente convencionada pelas partes, sob pena de não se verificar, isto é, não acompanhar a transferência enquanto valor específico dele.

Quanto às *dívidas* contraídas com terceiros, respeitantes ao funcionamento do estabelecimento, é de concluir que tão pouco se transmitem automaticamente ao adquirente do estabelecimento a não ser com o *consentimento expresso* do credor (art. 595º/2, do Código Civil), não bastando, por isso, dar-lhe unicamente conhecimento da transmissão<sup>(670)</sup>. De facto, dado o disposto nos arts. 424º e 595º do código civil, não havendo consentimento do credor, as dívidas não se transmitem para o adquirente do estabelecimento, continuando o alienante obrigado por elas, salvo se for exonerado pelos credores (nº 2 do art. 595º/2, do referido código). É, porém, lícito convencionar-se que o adquirente do estabelecimento se obrigue *conjuntamente* com o devedor-transmitente, ficando responsável pelas dívidas inerentes ao exercício do estabelecimento anteriores à transferência. Aqui, não ocorre uma *substituição* do antigo devedor (alienante) pelo novo (adquirente), outrossim uma *co-assunção de dívida*, ficando ambos a responder por ela<sup>(671)</sup>. Por que há, neste caso, um *contrato a favor de*

(670) Assim, AcSTJ, de 7/10/76 (MIGUEL CAEIRO), in Bol. Min. Just., nº 260, pág. 138 e segs.; AcRP, de 14/1/93 (OLIVEIRA BARROS), in col. Jur., 1993, t. I, pág. 202; AcRL, de 19/2/82 (GARCIA DA FONSECA), in col. Jur., 1982, t. II, pág. 194; AcRL, de 24/1/68 (JOÃO MOURA), in Jurisprudência das Relações, ano 14, pág. 27; AcRP, de 13/4/82 (SENRA MALGUEIRO), in col. Jur., 1982, t. II, pág. 292 (em relação a dívida de rendas das instalações); AcRP, de 14/1/93 (OLIVEIRA BARROS), in col. Jur., 1993, t. II, pág. 178; AcSTJ, de 15/3/94 (FERNANDO FABIÃO), in col. Jur., Ano II, 1994, t. I, pág. 159 e segs. Na doutrina, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, cit., pág. 102, 104; VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110, pág. 286 e segs., esp. 302 e segs.; VARELA PINTO, *Transmissão do estabelecimento...*, cit., pág. 557 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 88-89.

(671) Sobre isto, VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 106, pág. 356 e segs.

*terceiro* (o credor), a sua eficácia para com este não depende do seu consentimento (art. 444º/1, do Código Civil)<sup>(672)</sup>.

Todavia, se naquele primeiro caso, o adquirente do estabelecimento assumir as dívidas, continuando o transmitente obrigado por elas e os credores não o exonerarem, o antigo devedor (transmitente do estabelecimento) responde solidariamente com o novo obrigado (adquirente do estabelecimento). Daqui decorre que o credor pode exigir o cumprimento da obrigação, quer ao *trespassante*, quer ao *trespassário*, o que só aumenta – ou, pelo menos não reduz – a garantia dos credores por dívidas atinentes a exploração comercial ou industrial, pois que, saindo o estabelecimento do património do alienante e sendo este quem assumiu as obrigações, é vantajoso que pelas mesmas também responda<sup>(673)</sup>.

Em certos casos, é a própria lei que, substituindo-se à vontade dos contraentes, estabelece que, em caso de transmissão definitiva do estabelecimento, o adquirente responde solidariamente com o transmitente, ainda que no contrato de compra e venda (ou de doação) do estabelecimento se tenha estipulado a exclusão do passivo. É o que sucede quanto às contribuições e juros de

(672) Contra ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. II, 5ª ed., pág. 376 (defendendo que a *assunção cumulativa de dívida* não é eficaz enquanto o credor não lhe der a sua anuência, porquanto, nas suas palavras, *a ninguém pode, em princípio, ser imposto um benefício (contra a sua vontade)*). Contudo, a despeito de este ser um princípio geral inquestionável, situações há em que o benefício nunca pode ser um *presente envenenado*, outrossim reforça – só pode reforçar – a posição do beneficiário, qual seja a *assunção cumulativa de dívida*. É que, só por capricho, diletantismo ou por não se gostar, por motivos vários, da pessoa do novo co-devedor, se pode recusar o irrecusável: o reforço da garantia do credor. No sentido do texto, VAZ SERRA, in loc. cit., AcSTJ, de 15/3/94 (FERNANDO FABIÃO), in col. Jur., Ano II, pág. 159, esp. pág. 163.

(673) ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pág. 542.

mora devidos aos Centros Regionais de Segurança Social<sup>(674)</sup><sup>(675)</sup>.

É sabido que o comerciante que transmite um estabelecimento é, normalmente, parte numa pluralidade de contratos estipulados com terceiros. Contratos que, em regra, nascem da actividade da empresa e que, não raro, a sua manutenção é indispensável à própria gestão, exploração e, até, subsistência do estabelecimento. É o caso, por exemplo, do contrato de arrendamento do local onde o estabelecimento está instalado e da licença de exploração de patentes (desenvolvidas e registadas por outrem).

É, deste modo, importante saber se, acordada a transmissão do estabelecimento, se dá a *cessão da posição contratual* relativamente aos contratos concluídos, antes do negócio, pelo transmitente. Este problema, que se já aflorou, tão pouco está resolvido, em termos genéricos, no nosso ordenamento, ao invés do que sucede no direito italiano (art. 2558 do *Codice*)<sup>(676)</sup>. Como, porém, a cessão

<sup>(674)</sup> Já no domínio do DL nº 512/76, de 3-7 (art. 5º), cfr., AcSTJ, de 18/2/86 (GÓIS PINHEIRO), in Bol. Min. Just., nº 354, pág. 521; AcSTA, de 17/4/91 (GIRÃO CARDOSO), in Bol. Min. Just., nº 406, pág. 429 e segs.

<sup>(675)</sup> É este, aliás, o regime regra – o da responsabilidade solidária *ex lege* – do ordenamento italiano, no que concerne às dívidas inscritas nos *livros de escrituração (libri contabili obbligatori)*, sendo esta, seguramente, a melhor forma de tutelar os interesses dos credores do transmitente por dívidas atinentes à exploração do estabelecimento. Cfr., PETTITTI, *Il trasferimento...*, cit., pág. 104 e segs.; CASANOVA, *Imprensa...*, cit., pág. 823 e segs.; ERRARA, *La teoria giuridica...*, cit., pág. 358 e segs.; COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 157 e segs.; GRAZIANI, *L'impresa...*, cit., pág. 173 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 160. Cfr., o regime mais complexo de protecção dos credores no direito francês, traduzido no direito de *faire opposition* e o direito de *faire une surenchère*: art. 3º, alínea 4 e 5 da Lei de 17/3/1909; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 513-517.

<sup>(676)</sup> Cfr., VAZETTI, in *Rivista delle società*, 1965, pág. 512 e segs., 539 e segs.; RIVOLTA, in *Rivista di Diritto Civile*, 1973, I, pág. 26 e segs.; COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 80 e segs.; NZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali...*, in *Trattato Galgano*, II, pág. 363 e segs.; ALGANO, *Diritto Commerciale*, I, pág. 72 e segs.; TEDESCHI, *Le disposizioni generali...*, cit., pág. 44 e segs.; na jurisprudência, cfr., acórdão da *corte di cassazione*, de 11/8/90, nº 8219, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, pág. 584.

da posição contratual implica a subrogação de um terceiro que nela subingressa (no nosso caso, o adquirente do estabelecimento), parece evidente que uma modificação contratual (subjectiva) deste alcance não pode dar-se sem o consentimento do outro contraente (art. 424º/1, do código civil), salvo se a lei o permitir ou esse contraente o autorizar (coetânea ou posteriormente à celebração do contrato). Ora, no nosso direito, como já se sabe, existem algumas hipóteses em que, transmitido o estabelecimento, se dá a cessão automática da posição contratual, em certos contratos, a favor do adquirente do estabelecimento: é o caso da posição que o alienante tenha nos contratos de trabalho do pessoal que labora no estabelecimento (art. 37º/1, da Lei do Contrato Individual de Trabalho)<sup>(677)</sup>; da transfrência da posição contratual de beneficiário de seguro, mudando o objecto seguro de proprietário (art. 431º do código comercial); da cessão da posição de arrendatário comercial ou industrial do prédio, em caso de transmissão definitiva do estabelecimento nele instalado (art. 115º/1, do R.A.U.).

Ademais, em qualquer forma de transmissão *inter vivos* do estabelecimento, mormente na *venda dele*, o alienante está obrigado a transmitir todos os elementos (materiais e imateriais) que não tenham sido excluídos pelas partes. Ora, se o adquirente também, e principalmente, funda a vontade de comprar na subsistência ou aumento do *aviamento*, dependendo este, em larga medida, de elementos de facto com relevo económico como é a *clientela*, é mister que se imponha ao transmitente, como se viu, uma obrigação *de non facere* (negativa) que o proíba de fazer concorrência ao

<sup>(677)</sup> Decreto-lei nº 49408, de 24/11/69, a não ser que tenha havido acordo entre o transmitente e o adquirente, no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço daquele outro noutro estabelecimento, salvo se isso implicar a transferência do trabalhador para outro local de trabalho, causando-lhe prejuízo sério: art. 37º/1, in fine e 24º/1, do mesmo diploma.

adquirente, à luz da boa-fé, mesmo após o termo ou conclusão dos contratos (*post factum finitum*). E isto sucederá quer se tenha ou não convencionado nesse sentido no contrato (de compra e venda do estabelecimento, doação, ...), pois que parece inquestionável que quem transmite um estabelecimento deve proporcionar ao adquirente a plena posse e fruição da coisa vendida, não lhe sendo lícito diminuir, intencionalmente, o *aviamento*, mormente se, após a conclusão do contrato, iniciar uma actividade comercial concorrente que possa *distrain*, total ou parcialmente, a clientela que o estabelecimento atraía antes da transmissão. É claro que o prazo desta proibição pode ser convencionado pelos contraentes. Ainda assim, se o não fôr, como já se sabe, não é ela absoluta no tempo e no espaço. Ponto é que o transmitente se abstenha de *fazer concorrência* na zona ou zonas em que o estabelecimento transmitido se situa e durante o tempo necessário para que razoavelmente o adquirente consolide a clientela daquele estabelecimento.

Do contrato de compra e venda do estabelecimento emergem as clássicas obrigações de entrega da coisa vendida: pagamento do preço e transmissão da propriedade (art. 879º do código civil). Porém, a específica natureza da coisa transmitida amolda o conteúdo da obrigação de entrega do estabelecimento, que foi objecto do negócio. Assim, se as partes juntarem à escritura pública de compra e venda um documento complementar que descreva ou faça o inventário dos bens corpóreos que o revelam ou sensibilizam, a obrigação de entrega inclui todo esse acervo. Na falta de inventário, e sem prejuízo de as partes terem excluído alguns dos seus elementos (v.g., as mercadorias), deve o estabelecimento ser entregue *no estado em que se encontrava no tempo da conclusão do contrato* (art. 882º/1, do código

civil)<sup>(678)</sup>. Mas, como o valor do estabelecimento inclui também o da organização e aviamento (este último visto enquanto *qualidade* inseparável dele), a obrigação de entrega do alienante não se esgota com a entrega ou com a colocação à disposição dos distintos elementos que o integram, outrossim lhe impõe certos *deveres laterais*. E prendem-se eles com a circunstância de o alienante dever colocar o adquirente na posição de poder utilizar e explorar esta organização e desfrutar do seu *aviamento objectivo* (aqui incluída a parte da clientela que lhe diga respeito). O que vale por dizer que o alienante deve *informar e/ou aconselhar*, à luz da boa-fé que as partes devem estretecer no cumprimento dos contratos (art. 762º, do código civil), o comprador acerca da organização interna do estabelecimento e a sua posição de actuação em face do mercado. Assim, por exemplo, em certos casos concretos, deve entregar-se a lista de clientes (e/ou fornecedores), transmitir-se o *Know-how*, essencial à produção ou comercialização, comunicar os segredos de fabrico, etc.<sup>(679)</sup>.

O vendedor do estabelecimento parece estar, igualmente, submetido à obrigação de expurgar os ónus ou limitações que sobre ele impedam (v.g., estabelecimento onerado com um *penhor mercantil*): art. 907º, do código civil, aplicando-se, quanto ao mais, as disposições dos

<sup>(678)</sup> Ponto é que o adquirente possa *iniciar* ou *continuar* a exploração do estabelecimento, posto que o que releva é a circunstância de ele ter que receber a *organização produtiva* que é o estabelecimento.

<sup>(679)</sup> E são, no nosso caso, deveres que pretendem proteger o adquirente do estabelecimento dos riscos de dano no seu património que nascem da (e por causa da) transmissão do estabelecimento. São, pois, *deveres de protecção*, cuja violação constitui aqui um ilícito contratual, no sentido em que representam uma *violação contratual positiva*. Cfr., MOTA PINTO, *Cessão da posição...*, cit., pág. 405; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1984, pág. 743-744; FIKENTSCHER, W., *Shuldrecht*, 7ª ed., Berlin-New York, 1985, pág. 276; MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., vol. I, pág. 604 e segs.; CARNEIRO DE FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, 1994, pág. 36 e segs.

arts. 905º a 912º. Ademais, é ainda o alienante responsável por vícios ocultos que desvalorizem o estabelecimento ou impeçam a realização do fim económico a que se destina<sup>(680)</sup>, regendo, neste particular, os preceitos dos arts. 913º e segs. do código civil, sobre *venda de coisas defeituosas*.

c) A transferência imprópria do estabelecimento.

A transmissão, *inter vivos*, do estabelecimento pode dar-se mediante *cisão e fusão* de sociedades comerciais.

Pode acontecer, em primeiro lugar, que duas ou mais sociedades se extingam, dando origem a uma sociedade nova para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, indo aí incluídos os estabelecimentos comerciais ou fabris de que fossem titulares (art. 97º/4, b, do cód. das Soc. comerciais). Em segundo lugar, pode uma sociedade *absorver* outra ou outras, que se extinguem, permanecendo a sociedade *incorporante*, para a qual se transferem globalmente os estabelecimentos destas outras (art. 97º/4, a, do mesmo código). Em terceiro lugar, pode uma sociedade pré-existente destacar uma parte do seu património – v.g., um ou vários estabelecimentos fabris – para com ela constituir uma nova sociedade (art. 118º/1, do referido diploma); em quarto lugar, pode uma sociedade deixar de existir, dividindo-se o seu património, do qual faz parte um ou vários estabelecimentos, em uma, duas ou mais fracções que originam outras tantas novas sociedades; seja,

<sup>(680)</sup> V.g., Revelarem-se os novos maquinismos adquiridos pelo transmitente, no âmbito de um processo de reestruturação tecnológica do estabelecimento, inidóneos ou não funcionais para ser prosseguida a exploração industrial na pessoa do adquirente; haver violação do contrato de arrendamento para comércio, pela pessoa do arrendatário do imóvel e transmitente do estabelecimento nele instalado, que permita ao senhorio por não se ter esgotado o prazo de caducidade, resolver esse contrato (onde, entretanto, subingressou o adquirente do estabelecimento) e *despejar* o adquirente do estabelecimento.

quando se destaca um estabelecimento comercial ou industrial de uma sociedade que se vai fundir com uma outra sociedade; ou, ainda, quando este(s) estabelecimento(s) – que faça(m) parte do património de uma sociedade – se vai(ão) fundir com parte(s) do património de outras sociedades, destacados do mesmo modo, dando origem a uma nova sociedade; seja, ainda, sempre que ocorre a extinção de uma sociedade, cujo património (v.g., dois estabelecimentos comerciais), dividido em duas partes, se vai fundir com sociedades já existentes; seja, enfim, quando se extingue uma sociedade, cujos estabelecimentos se fundem (mas sem se desmembrarem) com partes do património igualmente destacadas de outras sociedades para o mesmo fim.

Note-se que, não poderá falar-se de transferência, *inter vivos*, do estabelecimento pelo simples facto de serem cedidas, total ou parcialmente, as quotas ou acções da sociedade comercial que dele é titular, pois o que *muda* ou se *transfere* é, tão só, o conjunto de situações jurídicas correspondentes aos direitos e obrigações de sócios para com a sociedade e para com os outros sócios. Ou seja o que se altera é a participação social, mas não a existência da própria sociedade e o seu património, o qual continuará a fazer parte, dela, apesar das operações de cessão das suas *partes sociais* (quotas ou acções).

Uma outra forma de transferência, *inter vivos*, do estabelecimento, consiste na passagem deste para o património de uma sociedade comercial enquanto *objecto* (e o direito real que sobre ele incide) da *entrada de um sócio* numa sociedade. Exigindo o art. 980º do código civil que para a sociedade surgir é mister que os sócios se obriguem a contribuir com *bens* ou *serviços*, não raro, os sócios *entram* para a sociedade com estabelecimentos comerciais que, juntamente com os outros *bens* ou *serviços*, formam, no seu conjunto, o fundo comum com o qual a sociedade vai

iniciar a sua actividade (ou continuá-la, acaso seja deste modo, admitido um novo sócio), definindo, igualmente, a proporção da participação de cada sócio na sociedade<sup>(681)</sup>.

Enfim, pode configurar-se o fenómeno translativo do estabelecimento no domínio dos *processos de recuperação de empresa e de falência*.

Assim, em sede de *acordo de credores*, pode transferir-se um ou mais estabelecimentos da empresa devedora através da constituição de uma ou mais sociedades, que se destinem à sua exploração, extinguindo-se, do mesmo passo, a pessoa colectiva titular do(s) estabelecimento(s) (art. 78º, do Código das Falências).

Em segundo lugar, em sede de *gestão controlada* pode a *Assembleia de credores* deliberar o trespasse de estabelecimentos da empresa devedora, ou a sua transferência para sociedades comerciais *dominadas* pela sociedade devedora (já existentes ou a constituir para o efeito): art. 101º/c e d, do mesmo diploma.

Por último, sendo declarada a *falência* e havendo que liquidar o activo da empresa falida, pode o liquidário judicial vender (v.g., em hasta pública ou mediante negociação particular) o estabelecimento, de forma unitária, a não ser que não haja proposta satisfatória, ou se reconheça a vantagem no seu *desmembramento*, procedendo-se à *venda separada* dos bens que o integram (art. 181º/3, do mesmo código).

#### d) A transferência coactiva do estabelecimento.

Sob o pano desta genérica forma de transmissão dos estabelecimentos comerciais ou industriais, adscrevem-se, por via de regra, várias hipóteses de circulação do estabelecimento, cujo denominador comum é o carácter *não negocial* do título translativo.

<sup>(681)</sup> Com efeito, também aqui existe uma transmissão onerosa do estabelecimento: a *entrada do sócio é remunerada* através da atribuição de quotas ou acções à sua pessoa.

Destaca-se, em primeiro lugar, a transferência gratuita do estabelecimento, uma vez extinto, no termo do prazo, o contrato de concessão de serviços públicos, na hipótese de os bens que constituem o estabelecimento serem coisas particulares<sup>(682)</sup>. Porém, se a concessão não for mantida, porque o concessionário não observou as suas cláusulas ou se o concedente quiser obter o estabelecimento antes do termo do prazo, haverá uma transferência onerosa do estabelecimento, tendo este que comprá-lo pelo seu justo preço (*resgate de concessão*).

Em segundo lugar, pode o estabelecimento comercial (ou industrial) ser transferido, definitiva ou temporariamente, mediante um *acto administrativo* que se designa por *requisição*, impondo-se ao titular dele a obrigação de o ceder ou consentir na sua utilização temporária, contanto que tal seja necessário à realização do interesse público e haja impossibilidade de obter ou utilizar pelos meios ordinários (isto é, recorrendo ao mercado)<sup>(683)</sup>.

Pode perguntar-se se o estabelecimento comercial pode ser objecto de um acto ablativo como é a expropriação por utilidade pública, que é dizer: pode o estabelecimento ser *expropriado*? Na verdade, é ponto assente que a extinção do direito de propriedade mediante a *expropriação por utilidade pública* só é possível estando em causa *direitos sobre imóveis*. Ou seja: só podem expropriar-se os *direitos reais inerentes a bens imóveis* (vide

<sup>(682)</sup> O mesmo já não sucederá se o estabelecimento do serviço, constituindo um bem imaterial, é considerado, pela lei, bem domínio público. Cfr., MARCELLO CAETANO, *O problema da dominialidade dos bens afectos à exploração de serviços públicos concedidos*, in *O Direito*, ano 73, pág. 34; PEDRO GONÇALVES, *Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória*, (tese), Coimbra, 1991, pág. 240 e segs. (existente no fundo bibliográfico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

<sup>(683)</sup> Cfr., MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10ª ed., 3ª reimpressão, Coimbra, 1990, pág. 1016 e segs. É o caso da Lei nº 2084, de 16/8/1956, onde a *requisição*, entre outras, de *coisas móveis* e semoventes, pode ter objecto estabelecimentos industriais para o efeito de laboração exclusiva para as necessidades de defesa.



art. 1 do Código das Expropriações de 1991). Ora, como é bem de ver, o estabelecimento não é um imóvel, nem com ele se pode confundir, pese embora, não raro integre, no seu acervo, um direito real ou obrigacional relativamente ao bem imóvel onde esteja instalado. Porém, o legislador, por vezes, extravassa os limites do objecto típico da expropriação, autorizando – e, por isso, navegando em equívoco – a *expropriação por utilidade pública* dos estabelecimentos de farmácia que, como se referiu, são estabelecimentos comerciais (cfr., Base VI da Lei nº 2125, de 20/3/1965). Afinal, o legislador permite, nesta hipótese, a expropriação de um direito real (que incide sobre o bem imaterial que é o estabelecimento) sobre complexos de direitos (aí onde sempre se incluirá o direito sobre o imóvel) em que se analisa a propriedade do estabelecimento comercial.

Em terceiro lugar, é lícita a *nacionalização* de estabelecimentos comerciais. Tal importa a transferência da propriedade que sobre ele incide para a colectividade nacional, a fim de o subtrair à direcção capitalista e de organizar a sua gestão segundo o interesse geral. O *objecto* da nacionalização deverá ser determinado: v.g., uma sociedade comercial, em cujo património se inclui um estabelecimento; um conjunto de estabelecimentos ou industriais, pertencentes a um empresário em nome individual (não se pode, pois, nacionalizar uma série indefinida e implícita de bens); e deverá a nacionalização processar-se através de um processo expresso, individualizado legalmente (a *operação de nacionalização*) e possuir um *fundamento* [v.g., luta contra a crise económica e desemprego, promoção de desenvolvimento económico, motivos ideológico-revolucionários, etc.](<sup>684</sup>).

(<sup>684</sup>) Cfr., SIMÕES PATRÍCIO, *Curso de Direito Económico*, 1982, pág. 443 e segs.; Idem, *Nacionalização e empresa nacionalizadas*, in *Revista de Direito e Economia*, Dezembro, 1982, pág. 311 e segs.; BAZEX/GUYTON, *L'extension du secteur publique*, in *Juris Classeur Périodique*, 1983, 1, pág. 3127; WALINE, M., *Les nationalisations*, in *Revue de Droit Social*, 1945, pág. 84 e segs.; RIVERO, J., *Droit Administratif*, 1983, pág. 495 e segs.; VEDEL, *Les Techniques des nationalisations*, ivi, 1946, pág. 49 e segs.; NUNO DE SOUSA, *A Liberdade de Empresa*, Coimbra, 1984, pág. 25 e segs.; PIPERT/ROBLOT, *Traité...*, pág. 20-21, 482.

Mas já não haverá transmissão do estabelecimento se o Estado adquiere as acções representativas do capital social(<sup>685</sup>), continuando a sociedade comercial, em cujo património se integra um ou vários estabelecimentos, com a mesma personalidade jurídica. E o mesmo sucede, segundo nos parece, se e quando o Estado procede à nacionalização de sociedades detentoras de participações no capital social da sociedade, em cujo património subsistem estabelecimentos comerciais ou industriais. Ou seja, não há transmissão de estabelecimentos nos casos de *nacionalizações indirectas*(<sup>686</sup>). Mas já haverá se e quando a nacionalização importa a extinção da personalidade jurídica das empresas que foram nacionalizadas, surgindo *ex novo* empresas públicas ou nacionalizadas. Há, de facto, somente uma transmissão *hoc sensu*, imprópria dos estabelecimentos destas empresas, pois que, em bom rigor, a nacionalização do tipo que ora se fala extingue os direitos reais pré-existentes e constitui direitos reais – sem dúvida, a título originário – a favor do Estado. Exemplo disto é o Decreto-lei nº 132-A/75, de 14 de Março onde se afirma: *São nacionalizadas todas as instituições de crédito (...)*. Assim, sem corpos sociais, nem objecto possível, a sociedade dissolve-se e a liquidação

(<sup>685</sup>) Cfr., art. 1º do Decreto-lei nº 572/76, de 20-7, relativo às sociedades de pesca, onde a nacionalização recaiu sobre *posições sociais*.

(<sup>686</sup>) Sobre este tipo de nacionalizações, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, Coimbra, vol. I, 1984, pág. 410; SIMÕES PATRÍCIO, *Regime Jurídico do sector empresarial do Estado*, in *Bol. Min. Just.*, nº 321, pág. 89; CONCEIÇÃO ANTÓNIO/SOUSA MOTA/ROCHA CARVALHO, *O sector empresarial do Estado em Portugal e nos países da C.E.E.*, pág. 80; PREDIERI, A., *Nazionalizzazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 17 (1977), pág. 786 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Nacionalizações e inconstitucionalidade/Anotação ao Tribunal Constitucional nº 39/88*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988; FREITAS DO AMARAL/ROBIN DE ANDRADE, *As indemnizações por nacionalização em Portugal*, ivi, 1989, pág. 5 e segs.; REBELO DE SOUSA, *As indemnizações por nacionalização em Portugal*, ivi, 1989, pág. 369 e segs.; JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional*, 1989, pág. 77 e segs.

opera *ipso iure* pela transferência patrimonial plena para o Estado<sup>(687)</sup>.

Noutros casos, ainda que o título jurídico do acto translativo seja negocial, o estabelecimento pode ser definitivamente transmitido através de um *contrato especial* de compra e venda, com as características de *acto de direito público*: a venda executiva<sup>(688)</sup>, onde a transmissão voluntária do estabelecimento, por parte do seu titular aparece substituída por um acto de autoridade, pelo qual o Estado vende o estabelecimento em nome próprio, sobrepondo-se ao executado, titular dele<sup>(689)</sup>. Porém, qualquer que seja a natureza da venda judicial, a verdade é que ela se traduz numa verdadeira transmissão do estabelecimento comercial ou industrial<sup>(690)</sup>.

#### e) A transmissão *mortis causa*.

O estabelecimento pode ser objecto de negócio translativo *mortis causa*, seja a título de *herança*, seja a título de *legado*. Em ambos os casos a fonte negocial pode ser um *testamento*.

<sup>(687)</sup> Nestes termos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito da Economia*, vol. I, 1979, pág. 82; cfr., no mesmo sentido, Parecer da Procuradoria Geral da República nº 134/76, de 9 de Dezembro, in Bol. Min. Just., nº 270, pág. 38 e segs.; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 11/84, de 7/2/84 (RAÚL MATEUS), in Diário da República, II Série, nº 106, de 8/5/1984 = Bol. Min. Just., nº 342, pág. 155 e segs.; AcSTJ, de 6/7/84 (DIAS DA FONSECA), in Bol. Min. Just., nº 339, pág. 334 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. II, 1979, pág. 803.

<sup>(688)</sup> Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, cit., pág. 283-284; AcSTJ, de 9/1/79 (SANTOS VÍTOR), in Bol. Min. Just., nº 283, pág. 196 (acto de direito privado do lado do comprador).

<sup>(689)</sup> Cfr., AcSTJ, 17/11/77 (COSTA SOARES), in Bol. Min. Just., nº 271, pág. 166; VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação*, in Bol. Min. Just., nº 73, pág. 304 e segs.; ALBERTO DOS REIS, *Da venda no processo de execução*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1941, II, pág. 443; LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva...*, cit., pág. 283-284.

<sup>(690)</sup> Cfr., AcRC, de 9/6/92 (OLÍMPIO DA FONSECA), in col. Jur., 1992, t. III, pág. 119 e segs.; AcRC, de 21/9/93 (HERCULANO NAMORA), in col. Jur., 1993, t. IV, pág. 45.

Todavia, o destino dos bens que revelam ou sensibilizam o estabelecimento pode ser outro, após a morte do titular dele (o *de cuius*), podendo os sucessíveis abster-se de prosseguir a sua exploração.

Há casos, porém, em que o legislador protege, de modo especial, a identidade e unidade de gestão do estabelecimento, após a morte do seu titular. É o que acontece pelo que respeita às farmácias, aí onde se estabelece o direito de os sucessíveis, que sejam farmacêuticos ou alunos do curso de farmácia, poderem requer a adjudicação do estabelecimento pelo valor fixado no inventário (Base III da Lei nº 2125, de 20/3/1965); é, também, considerado nulo o *legado* de farmácia a favor de pessoa que, não sendo farmacêutico ou aluno de farmácia, não seja herdeira *legítima* ou *legitimária* (art. 75º/1 do DL nº 48547, de 27/8/68).

Pelo que tange à administração do estabelecimento comercial incluído numa *herança jacente* são aplicáveis as disposições do art. 2047º, do código civil, sem prejuízo de poder ser nomeado um curador à herança jacente, nos termos do art. 2048º do código civil. Todavia, como a este curador são aplicáveis as disposições relativas à administração dos bens por parte do curador provisório (art. 94º, do Código Civil), bem se vê os riscos que a *organização* pode correr, dada a rigidez do esquema *conservatório* dos actos de administração, que, às vezes, se não revêem no conjunto de actos e providências que dizem respeito à gestão de um qualquer estabelecimento comercial. Será, por isso, também neste domínio, de aplicar a doutrina atrás exposta sobre os *poderes de administração* dos representantes legais dos menores ou interditos relativamente a estabelecimentos de que sejam titulares.

Coloca-se, também, a questão de saber quem responde pelas dívidas do estabelecimento do *de cuius* se este houver sido, por ele, legado. Já se defendeu que,

constituindo o estabelecimento uma *universalidade de facto*, reconhecida pelo direito<sup>(691)</sup> os débitos – tal como os créditos – seriam da responsabilidade do *legatário*<sup>(692)</sup>. Esta posição não pode, todavia, proceder. Que é assim decorre do art. 595º do código civil, pois que, não se vislumbrando aqui ponderosas razões para desproteger os interesses dos credores do estabelecimento, para *transmissão singular de dívidas* carece-se do consentimento deles. Sendo assim, os herdeiros devem responder pelos débitos do estabelecimento, dentro das forças da herança (art. 2071º, do código civil), pagando-se eles pelo património do devedor, o *de cuius*, constituído por todos os bens que integram a sua herança<sup>(693)</sup>. De resto, como já se viu, os débitos e os créditos não se incluem no *âmbito natural* do estabelecimento. Na hipótese de o testador dispor que o legatário se obriga conjuntamente com os restantes herdeiros, ficando também responsável ao lado destes, dá-se uma *co-assunção de dívida* se o legatário aceitar o objecto legado<sup>(694)</sup>.

<sup>(691)</sup> Assim, MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Natureza jurídica do Estabelecimento comercial*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. III, pág. 62-63.

<sup>(692)</sup> A menos que o testador dispusesse noutro sentido. Assim, no direito italiano, em face de preceitos bem diversos, cfr., CAIAFA, A., *L'azienda...*, cit., pág. 156-157.

<sup>(693)</sup> Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento comercial*, cit., pág. 99; VARELA PINTO, *Transmissão de Estabelecimento comercial*, cit., pág. 546, nota 16.

<sup>(694)</sup> De facto, o princípio de que a ninguém pode, em princípio ser imposto um benefício (contra sua vontade), não deve ter um alcance absoluto, designadamente nas hipóteses em que, em caso algum, pode advir prejuízo ou incomodidade para o devedor. Se esse princípio há-de ter aplicação em certos negócios jurídicos gratuitos, justamente, porque o objecto do acto dispositivo pode encerrar, v.g., cláusulas modais, ou em geral, ónus ou limitações que o transformariam uma ... *desagradável surpresa*, já não vale se e quando, por causa dele, se reforça, inelutavelmente, a garantia do credor. É, justamente, o caso da co-assunção de dívida, donde, dada a emergente responsabilidade solidária de ambos os devedores, só por *capricho* é que pode conceber-se que o credor do estabelecimento prefira o regime da *responsabilidade parciária*. De resto, o *princípio do contrato* (art. 457º, do Código Civil) não deve, hoje, ter um alcance absoluto.

Pode, de resto, figurar-se a hipótese de o estabelecimento vir a ser adjudicado a um dos co-herdeiros em inventário. Daqui não é lícito inferir que é o herdeiro a quem foi adjudicado o estabelecimento que está constituído na obrigação de suportar o passivo que o onerava ao tempo da abertura da herança<sup>(695)</sup> – maxime, se as não quiser assumir ou não concordar com a deliberação que se poderá fazer ao abrigo da 2ª parte do nº 2 do art. 2098º do código civil. Com efeito, subingressando os herdeiros aceitantes em todas as relações jurídicas do falecido, até à partilha, os bens da herança respondem *colectivamente* pela satisfação dos respectivos encargos (art. 2097º, do código civil); efectuada a partilha e sendo o estabelecimento adjudicado a um dos herdeiros (ou, mesmo, adjudicado em comum a dois co-herdeiros), o titular dele só responde pelas suas dívidas em proporção da quota que lhe tenha cabido na herança (2098º/1, do código civil). Isto é, não tem necessariamente a obrigação de pagar todo o seu passivo, pois que, além do mais, o estabelecimento não constitui qualquer património autónomo adentro do acervo hereditário, que responda *e só ele responda* por certas dívidas: os credores do estabelecimento não deixam, de ser credores da herança, onde ele se inclui e não são, por isso, credores pessoais do herdeiro (art. 2070º/1/3, do mesmo código).

Pelo que respeita à partilha da herança, não estão os herdeiros obrigados a manter incólume o bem imaterial que é o estabelecimento. Podem eles lhe retirar, na fase da

<sup>(695)</sup> Em sentido diferente, cfr., LOPES CARDOSO, *Partilhas judiciais*, vol. II, Coimbra, 1990; ALBERTO DOS REIS, *Valor do Estabelecimento Comercial*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 82, pág. 329-330. Sobre isto, na jurisprudência, cfr., AcSTJ, de 7/10/76 (MIGUEL CAEIRO), in Bol. Min. Just., nº 260, pág. 138 = Revista dos Tribunais, 95º, pág. 80.

herança indivisa, todo o *aviamento* desmembrando-o e dividindo entre si os bens corpóreos que formam o seu *lastro material*<sup>(696)</sup>. É-lhes, de todo em todo, lícito transmitir o estabelecimento a terceiros, gratuita ou onerosamente, contanto que todos dêem o seu assentimento, pois se trata da alienação de um bem concreto (imaterial) que faz parte do acervo hereditário (arts. 1408º/1, 2129º/1/2, do Código Civil).

Pode, ao invés, suceder que, estando a herança indivisa, os herdeiros resolvam *continuar*, em conjunto, a exploração comercial ou industrial do *de cius*. É defensável que na comunhão hereditária, o complexo de bens e valores organizados num estabelecimento comercial ou industrial dê origem a uma *sociedade irregular, rectius*, a uma *sociedade comercial irregular*, em cuja constituição os sócios (herdeiros) não cumpriram os requisitos e trâmites formais considerados essenciais pela lei para a sua criação<sup>(697)</sup>, contanto que se detecte o *elemento pessoal* (pluralidade de sócios), o *elemento patrimonial* (obrigação

<sup>(696)</sup> A favor da indivisibilidade, sem que, contudo, o ordenamento português seja muito sensível a tal apelo – à exceção das farmácias – cfr., FERRARA, *Teoria giuridica...*, cit., pág. 987; FERRI, *Manuale...*, cit., edição de 1950, pág. 103. Como quer que seja, o estabelecimento deve, entre nós, ser *relacionado e descrito*, sob uma única verba pelo cabeça-do-casal, ainda que não haja unanimidade de todos os interessados. Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pág. 627, nota 329; LOPES CARDOSO, *Partilhas Judiciais*, vol. I, cit., pág. 482; LOPES CARDOSO, *Como descrever e avaliar estabelecimento comercial ou industrial do inventariado*, in *Revista dos Tribunais*, 63º, pág. 50; na jurisprudência, cfr., AcRP, de 14/4/1959 (ANTÓNIO LARANJA), in *Jurisprudência das Relações*, ano 5º, pág. 365.

<sup>(697)</sup> Cfr., Acórdão da *corte de cassazione*, de 21/2/84, nº 1251, in *Il Diritto Fallimentare*, 1984, II, pág. 418, com anotação de R. MAGGIORE; CASANOVA, *Azienda*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 9. Aliás, a lei italiana nº 947, de 23/12/82 (art. 3º) prevê, de facto, essa possibilidade. Em sentido restritivo, na nossa jurisprudência, cfr., AcRC, de 5/12/91 (SOUSA LAMAS), in *Col. Jur.*, 1991, t. V, pág. 108 e segs.; AcRC, de 30/1/92 (ALMEIDA DEVESSA), processo nº 142/91, in *Data Juris*, cit. Cfr., porém, no sentido do texto, AcSTJ, de 20/3/79 (FERREIRA DA COSTA), in *Bol. Min. Just.*, nº 285, pág. 246 e segs.; AcRL, de 13/4/77 (LICURGO DOS SANTOS), in *Col. Jur.*, 1977, pág. 402.

de contribuir com bens ou serviços), o *elemento finalístico* (exercício em comum de uma actividade económica que não seja de mera *fruição*) e o *elemento teleológico* (repartição dos lucros resultantes dessa actividade). Nestes casos, o exercício em comum, pelos herdeiros, da gestão e exploração do estabelecimento do *de cuius* configurará, por via de regra, a hipótese prevista – e respectivo regjme – no nº 2 do art. 36º do Código dos Sociedades Comerciais.

Note-se, porém, que a simples circunstância de a gestão do estabelecimento comercial caber a todos os herdeiros não é índice decisivo para atribuir a estes uma específica intenção de se associarem (*afectio societatis*) para a exploração desse estabelecimento, com o fim de, periodicamente, repartirem os lucros resultantes dessa actividade como contrapartida da respectiva contribuição de bens e serviços. Desde logo, é preciso que a comunhão hereditária se modifique, isto é, que o estabelecimento, de que sejam comproprietários seja dela desafectado, deixando de pertencer à herança para passar a ser propriedade da sociedade, integrando o seu fundo comum (que não é, alias, propriedade dos sócios). Depois, é preciso provar, especificamente, a existência de *afectio societatis* (isto é, que foi posta e exercitada em comum uma actividade económica que não é de mera fruição ou administração). Além disso, é necessário provar que os herdeiros partilharam entre si resultados de tal actividade, ou seja que estes não ficaram pertencendo à comunhão hereditária para serem partilhados por todos na proporção da respectiva hereditária, independentemente da participação e contribuição de cada uma na exploração desse estabelecimento. A não ser assim tudo se passa como se existisse uma *simples administração de um património hereditário* e não uma *sociedade irregular* – por que constituída à margem dos preceitos legais – cujo objecto seja a transformação física ou económica de elementos patrimoniais postos em comum. Cfr., ainda FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. II, pág. 7.

f) O usufruto do estabelecimento<sup>(698)</sup>.

O estabelecimento comercial pode ser objecto de um *direito real de gozo* designado por usufruto (art. 1439º e segs. do código civil), isto é, pode ser gozado temporária e plenamente, sem que alterar a sua forma ou substância. Chama-se *usufrutuário* ao que goza, frui, usa e administra, enquanto titular de um *ius in re aliena*. É-lhe, porém, atribuído um *poder-dever* que se analisa numa dúplici perspectiva: possui a necessária liberdade operativa para gerir e explorar o estabelecimento, mas deve actuar à luz dos interesses do *nu-proprietário* (o titular do estabelecimento), em termos de conservar o complexo de factores produtivos, mantendo a sua utilidade e destino económico, por forma a que, findo o usufruto, possa restituir o *mesmo* estabelecimento, ainda que com um valor de *aviamento* superior, atenta as potencialidades de expansão que lhe eram inerentes.

<sup>(698)</sup> Cfr., DE MARTINI, *L'usufruto d'azienda*, Milano, 1950; idem, *Transferimento dell'azienda, successione nei rapporti d'impresa e contratto di locazione dei locali*, in *Rivista Commerciale*, 1954, II, pág. 149; MOSSA, *Impresa ed usufruto*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, II, pág. 49; PUGLIESE, *Usufruto, uso ed abitazione*, Torino, 1954; FERRARA, *L'usufruto d'azienda*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1934, I, pág. 470 e segs.; DEZZANI, P., *Affitto o usufruto d'azienda: proprietà oppure disponibilità dell'affituário o usufrutuário sui beni aziendali?*, in *Impresa* 1987, pág. 2487; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, org. por GALGANO, vol. III, Padova, 1979, pág. 224 e segs.; FERRARI, *Azienda*, in *Enciclopedia del Diritto*, pág. 736 e segs.; AULETTA, *Dell'azienda*, in *Commentário del Codice Civile*, org. por SCIALOJA e BRANCA, V (arts. 2555-2601), Bologna-Roma, 1956, pág. 79; FERRARI, *Le disposizioni generali...*, cit., pág. 58 e segs.; FORCHIELLI, in *Rivista di Diritto Civile*, 1980, I, pág. 515 e segs. (para a resenha jurisprudencial); FERRER CORREIRA, *Lições...*, cit., I, pág. 238 e segs.; ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura...*, cit., pág. 582, nota 254; RIPERT/ROBLOT, *Traité...*, cit., pág. 482; FRANGUAS MASSIP, R., *El usufruto de empresa*, in «Problemática Jurídica actual de la empresa», II, Colegio de Abogados, Valencia, 1965, pág. 85 e segs.; BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 111 (que, tal como GARRIGUES, vê este direito ser decomposto em vários usufrutos: sobre as coisas consumíveis, sobre os direitos, sobre o imóvel, sobre as mercadorias).

Note-se que os poderes de gozo do usufrutuário não dizem respeito aos singulares elementos (*res*) que formam o estabelecimento e sensibilizam aos olhos do público (v.g., máquinas, utensílios, instalações, mercadorias, ...) mas sim ao próprio bem imaterial que é o estabelecimento, enquanto ser distinto.

Assim, se o usufrutuário fizer *mau uso* (v.g., suspender ou cessar o exercício comercial, liquidar as existências, encerrando-o e impedindo que o proprietário o explore) do estabelecimento, pode o proprietário exigir a sua entrega, contanto que o abuso, à luz da *boa-fé*, se torne *consideravelmente prejudicial* para ele (art. 1482º, do código civil). E o critério estará, segundo cremos, na perda, injustificada, do *aviamento*, por factos imputáveis ao usufrutuário.

Os direitos atribuídos ao usufrutuário implicam que este não só possa *usar, fruir e administrar* o estabelecimento, como também lhe concedem o *poder de dispor* dos elementos que o integram, contanto que respeite os assinalados limites postos à *gestão*. Assim, reconhece-se que este poder de disposição existe não só no que concerne às existências, mas igualmente em relação ao *capital circulante*<sup>(699)</sup> e ao capital fixo (imóveis, instalações, maquinismos), contanto que estes actos de disposição não alterem a identidade e a funcionalidade do estabelecimento. De resto, ao usufrutuário é lícito reconhecer o poder de adquirir e implantar na organização *novos* elementos e valores; bens estes que se tornam propriedade do nu-proprietário e sobre os quais o usufrutuário desfruta, igualmente, do poder de os usar e deles dispôr no exercício comercial<sup>(700)</sup>.

<sup>(699)</sup> Este *capital circulante* não se torna, porém, propriedade do usufrutuário.

<sup>(700)</sup> TEDESCHI, *Le disposizioni generali...*, cit., pág. 58 e segs.; COLOMBO, *L'azienda...*, cit., pág. 231 e segs.; DE MARTINI, *L'usufruto...*, cit., pág. 249 e segs. Pode, todavia, admitir-se uma indemnização por benfeitorias nos termos gerais (art. 1450º, 1273º, 1274º, 1275º, do código civil).

Ocorrendo a extinção do usufruto (art. 1476º, do Código Civil), o estabelecimento encerra, por via de regra, elementos e valores distintos em face dos que originariamente continha. Por isso que é prudente estabelecer-se obrigação do usufrutuário relacionar os elementos que compõem o estabelecimento (art. 1468º/a, do referido código), fazendo-se o componente inventário; e bem assim a prestar caução, se fôr convencionada, para efeito de restituição de bens consumíveis que o integram e para reparação das deteriorações que venha a padecer por culpa sua, ou para pagamento de qualquer indemnização.

No mais, são aplicáveis, com as devidas adaptações as disposições do código civil relativas ao usufruto.

### B) Os Sinais distintivos

A actividade de uma empresa é uma actividade dirigida ao *mercado*. E a um mercado que, por via de regra, permite a coexistência de múltiplos empresários que produzem e distribuem bens e serviços idênticos ou similares. Cada comerciante ou industrial utiliza, em regra, um ou vários elementos de identificação, que, no particular, tanto o individualizam a *si* (pessoa humana, sociedade comercial, cooperativa, ...), como ao seu *estabelecimento*, como ainda aos específicos *produtos* ou *serviços*, que produz, comercializa ou presta; de todo em todo, um ou mais sinais distintivos que o individualizam – a *si* e à sua organização – e o distinguem de outros comerciantes ou industriais.

Os principais *sinais distintivos* que o empresário se serve são: a *firma*, o *nome e insígnia* do estabelecimento, o *logotipo* e a *marca*.

A *firma* identifica a pessoa do empresário; o *nome e a insígnia* o próprio estabelecimento ou, numa posição mais restritiva – o local onde se exerce o comércio ou a indústria; o *logotipo* identifica a entidade, a empresa (pública ou privada) que preste serviços ou ofereça produtos; a *marca* diferencia os produtos ou serviços fabricados, transaccionados ou prestados no estabelecimento.

Os *sinais distintivos* revestem-se de um específico protagonismo na economia de mercado: favorecem a *formação* e a *conservação* da clientela, na medida em que permitem que os outros operadores económicos intermédios e, particularmente, os *consumidores finais*, estejam habilitados a distinguir os vários agentes que operam no mercado económico. São uma espécie de *angariadores de clientela*.

Ao derredor dos sinais distintivos identificam-se vários e conflituantes interesses. Em primeiro lugar, o interesse de os empresários se dotarem de *sinais* com suficiente força distintiva e atractiva, precludindo a possibilidade de outros empresários (concorrentes) fazerem uso, nas suas empresas, de *sinais* iguais ou idênticos, aptos a *desviar* a clientela. Em segundo lugar, o interesse daqueles empresários poderem livremente transmitir ou ceder o gozo a terceiros dos sinais distintivos próprios, de modo a fruir pecuniariamente o autónomo valor económico e posição no mercado que estes já tenham adquirido, uma vez que são a *ponte* entre a *organização* do comerciante e a *clientela*. A esta tutela e liberdade de fruição, próprias de quem tenha adoptado *sinais distintivos*, contrapõe-se o interesse de todos aqueles que com ele entram em contacto (v.g., fornecedores, financiadores e, sobretudo, consumidores finais) em não serem induzidos em erro ou *confusão* sobre a identidade do empresário, da organização e da proveniência dos produtos

e serviços colocados no mercado. Sobre todo este feixe de interesses se perspectiva ou domina o *interesse geral* de que a concorrência – isto é, a competição entre as empresas pela conquista de mercados e clientelas – que é primacialmente desejada pelo Poder Público, se desenvolva e de forma leal e honesta.

No ordenamento português, estes sinais distintivos são, pela lei, disciplinados de uma forma tendencialmente autónoma que, por si, é indicador do diferente relevo económico destes sinais.

E, na verdade, não há dúvida, na hodierna economia do mercado que o papel central desempenhando pela marca, cuja disciplina se escolhe nas arts. 165º a 216º, do Novo Código da Propriedade Industrial<sup>(701)</sup>, foi relativamente alterado por força da Directiva nº 89/104/CEE, de 21/12/1988, sobre harmonização das legislações nacionais sobre marcas e, sobretudo, à luz do Regulamento nº 40/94, de 29/12/93, do Conselho, sobre a *marca comunitária*. A regulamentação sobre a *firma* contem-se no Decreto-lei nº 42/89, de 3 de Fevereiro e no art. 10º do Código das Sociedades Comerciais. O *nome e insígnia* do estabelecimento acham-se sediados nos arts. 228º a 245º do Novo Código da Propriedade Industrial. A disciplina dos logotipos plasma-se nos arts. 246º a 298º.

É, possível, ainda assim, surpreender *princípios comuns* a estes sinais distintivos, que são o reflexo ou consequência da sua homogênea função identificadora e da convergência dos interesses coenvolvidos, a saber:

- a) o empresário goza de uma ampla *liberdade* na formação dos sinais distintivos. Deve, todavia, respeitar determinadas regras que visam evitar

a *confusão* no mercado: a *verdade*, *novidade*, *eficácia distintiva* e *unidade*.

- b) o empresário tem direito ao *uso exclusivo* dos seus sinais distintivos. Trata-se, porém, de um direito *relativo* ou *instrumental* que não *absoluto*: o titular deles não pode impedir que outros adotem o(s) mesmo(s) sinal(ais) quando, pela diversidade da actividade comercial ou industrial, dos mercados que são servidos, não haja probabilidade de induzir, facilmente, o consumidor (médio) em erro ou confusão; e *subsidiariamente*, quando dessa utilização não decorra concorrência desleal (art. 260º, do Código da Propriedade Industrial).
- c) o empresário pode *transmitir* temporária ou definitivamente para outrem os sinais distintos. Só que esta faculdade não é incondicionada, pois que o ordenamento jurídico pretende evitar, por diversas formas, que a circulação dos *sinais* possa induzir em erro ou confundir o consumidor, maxime quando não acompanham (● ou se transmitem sem) a transferência do estabelecimento (como é o caso do nome do estabelecimento e da insígnia).

Daqui decorre, claramente, que estes sinais distintivos, ainda que protegidos no plano patrimonial, tornam controversa a questão de indagar se eles podem ser enquadrados na categoria dos *bens imateriais* e se, por conseguinte, se pode falar de um verdadeiro e próprio *direito de propriedade* sobre um bem imaterial. Cremos ser este, de

<sup>(701)</sup> Que entrou em vigor no dia 1/6/1995 (art. 9º do diploma que aprovou o novo código).

facto, o enquadramento certo<sup>(702)</sup>. Trata-se, pois, de uma propriedade que incide sobre bens incorpóreos (art. 1303º do código civil), *temporária (ad tempus, pro tempore)*<sup>(703)</sup>, tendencialmente funcionalizada [v.g., são, desde logo, muito limitados os poderes de *transformação* da coisa, objecto do direito de propriedade: art. 163º (modelos e desenhos industriais), 210º (marcas), 239º e 241º/1 (nome e insígnia), todos do Código da Propriedade Industrial]. Transcorrido o seu *tempo de vida legal*, que se iniciou com o registo, concessão ou depósito, os direitos exclusivos e absolutos

<sup>(702)</sup> Assim, também, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano, 1960, pág. 269 e segs.; SANTINI, *I diritto della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pág. 137 e segs.; ARE, *Beni immateriali*, in Enciclopedia del Diritto, V, pág. 244 e segs. e 267 e segs.; CHAVANNE/BURST, J-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 1993, nº 2; REINHARD, *Droit commercial...*, cit., pág. 317; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., pág. 225; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 254; CAMPO BASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 167; URIA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 109; GALGANO, *Sommario...*, cit., pág. 85; contra AULETTA/SALANITRO, *Direito comercial*, cit., pág. 52 (considerando que este qualificativo só se deve aplicar às obras de engenho e às invenções industriais); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Reais*, 4ª ed., 1987, pág. 47-48 (considerando que o direito sobre os bens industriais não é um direito real); FRANCESCHELI, *Sui marchi d'impresa*, 3ª ed., Milano, 1971, pág. 129 e segs.; VANZETTI, in *Rivista di diritto commerciale*, 1961, I, pág. 85 e segs. [negando que a marca subingresse na categoria dos bens imateriais, por que incompatível com a tese segundo a qual a função jurídica da marca seria uma função distintiva; *idem*, *Funzione e natura giuridica del marchio*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, pág. 64]; SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pág. 447 e segs.; COTTINO, G., *Diritto Commerciale*, cit., I, pág. 263 e segs.; MESSINETI, *Beni immateriali (diritto privato)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. V, 1988, pág. 3; GRECO, P., *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948, pág. 11 e segs.

Para afastar qualquer dúvida, tanto o art. 4º (que manda aplicar o regime da lei civil relativo à propriedade, no caso de se estar perante uma pluralidade de titulares sobre o mesmo direito de propriedade industrial), como o art. 257º (ao dispor que a propriedade industrial é objecto das garantias estabelecidas por lei para a propriedade em geral), ambos do Código da Propriedade Industrial, reforçam a ideia de que se está perante a propriedade (embora sujeita a normas especiais), ou seja perante o direito real de gozo que atribui ao seu titular a universalidade de poderes que à coisa imaterial se podem referir.

<sup>(703)</sup> V.g., art. 242º, do Código da Propriedade Industrial: 20 anos, indefinidamente renovável por iguais períodos (nome ou insígnia do estabelecimento); art. 205º, *idem*: 10 anos, sucessivamente renováveis, a solicitação do titular (marca), por iguais períodos; art. 94º, *ibidem*: 20 anos (patentes); art. 160º, *ibidem*: 25 anos (modelos e desenhos industriais).

(*erga omnes*) que dela decorrem *caducam* – salvo se e quando se puderem *renovar* ou *prorrogar*. Mas a caducidade também pode advir de outras causas, quais sejam a falta de pagamento de taxas<sup>(704)</sup>, o não uso por certo tempo<sup>(705)</sup>. Podem, igualmente, os direitos se extinguir por vontade do seu titular<sup>(706)</sup>, no caso de *renúncia* se fôr *anulado* o respectivo registo<sup>(707)</sup> ou pode ele ser *cancelado*<sup>(708)</sup> ou ainda ser declarada a perda do direito do respectivo uso<sup>(709)</sup>. Quedamo-nos, destarte, perante um outro tipo de propriedade que, não obstante, ser por vezes incompatível com o regime do nascimento<sup>(710)</sup>, vida e morte<sup>(711)</sup> do direito de propriedade sobre coisas corpóreas,

<sup>(704)</sup> Cfr., 36º/1, b do Novo Código da Propriedade Industrial, disciplina esta que é, hoje, comum a todos os direitos de propriedade industrial.

<sup>(705)</sup> V.g., art. 161º/4 (nome e insígnia), 124º/3 (marcas), ambos do mesmo diploma.

<sup>(706)</sup> Cfr., art. 37º, aplicável a todos os direitos de propriedade industrial.

<sup>(707)</sup> V.g., arts. 33º, 214º (marcas), 32º, 120º (patentes), 33º, 244º (nome e insígnia), 32º, 164º (modelos e desenhos industriais), 32º, 137º (modelos de utilidade), todos do mesmo código.

<sup>(708)</sup> Art. 80º/2 (firma), do DL nº 42/89.

<sup>(709)</sup> Art. 80º/1/2, do DL nº 42/89; art. 102º/1 (perda e patente), 134º (perda do modelo de utilidade), ambos do Novo Código da Propriedade Industrial.

<sup>(710)</sup> É, desde logo, inaceitável que a posse – por que admitida, como vimos, em relação a bens incorpóreos – possa conduzir à *usucapião*, tratando-se de *invenções e obras de engenho*, contra o autor delas. O mesmo se diga quanto aos sinais distintivos que se ligam à *personalidade* do seu titular: o pseudónimo, quanto tenha notoriedade e constitua o nome do estabelecimento (art. 142º/1, do cód. Prop. Ind. *ex vi*, do art. 74º, do código civil), o nome do comerciante individual incluído na sua *firma* (art. 9º, do DL nº 42/89). Sobre isto, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Introdução à Posse*, cit., pág. 107-108.

<sup>(711)</sup> Pese embora a extinção do direito de propriedade através da *expropriação por utilidade pública* só diga, por via de regra, respeito a *direitos sobre imóveis* – ou melhor, a direitos reais *inerentes* a imóveis – a lei, por vezes, extravassa os limites do objecto da expropriação. É o que já acontecia com o regime da Base VI da Lei nº 2125, de 20/3/1965, sobre a *expropriação da farmácia* (que configura a expropriação de um direito real sobre complexos de direitos, em que se analisa a propriedade do estabelecimento comercial) e o que, hoje, sucede com a *expropriação de patentes* (art. 102º/1, do Código da Propriedade Industrial) e de *modelos de utilidade* (art. 134º, do mesmo código).



móveis ou imóveis, se reveste de garantias da propriedade em geral (art. 1311º, do Código Civil e 257º, do Código da Propriedade Industrial) e três outras garantias específicas: criminal (arts. 260º a 268º, do mesmo código) contraordenacional (art. 269º a 272º, *ibidem*) e civil, da qual brota o eventual nascimento de *responsabilidade civil por factos ilícitos* (art. 483º, do Código Civil), *obrigações de não fazer* (proibindo o uso ilegítimo)<sup>(712)</sup> e medidas cautelares e repressivas.

## I – A Firma

A firma é o *nome comercial* do empresário: individualiza-o como sujeito de direito no exercício da sua actividade empresarial<sup>(713)</sup>.

<sup>(712)</sup> Dando azo, se fôr caso disso, à imposição de sanções pecuniárias compulsórias (art. 829º-A, do código civil). cfr., PUPO CORREIA, *ob. cit.*, ág. 225.

<sup>(713)</sup> Questão vivamente debatida é saber se a firma individualiza a pessoa do empresário (teoria subjectiva) ou o estabelecimento (teoria objectiva). Desta última resultaria a possibilidade de a firma ser composta livremente e ser transmitida com o estabelecimento, independentemente de acordo expresso, integrando o seu *âmbito natural* (cfr., POLLAUD-DULIAN, *L'utilisation du non patronymique comme non commerciale*, in *Juris Classeur Periodique*, 1992, I, 3618; REINHARD, *Droit commerciale...*, cit., pág. 336; VERCELLONE, *La ditta, l'insegna e il marchio*, in *Trattato*, org. por RESCIGNO, vol. 18, pág. 84 e segs.; DI CATALDO, *I segni distintivi*, pág. 185 e segs.). Para a primeira concepção, a firma é um sinal distintivo do comerciante, o nome que ele usa no exercício da sua actividade. Daí que ela deva ser formada a partir do seu nome civil, sendo, em princípio intransmissível, a não ser com a transmissão do estabelecimento (art. 15º, do DL nº 42/89); assim, também, em Espanha, na *Ley de Marcas* de 1988: art. 79º; e em Itália: art. 2565º, do *Codice*; cfr., URUA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 113; CAMPOBASSO, *ob. cit.*, pág. 171). É, pois, além disso, um bem imaterial que não pode circular livremente no comércio integrando o *âmbito máximo* do estabelecimento. E é esta a doutrina prevalecente em Portugal, Espanha e Itália (cfr., GRAZIANI, *Ditta*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, pág. 346 e segs.; AUTERI, *Ditta*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, pág. 1 e segs.; GALGANO, *Sommario...*, cit., pág. 86; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit., pág. 168; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 150), acolhida, entre nós, no art. 9º do DL nº 42/89; CASANOVA, *Impresa ed azienda*, cit., pág. 427 e segs.; MANGINI, V., *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Trattato do Diritto Commerciale e di Diritto Publico dell'Economia*, org. por F. GALGANO, Padova, 1982, pág. 352 e segs.

Por isso que a firma, quanto aos *comerciantes em nome individual*, deve ser composta pelo seu nome civil, completo ou abreviado, conquanto lhe possa ser aditada uma alcunha ou outra expressão que designe ou sugira a espécie de actividade económica exercida.

Quando se trata de sociedades, podem ser *firmas-nome*, incluindo apenas os nome de sócios (art. 10º/4, do Código das Sociedades Comerciais); *firmas-denominações*, podendo nelas ser utilizadas siglas, composições ou expressões de fantasia, mas sem que isso possa sugerir actividade diferente da que constitui o objecto social (art. 10º/2, *idem*); e *firmas mistas* que são compostas por nomes de sócios e siglas, expressões de fantasia, com indicação da actividade social.

Tratando-se de *sociedades anónimas*, a firma deve incluir a expressão *Sociedade Anónima* ou a sigla S.A., podendo assumir-se como *firma-nome*, *firma-denominação* ou *firma mista* (art. 275º, do Código das Sociedades Comerciais).

As *sociedades por quotas* podem adoptar um destes tipos de firmas, devendo, contudo, incluir a palavra *limitada* ou a sigla *Lda* (art. 200º, do Código das Sociedades Comerciais).

As *instituições de crédito* (v.g., Bancos, Caixas Económicas, Sociedades de Investimento, de *locação financeira*, de *factoring*, Caixas de Crédito Agrícola Mútuo) e as *Sociedades Financeiras* (v.g., sociedades de capital de risco, sociedades emitentes de cartões de crédito, sociedades administradoras de compras em grupo, sociedades gestoras de fundos de investimento) devem adoptar uma firma-denominação, podendo incluir expressões que, contanto que não induzam o público em erro, sugiram actividades próprias (v.g., *Banco*, *banqueiro*, *de depósitos*, *de crédito*, *locação financeira*). Cfr., art. 11º, do Decreto-lei nº 298/92, de 31 de Dezembro.

As Sociedades Mútuas de Seguros devem ter uma *firma-denominação*, incluindo sempre a expressão *Mútua*, a qual sugere, precisamente, a actividade que constitui o objecto social (arts. 20º e 21º, do Decreto-lei nº 189/84, de 5 de Junho).

Deve, porém, respeitar quatro específicos condicionamentos expressamente enunciados: limites estes representados

pelo respeito aos princípios da *verdade, novidade, unidade* e, também, segundo cremos, o da *capacidade distintiva*<sup>(714)</sup>.

O *princípio da verdade* significa que os elementos componentes das firmas e denominações devem ser verdadeiros, por forma a não induzir o público em erro sobre a identificação, natureza ou actividade do seu titular, tanto quanto à identidade do comerciante em nome individual, como pelo que respeita às sociedades quanto à identificação dos sócios, à caracterização jurídica da pessoa colectiva e ao objecto da sua actividade (ar. 1º/1, do DL nº 42/89).

Possui, todavia, este princípio um conteúdo assaz limitado e, sobretudo, diverso segundo se trate de *firma originária* ou de *firma derivada* ou *adquirida*.

A *firma originária* é aquela que é criada e formada pelo empresário que a utiliza no exercício da sua actividade. E essa deve conter, tratando-se, como se viu, do empresário pessoa humana, o seu nome completo ou, no mínimo, abreviado. Tal se afigura necessário e suficiente, satisfazendo o requisito da verdade<sup>(715)</sup>, ficando salva a responsabilidade

<sup>(714)</sup> Cfr., em geral, entre nós FERNANDO OLAVO, *Direito comercial*, cit., I, pág. 286 e segs.; PINTOFURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Coimbra, 1983, pág. 201 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 277 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito comercial*, cit., I, pág. 236 e segs.; E. FERREIRA ALMEIDA, *As denominações particulares das sociedades comerciais e a Repartição do comércio*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXIV, 1977, nº 4, pág. 269 e segs.; JANUÁRIO GOMES, *A protecção da actividade económica da empresa na composição da firma — considerações gerais*, in *Scientia Juridica*, XXX, 1981, nºs 172-174, pág. 365 e segs.; OLIVEIRA ASCENÇÃO, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIII, tomo 4, pág. 27 e segs.; parecer da Procuradoria-Geral da República, de 8/6/89, in *Diário da República*, II Série, de 5/9/89.

<sup>(715)</sup> A firma originária que não contenha o nome completo ou abreviado [apelido(s)], na medida em que, v.g., só integre uma *sigla* não pode valer, entre nós, como firma, atento o princípio da *tipicidade dos direitos reais* (art. 1306º, do código civil), contrariamente ao que parece ocorrer no ordenamento italiano, onde se entende que o empresário pode usar outros sinais distintos, para além dos enumerados na lei (*sinais distintos atípicos*), sendo-lhes aplicável por analogia os princípios e a tutela prevista para os *sinais típicos*, nomeadamente a protecção decorrente dos actos de concorrência desleal (cfr., DI CATALDO, *I segni distinti...*, pág. 8 e segs e 216 e segs; ALIBRANDI, in *Archivio Civile*, 1990, d' *Apello* de Roma, de 20/1/81, in *Giurisprudencia di*

de o empresário completar, como lhe aprouver, a firma (aditando-lhe alcunha ou uma qualquer expressão alusiva à actividade que exerça ou pretenda exercer). Além de que, se deve entender, apesar da questão não ser pacífica, que o empresário não é obrigado a modificar a sua firma sempre que ocorram alterações ao seu nome — nome próprio ou apelidos — por força, v.g., de divórcio, adopção, segundas núpcias, mudança de nome<sup>(716)</sup>.

A *firma derivada* ou *adquirida* é aquela que é formada por um empresário e, sucessivamente, transferida para outro empresário, juntamente com a transferência do estabelecimento, o que é permitido nos termos dos arts. 9º/2 e 15º, do Decreto-lei nº 42/89. Ou seja: a firma só se pode transmitir com a transmissão do estabelecimento, porém, não inclui o seu *âmbito natural*, outrossim o seu *âmbito máximo*, porquanto tem que haver acordo — por escrito, no mínimo — dos interessados. Doutro modo, ainda que haja acordo dos interessados, a firma não pode ser negociada autonomamente (art. 15º/4, do DL 42/89).

Aquele que utiliza, desta maneira, uma *firma derivada*, mais não faz do que o aditamento à sua própria firma a menção de haver sucedido na firma do anterior titular do

diritto industriale, 1980, pág. 214. Entre nós, veja-se, no entanto o art. 260º/9, do Código da Propriedade Industrial. Em Itália a questão tem-se colocado a propósito de *slogans* publicitários e firmas de fantasia. É claro que, entre nós, a tutela a dispensar a tais sinais esgota-se na tutela contra os riscos de confusão, no quadro da disciplina da concorrência desleal, dependente, pois, da verificação de pressupostos específicos. Isto só não será assim se o *slogan* publicitário puder ser registado como marca, nos termos do art. 165º/2, do Código da Propriedade Industrial.

<sup>(716)</sup> A questão põe-se, fundamentalmente, pelo que respeita à possibilidade de, nos casos de divórcio, o ex-cônjuge poder conservar os apelidos do outro, se este der o seu consentimento ou, independentemente disso, se o tribunal o autorizar nos termos do art. 1677º-B do Código Civil. Cfr. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986 (policopiado), pág. 401. E, talvez nos casos de anulação do casamento civil e declaração de nulidade do casamento católico, havendo boa-fé de ambos os cônjuges. Sobre isto, vide, ainda, MACIOCE, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984, pág. 37 e segs e 81 e segs; acordão da *Corte di Cassazione*, de 3/9/76, nº 3079, in *Il Diritto Fallimentare*, 1976, II, pág. 1686.

estabelecimento, usando a palavra *sucessor* (e, depois, a firma que tenha adquirido); ou, no caso de o adquirente ser uma sociedade, da palavra *sucessores*, seguida da sigla que define o tipo societário (*sucessores, S.A.; Sucessores, Lda*, etc). Na hipótese de aquisição *mortis causa* do estabelecimento – a título de herança ou de legado – o(s) adquirente(s) pode(m) aditar à sua própria a firma do anterior titular, com a menção de nela haver sucedido (art. 15º/3, do DL nº 42/89): *Sucessores ou herdeiros de*, seguido da firma que se tenha adquirido<sup>(17)</sup>. A verdade, nestas hipóteses, pode, tão só, reduzir-se a uma *verdade histórica*.

Ponto é, ainda, saber se nas sucessivas transmissões do estabelecimento é precisa a autorização dos anteriores titulares, incluindo o titular originário. Pareceria que sim, dado que a firma não inclui o *âmbito natural* de entrega do estabelecimento (art. 15º/1, do DL nº 42/89).

Será, no entanto, impraticável a hipótese de o adquirente aditar à sua própria firma a menção de haver sucedido na firma do anterior titular que, por seu turno tinha, v.g., sucedido na firma do seu titular originário. De todo o modo, o titular originário dela, sendo um terceiro em face do negócio translativo do estabelecimento, não terá que autorizar, por escrito, a eventual manutenção da sua firma (Cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni, immateriali...*, cit., pág. 412; SANTINI, G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pág. 156). Pode, no entanto, colocar-se a questão de este primitivo titular poder, ainda assim, opor-se à utilização do seu nome, ainda que abreviado, por um ulterior adquirente do estabelecimento, contanto que se aceite a tutela do direito ao nome, enquanto direito de personalidade, no domínio da propriedade industrial (Cfr., FRIGNANI, A., *Factoring, leasing, franchising...*, cit., pág. 466 e segs, esp. pág. 475; ZENO-ZENCOVICH, *Onere e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, pág. 119

<sup>(17)</sup> A não ser que o *de cuius* tenha disposto, por testamento, em sentido diverso. Cfr., acórdão da Corte di Cassazione nº 561, de 1981.

e segs; LEHMANN, *Die wettbewerbswidrige Ausnutzung und Breintraechtigung des guten Rufes bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 1986, pág. 8 e segs.].

Coisa diversa consiste em saber qual o âmbito de eficácia do negócio jurídico (bilateral ou unilateral) pelo qual uma pessoa humana autoriza (ou convencionada) um empresário a incluir o nome (anagráfico) ou o apelido dela num qualquer sinal distintivo que pretenda registar. Pergunta-se, ao cabo e ao resto, se, designadamente, no *merchandising* de marcas, firmas ou insígnias, o titular do nome ou do apelido pode denunciar *ad nutum* ou resolver o acordo negocial concluído com o interessado em incluí-lo nos seus sinais ou, por outro lado, *revogar* a eventual declaração unilateral autorizativa. A resposta deve ser *diferenciada* (a favor, no entanto, da tese que confirma uma geral faculdade de revogação unilateral e denúncia *ad nutum* destes negócios e/ou actos jurídicos, cfr., SANTINI, *ob. cit.*, pág. 158-159; CASANOVA, M., *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pág. 340; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1990, pág. 158 e segs.; SANTINI, G., *Società a responsabilità limitata*, in *Commentário del Codice Civile*, org. por SCIALOJA/BIANCA, 5, *Del lavoro* (art. 2472-2497-bis), Bologna-Roma, 1984, pág. 29). A questão releva, pois, da *utilização secundária* do nome ou apelido – maxime quando este tenha adquirido *notoriedade* por facto devido ao seu titular, no domínio da actividade artística, desportiva, cultural, audiovisual, etc. – para além das fronteiras da tradicional tutela civilista que sobre eles incide, seja ou não devida a um escopo de frutificação económica. Importa, *hic et nunc*, adequar e coordenar, adentro do *espírito do sistema*, as regras gerais relativas ao nome, que se abrigam no Código Civil (arts. 72º, 73º) e as disposições *especiais* do direito dos sinais distintivos que permitem a inclusão, nesses sinais, de nomes individuais, que não respeitam ao requerente do registo do sinal, contanto que haja autorização dos titulares deles ou dos herdeiros. Em primeiro lugar, deve rejeitar-se a admissibilidade de actos dispositivos dos direitos de personalidade – onde se inclui o *direito à identidade pessoal* – de carácter *geral, perpétuo* ou *definitivo*. Todavia, a referida compatibilidade pode fazer-se no sentido em que o negócio jurídico (unilateral ou bilateral) que habilita à *utilização*

*secundária* do nome não quadra directamente com os interesses não patrimoniais, por cujo respeito aquela tutela consagrada no direito civil (arts. 72º e 73º, do Código Civil e constitucional (art. 26º/1, da Constituição) foi erigida. Por isso que a *autorização* em causa não provoca a transferência, ainda que parcial, das faculdades e poderes ínsitas no *direito ao nome civil*. Direito este que é imprescritível e indisponível no quadro do *estado civil*. Assim, a *utilização secundária* do nome, em sede de sinais distintivos, não se subsume a uma qualquer *factis specie* translativa, nem tão pouco altera o estado civil, vale dizer, é perfeitamente anódina ao modo-de-ser para com os outros – maxime em face da relações jurídicas familiares – a que a lei (civil) atribui específicos direitos e deveres. Em segundo lugar, a função do consentimento do titular do nome é tornar *a priori lícita* uma conduta de um terceiro que, não fora a declaração autorizativa, provocaria a violação de direitos de personalidade daquele outro. Daí que o negócio [bilateral/unilateral] que enforma o dito consentimento atribui tão só ao terceiro o direito de fazer uma coisa que é por lei absolutamente proibida, no sentido em que o consentimento remove essa proibição. Não se trata, pois, de um negócio (que inclui ou tem por objecto o consentimento) pelo qual o titular do nome permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência pré-existente. Sendo assim, o dito consentimento não atribui, necessariamente, ao beneficiário do consentimento uma posição de exclusivismo, oponível a terceiros, pois que ao titular do nome não fica, de resto, vedada a possibilidade de autorizar, sucessivamente, a inclusão do seu nome noutros sinais distintivos de outros empresários. O problema coloca-se noutro plano: justamente em sede dos direitos privativos sobre os sinais distintivos. Com efeito, o sujeito *autorizado* a incluir, v.g., na sua marca ou firma um nome de outrem, desfruta de um direito próprio, adquirido originariamente (e não derivadamente), ou seja é titular do direito de propriedade sobre o sinal distintivo formado desta maneira; e, conseqüentemente, é titular activo de um *direito exclusivo*, oponível a terceiros em certo *círculo de proibição* (não é, note-se, oponível *erga omnes*), não por causa do negócio autorizativo, mas sim devido ao normal funcionamento dos mecanismos de protecção do(s) direito(s) de propriedade sobre o(s) sinal(ais) distintivo(s).

Por conseguinte, se se tratar de um *negócio jurídico bilateral*, o problema atrás pode merecer expressa consagração das partes no sentido da livre denúncia do pactuado ou da sua caducidade, impondo-se, pois, um novo acordo na hipótese de o sinal ser transmitido. No silêncio das partes, pode dizer-se que, por via de regra, a eficácia do negócio – e, por isso, a operatividade da *autorização* que nela vai incluída – há-de conter-se nos limites temporais e teleológicos e segundo as formas e modalidades que presidem ao acto autorizativo. Concretamente, parece legítimo defender que a denúncia *ad nutum* do negócio por parte do titular do nome frustra, em regra, o escopo por cujo respeito é usado e/ou registado um sinal distintivo que inclua o nome de terceiro: o sinal distintivo – qualquer sinal distintivo – destina-se a ser utilizado com tendencial estabilidade. Tão pouco um justo equilíbrio dos interesses poderia, neste particular, ser atingido se a licitude da inclusão do nome de um sujeito no sinal distintivo, usado e/ou registado por outro, ficasse dependente do exercício de um poder discricionário do titular do nome. Mais não seja devido aos vultuosos investimentos e recursos a disponibilizar por aquele que intenta identificar-se – a si e à sua organização – ou identificar os seus produtos ou serviços no mercado económico. Por outro lado, as *normas especiais* sobre sinais distintivos [art. 1º/3, do DL nº 42/89, de 3-2: renovação do consentimento do associado, sócio ou herdeiros do que falecer, para efeitos de o nome daquele que figura na firma ou denominação social, poder continuar a ser incluído na firma ou denominação de pessoa colectiva; inclusão no nome ou insígnia do estabelecimento de nome individual que não pertença ao dono dele; anulação do registo do nome ou insígnia do estabelecimento se o registo tiver sido efectuado com *ofensa de direitos de terceiro*; anulação do registo de marca em desrespeito do Novo Código da Propriedade Industrial, que exige a autorização do titular do nome individual para que o requerente do registo da marca o possa incluir na composição do sinal] parecem pressupor uma tendencial estabilidade daquela autorização. O que não quer significar que as coisas sejam sempre assim – mesmo no silêncio das partes. É que pode acontecer que o negócio, em cujo conteúdo prestacional se situa a referida autorização para se incluir um nome individual num sinal distintivo, não se reveja numa isolada ou episódica relação contratual, mas se insira instrumentalmente num mais

amplo e complexo *tecido contratual*, tendo em vista o aproveitamento económico – publicitário e comercial – de um valor ou força atractiva criado por uma pessoa, cuja notoriedade atribui ao respectivo nome um papel de relevo. Nesta específica hipótese, a interpretação da vontade normativa das partes leva-nos, invariavelmente, à conclusão que elas, na ausência de expressa convenção, terão tido o propósito de condicionar a eficácia da declaração autorizativa à completa realização daquele escopo contratual mais vasto. Porém, isto não exclui – antes pelo contrário – que se configure uma *justa causa* de resolução do negócio, sempre que não deva ser razoavelmente exigível ao titular do nome, devido a circunstâncias objectivas (v.g., venda judicial do(s) estabelecimento(s) do empresário *autorizado*, processo de recuperação de empresa, cessação das relações contratuais paralelas, que visavam o aproveitamento económico do nome individual) ou subjectivas (v.g., transmissão da marca ou licença de uso feito pelo autorizado a favor de terceiros relativamente a produtos ou serviços cujo nível qualitativo se deteriore ou se aplique em áreas *ultramerceológicas* diversas, lesando os interesses morais e materiais do titular do nome) a continuação da relação contratual, traduzida no desfrute económico do seu nome, na sua utilização secundária. Ou seja: é de aceitar a resolução do acordo se e quando o sacrifício do titular do nome seja *desproporcionado*.

Estas considerações não devem ser mecanicamente transpostas para os casos em que a autorização de utilização do nome individual, para efeitos de composição de sinais distintivos de outrem, tem por fonte um negócio jurídico unilateral, em que intervém o titular do nome. Mas, também, não deve, pelo contrário entender-se que se está perante um acto que remove a ilicitude do uso do nome individual por parte de um terceiro, revogável *ad nutum*. Sendo certo que, entre nós, a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos especialmente previstos na lei (art. 457º do Código Civil: princípio do contrato) é nesses casos – e só neles (promessa pública, testamento, para além daqueles outros negócios dependentes de outros, efectuados no exercício de direitos potestativos: renúncia a certos direitos – arts. 940º/2, 1659º/5, 1476º, 731º, 663º, 302º, todos do Código Civil; confirmação de negócios anuláveis – art. 288º, *idem*; declarações revogatórias – art. 1170º, 448º, 453º, *ibidem*; de resolução de

denúncia; a aceitação ou refúdio de herança, etc.) – que se se considerará que deva existir uma tendencial estabilidade na referida autorização. Até porque, conquanto haja *justa causa* de revogação (do negócio unilateral) ou de resolução (do negócio bilateral em que se contem a *autorização* da inclusão do nome individual em qualquer um dos sinais distintivos), o titular do nome nunca se poderá opôr, jurídica e eficazmente, à circulação do sinal assim formado, pois que a tutela do nome *civil* opera em plano distinto do das regras sobre a protecção e circulação dos sinais distintivos do comércio. Ora, mesmo que a eficácia daquela autorização deva cessar, por acto de vontade – expressamente previsto no acordo negocial ou resulte da hermenêutica interpretativa atrás exposta – do titular do nome, essa cessão da eficácia só é atinente à licitude da continuação do uso do sinal (que contêm o nome de outrem que não do seu titular), mas já não toca o plano da validade dos direitos reais (imateriais) sobre o sinal assim formado. Ou seja, a revogação, resolução ou denúncia do negócio autorizativo não é causa de anulação ou de *imediate* caducidade do registo (v.g., arts. 36º e 216º do Novo Código da Propriedade Industrial, para a marca). Por isso que a cessação da eficácia daquela *autorização* só se analisa no estrito plano (interno) das relações entre o titular do nome e o titular da marca que incorpora o nome, não influenciando, deste jeito, *directamente* o normal desenvolvimento da função distintiva do sinal assim criado no mercado. Pode é suceder que o titular do nome, desencadeando uma acção relativa à defesa dele – no seguimento daquela revogação, denúncia ou resolução – dado o uso ilícito do nome, pelo titular do sinal (arts. 72º/1, 73º, do Código Civil), impeça, se obtiver ganho de causa, nesta *acção inibitória*, o uso do *seu* nome nos sinais distintivos daqueloutro. Ora, esta eventualidade projecta-se no plano dos direitos privativos da propriedade industrial, determinando, *pro tempore*, o funcionamento das causas de *caducidade* do registo dos sinais, decorrentes do não uso deles – e não uso justamente porque o titular do sinal foi impedido judicialmente de continuar a incluir nele o nome de outrem [cfr., art. 216º/1, a, do Novo Código da Propriedade Industrial: não uso da marca durante cinco anos consecutivos; art. 25º/3 do DL nº 42/89: a validade do certificado de admissibilidade de firma ou denominação fica dependente da prova de legitimidade do requerente para usar o nome de pessoa singular,

o que também se exige na renovação do dito certificado, que caduca decorridos 180 dias sobre a data da emissão (art. 26º/2, *idem*); art. 80º/1, *c. ibidem*: a perda do direito ao uso de firma ou denominação depende da circunstância de o titular não exercer actividade há mais de cinco anos]. Conclui-se, desta maneira que, apesar de a tutela civil do nome poder, episodicamente, *interferir* na tutela própria e privativa dos sinais distintivos, esta ingerência (e as descontinuidades que acarreta) não é – nem deve ser – susceptível de distorcer sistematicamente a articulação, neste particular, das disciplinas civilista e jus-comercial. Vale isto, afinal, por concluir que a ilicitude (civilista) da utilização, nos sinais distintivos, do nome individual de uma pessoa humana [não se aborda, intencionalmente, a questão da tutela do *nome* das pessoas colectivas, se e quando incluído autorizadamente ou não, nos sinais distintivos de outrem. Ainda que se defenda a titularidade, por parte das pessoas colectivas, do direito fundamental ao *nome*, numa fórmula do direito à *identidade pessoal* e o recurso à disciplina do art. 73º do Código Civil e 1413º do Código da Propriedade Industrial, deverá invariavelmente, ter-se presente o tipo de entes colectivos em causa, maxime à luz do seu escopo e da diferença – seja nas faculdades negativas (v.g., autorização do uso da denominação social em sinais distintivos de outrem) – estrutural que as separa das pessoas humanas. Cfr., em geral, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 570 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pág. 94-95; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, 1988, pág. 224 (restringindo este  $\Delta$ . a titularidade dos direitos fundamentais às pessoas humanas); em particular, RABITTI BEDOGNI, *Nome Sociale e disciplina della concorrenza*, Milano, 1984, pág. 35 (negando a aplicação analógica do art. 7º do *Codice* – de formulação semelhante à do art. 72º do Código Civil); DE CUPIS, *I Diritti della personalità*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, org. por CICU/MESSINEO, Milano, 1961, pág. 45 e segs. (duvidando da aplicação analógica do art. 7º, do *Codice* a grupos não personificados, mas em sentido afirmativo em face das pessoas colectivas); RICOLFI, M., *Il contratto merchandising nel diritto dei segni distintive*, Milano, 1991, pág. 338 e segs. (onde se converge na aplicação analógica, conquanto diferen-

ciada, do citado art. 7º] não opera no plano de validade e eficácia decorrente das normas privativas e especiais dos sinais distintivos, a não ser através do expediente da *caducidade* deles: porém, sempre, segundo as modalidades e os requisitos próprios destas leis.

Problemática se apresenta, ainda, a questão de saber se, conferida autorização para incluir o nome individual (ou um qualquer sinal distintivo) em sinais distintos de outrem, é lícito, ao autorizante ou aos herdeiros dele, utilizar ou incluir (maxime no mesmo sector merceológico) o dito nome em sinais distintivos próprios. A despeito de a solução poder ser encontrada na específica disciplina privativa dos sinais, à luz da tutela da não confundibilidade do consumidor ou, integrativa e subsidiariamente, decorrer da geral tutela da *leal concorrência*, é mais seguro clausular expressamente a renúncia a esta faculdade ou, pelo contrário, reservar o seu exercício.

Mais consistente se apresenta o *princípio da novidade*. Segundo ele, a firma não deve ser igual ou similar à já registada e usada por outrem e, por tal, deve ser insusceptível de confusão – mormente à luz do objecto da actividade económica<sup>(718)</sup> – com os registos que se

<sup>(718)</sup> Cfr., AcRL, de 10/11/87 (CALIXTO PIRES), in Bol. Min. Just., nº 371, pág. 537 [Discutiu-se a confundibilidade das firmas *Expo-feira* e *Expofair*]; AcSTJ de 18/6/85 (SOLANO VIEIRA), processo nº 72634, in *Ticket Restaurante de Portugal e Joviticket*; AcSTJ, de 19/6/84 (SILVA CURA), in Bol. Min. Just., nº 338; ou, até, quando o objecto social é diverso: AcRC, de 9/2/88 (BEÇA PEREIRA), in Bol. Min. Just., nº 374, pág. 528 com voto de vencido do Desembargador SILVA MONTENEGRO [Sopodril - Sociedade de Produtos para Automóveis, Lda e Spredil - Sociedade Predial, Lda]; AcSTJ, de 24/2/94 (CUNHA LOPES), processo nº 84720, in Data Juris, cit. [SOVIDEO - Sociedade de Equipamentos de Video e Som, Lda e SÓVIDEO - Fábrica de Máquinas de Diversão - Júlio da Rocha Brito, Lda]. Todavia o art. 2, nº2 do DL nº 42/89 só parece situar o problema da confundibilidade em relação a comerciantes que exerçam actividades do mesmo ramo ou ramos similares. Porém, a letra da lei, não é decisiva, pois se o que se visa é a não confundibilidade, deve entender-se que, a despeito de as actividades exercidas serem diversas, pode gerar-se sempre confundibilidade, em relação aos fornecedores e, até, aos consumidores; afinal aqueles que também devem ser protegido do risco de confusão. Doutra modo, ainda que não haja *confusão* e, por isso, desvio de clientela, poderá o utilizador de firma semelhante, mas que exerce actividade diversa, beneficiar, conquanto lateralmente, da reputação, publicidade crédito ou imagem já reconhecidos ao titular de firma idêntica, registada

situem no mesmo âmbito de exclusividade (art. 2º/1, do DL nº 42/89).

Justamente no nº 2 deste artigo se dispõe que no juízo sobre a distinção e a insusceptibilidade de confusão devem ser considerados o tipo de pessoa, o seu domicílio ou sede e, bem assim a afinidade ou proximidade das actividades exercidas ou a exercer e o âmbito territorial destas. Acresce que deve, igualmente, ser feito o confronto entre a literalidade das firmas ou denominações, em termos de se apreciar a existência de eventual semelhança gráfica e fonética, susceptível de induzir facilmente os consumidores finais e/ou intermédios em erro ou confusão.

Cfr., recentemente, a este propósito o AcSTJ, de 6/10/94, processo nº 85416, in *Data Juris*, cit. (considerou que a denominação *Associação Portuguesa de Hotéis - APH* é confundível com o denominação *Associação de Hotéis de Portugal*, sendo certo que ambas as Associações têm como fins genéricos a promoção dos interesses das empresas do sector – hoteleiro – que representam, são sediadas na mesma cidade e desfrutam de igual âmbito territorial).

Alteração de algum modo significativa, em sede do *princípio da novidade* da firma, ocorreu com a entrada em

anteriormente. Cfr. FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 281; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 157; contra CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 170; Acórdão da *Cassazione* 66/1882; ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., pág. 87; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza...*, pág. 400; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 53; acórdão do *Tribunal de Grande Instance* de Nanterre, de 17/1/87, in *Propriété industrielle - Bulletin documentaire*, 1987, III, pág. 303. Acresce que, como a firma identifica o comerciante (ao passo que a marca identifica os produtos ou os serviços), a proximidade das actividades exercidas ou a exercer não se afigura um requisito determinante no juízo de confundibilidade [cfr., neste sentido, AcRL, de 22/9/94 (RUA DIAS), processo nº 8533, inédito, in *Data Juris*, cit., considerando que a denominação *Construções Técnicas Licor - S.A.* era confundível com a denominação *Licor - Sociedade Comercial Automobilística, S.A.*, conquanto o objecto social das sociedades seja diverso]. Vide, ainda, AcRC, de 6/12/94, processo nº 1450/93, inédito, in *Data Juris*, cit. (anulou o registo da firma *Famobeira - Fábrica de Mobiliário da Beira, Lda.*, considerando-a confundível com a marca anterior registada *Famo*, usada por outra sociedade para assinalar móveis).

vigor do Novo Código da Propriedade Industrial. Com efeito, o nº 3 do art. 5º deste diploma (no âmbito da *Parte Geral* da Propriedade Industrial) preceitua que *os registos de marca, denominações de origem, nomes e insígnias de estabelecimento, constituem fundamento de recusa ou de anulação de denominações sociais ou firmas com eles confundíveis e cujos pedidos de constituição sejam posteriores aos respectivos pedidos de registo.*

Não se trata, a este respeito, de saber se a firma a proteger é lesada por inclusão de algum seu elemento na marca, nome ou insígnia (e logotipo) de estabelecimento, usada por outrem. Visa-se, sim, indagar se uma marca, um nome ou insígnia (ou logotipo), já registadas, sofrem lesões pela inclusão de algum ou de todos os seus elementos na constituição de uma firma. A inclusão na firma ou denominação social de nome ou insígnia de estabelecimento ou marca, anteriormente registadas por outrem, revela uma situação de interpenetração da garantia do exclusivismo de sinais distintivos de jaez e características diferentes. Garantia de exclusivismo esta que se projecta na esfera própria de outro sinal distintivo de índole diversa, a ponto de fazer decair a *novidade* deste(s) último(s)<sup>(719)</sup>. Ou seja: a firma ou denominação carece de novidade se e na medida em que ofenda direitos privativos de propriedade industrial anteriormente constituídos através do registo. Daqui decorre que o preceituado no referido nº 3 do art. 5º do Novo Código da Propriedade Industrial mais não constitui do que uma concretização do estabelecido na alínea a) do art. 260º do Novo Código da Propriedade Industrial (aí onde se reputa

<sup>(719)</sup> Assim, PINTO COELHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 95º, pág. 99. Cfr., sobre isto, AcSTJ, de 7/10/86 (MAGALHÃES BAIÃO), in *Bol. Min. Just.*, nº 360, pág. 625; AcRP, de 4/10/83 (FERNANDES FUGAS), in *Col. Jur.*, 1983, tomo 4, pág. 240; AcRC, de 25/10/94 (QUINTA GOMES), processo nº 901/91, inédito, in *Data Juris*, cit.

como acto de concorrência desleal o que for susceptível de criar confusão com o estabelecimento, os produtos, os serviços ou o crédito dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue). Ponto é saber quando é que a firma ou denominação, cuja admissão se pretende seja concedida pelo Registo Nacional das Pessoas Colectivas, é confundível com marcas, denominações de origem, nome e insígnias de estabelecimentos. Nem sempre o será, obviamente. Assim, o teste da confundibilidade passará, fundamentalmente, pela identidade ou afinidade manifesta entre, por um lado, o objecto social do requerente da firma ou denominação e, por outro, o tipo de produtos ou serviços comercializados pelo titular da marca, do nome ou insígnia de estabelecimento (ou pelos titulares da denominação de origem) anteriormente registados. Assim como se atenderá à semelhança gráfica, figurativa ou fonética, que induza facilmente as pessoas, que entabulam relações jurídico mercantis com esse empresário, em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação da firma ou denominação com marcas, nome e insígnias e denominações de origem, anteriormente registadas, de forma que aquelas pessoas não possam distinguir a firma ou denominação de qualquer um daqueles sinais senão depois de exame atento ou confronto. Cfr., supra, a nota anterior, para aquelas hipóteses em que a firma ou denominação se apropria, sem justo motivo, do crédito, da fama, da publicidade ou da reputação adquirida por outros sinais atinentes a actividades merceológicas não concorrenciais, isto é, não idênticas e não afins.

Ao que acresce a circunstância de os titulares de marcas, nomes ou insígnias ou denominações de origem, que se sintam lesadas, não carecem, deste modo, de alegar e provar factos traduzíveis em actos de concorrência desleal, para o efeito de requererem a anulação daquela firma ou denominação.

Devem os seus dizeres ser redigidos correctamente, em língua portuguesa (nº 1 do art. 3º, idem).

As firmas das sociedades comerciais (e das sociedades civis sob forma comercial) devem ser compostas nos termos do art. 10º do Código das Sociedades Comerciais e da demais legislação específica, sem prejuízo da aplicação das disposições do DL nº 42/89, de 3-2, que não sejam incompatíveis.

Igualmente o código das sociedades comerciais impõe que os dizeres das firmas sejam redigidos, correctamente, em língua portuguesa (art. 10º/1). E mais concretiza que os seus elementos característicos, constituídos por designações de fantasia, siglas ou outras composições, devem ter feição portuguesa e não podem sugerir actividade diferente da que constitui o objecto social (nº 3). Além disso, quando a firma for constituída exclusivamente por nomes ou firmas de todos, algum ou alguns sócios, deve ser completamente distinta das que já se acharem registadas (art. 101º/4, idem); e que, quando for constituída por denominação particular ou por denominação e nome ou firma de sócio não pode ser idêntica à firma registada de outra sociedade, ou por tal forma semelhante que possa induzir em erro e deve dar a conhecer, tanto quanto possível, o objecto da sociedade.

Quem adopta uma firma, em primeiro lugar, tem o direito ao uso exclusivo dela e este só ocorre após o registo definitivo dela pelo respectivo titular na conservatória do Registo Comercial competente e no âmbito da competência territorial desta (art. 9º/4, do 42/89, já que o certificado de admissibilidade de firma constitui uma mera presunção de exclusividade (art. 6º/2, do DL 42/89)<sup>(720)</sup>. Vale dizer que o

<sup>(720)</sup> Pode ser admitida a reserva da firma — a requerimento do interessado — por 48 horas, o que constituirá mera presunção de não confundibilidade com firmas e denominações anteriormente registadas: art. 3º do DL nº 410/90, de 31/12.



direito de exclusivo não se adquire pelo simples *facto* do uso da firma, conquanto o titular de *firma não registada*, se não for o seu primitivo titular, poderá incorrer em concorrência desleal (art. 212º/1, do Código da Propriedade Industrial). Se for uma sociedade comercial ou civil sob forma comercial tem direito ao uso exclusivo da firma em todo o território nacional (art. 8º/2, do DL nº 42/89). Mas, igualmente, os comerciantes individuais podem usufruir do direito de uso exclusivo extensível, em termos territoriais, a todo o país, acaso exerçam a sua actividade para além da circunscrição onde prepondera a conservatória do *Registo Comercial* onde efectuaram o registo definitivo. Ponto é que o requeiram e lhes seja deferido esse pedido (art. 9º/5, do DL nº 42/89).

Deste jeito, quem, posteriormente adopte ou requeira o uso de uma firma igual ou similar a outra já registada, pode ser proibido de usá-la (*acção inibitória*), ser-lhe recusado o registo ou ser compelido a alterá-la ou modificá-la por forma a que se diferencie daquela outra<sup>(721)</sup>.

Além disso, pode pedir uma indemnização por *perdas e danos*, se os alegar e provar (art. 483º, 496º, 562º, 563º e 564º; todos do Código Civil) e desencadear procedimento criminal contra o infractor (art. 260º/1, do Código da Propriedade Industrial).

<sup>(721)</sup> É o que pode ocorrer em caso de *homonímia*, isto se um comerciante com nome idêntico à firma já registada de outro comerciante quiser, por sua banda, adoptar como firma o seu nome completo. Nestas hipóteses deverão fazer os competentes aditamentos para que se estabeleça a diferenciação exigida por lei. Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pág. 780, nota 1; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 248, 256-257. Controverso é saber se se pode operar a supressão, e em que medida, dos *apelidos* ou do *nome próprio*. No sentido de não se poder suprimir, totalmente, o apelido, cfr., Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 4/12/85, nº 6059, in *Giurisprudenza di diritto industriale*, 1985, pág. 118; *idem*, de 9/10/78, nº 4481, in *Foro italiano*, 1979, I, pág. 73; em sentido afirmativo, *idem*, de 22/6/78, nº 3084, in *Giurisprudenza italiana*, 1978, I, 1, pág. 2290; Tribunal de Firenze de 14/6/88, in *Giurisprudenza de diritto industriale*, 1988, pág. 694 (caso *Gucci*); cfr., ainda CARTELLA, in *Rivista di diritto industriale*, 1977, II, pág. 358 e segs.

O *direito ao uso exclusivo* da firma e a correspondente obrigação de não confundibilidade subsiste, tendencialmente, entre empresários que concorram no mercado, entre si, atenta a idêntica actividade exercida. Porém, deve dizer-se (vide supra nota 718) que o uso de uma firma pode confundir-se com outra ou induzir o público e os fornecedores em erro, ainda que os empresários produzam produtos e/ou serviços destinados a satisfazer necessidades diversas dos consumidores ou interesses de oferta diferentes por parte dos fornecedores. De facto, a *finalidade ou proximidade das actividades exercidas* é, tão só, um índice de confundibilidade o *mais forte* ao lado de outros (como o *tipo de pessoa* do empresário, o seu domicílio ou sede), conforme decorre do nº 2 do art. 2º do DL nº 42/89, de 3-2. Assim, poderá bastar, atenta a semelhança gráfica ou fonética, a circunstância de os empresários situarem no mesmo âmbito territorial<sup>(722)</sup>, independentemente de exercerem o mesmo ramo de actividade económica. De igual modo, o âmbito territorial poderá ser diverso e, não obstante, haver susceptibilidade de confusão (porque, v.g., se trate de firmas de sociedades comerciais que se propõem proporcionar divertimento às pessoas).

O *direito ao uso exclusivo* é, pois, um direito relativo. Deve, por consequência, concluir-se pela existência de confundibilidade mediante uma análise que não atenda somente ao objecto das actividades exercidas. Aliás, é mister que se valore esta confundibilidade tendo em conta, decerto, a intenção, suficientemente intuível pelo julgador, de a empresa se poder expandir em actividades complementares, similares ou afins. Além de que, o critério do lugar do exercício das actividades económicas deve ser

<sup>(722)</sup> Assim, também, CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., pág. 14.

perspectivado à luz da real ou virtual possibilidade de expansão territorial, atenta a dimensão e a organização da empresa<sup>(723)</sup>.

Destinando-se o *princípio da novidade* a assegurar a função identificadora das firmas, protegendo o titular dela e bem assim todos os terceiros que possam vir a ter relações negociais com a empresa, não pretende significar-se que não hajam – ou não devam, por vezes, haver, dada a dificuldade de constituir firmas completamente novas – elementos comuns entre as firmas. Daí que, no juízo de confundibilidade deve dar-se primacial relevo ao núcleo caracterizante ou predominante da firmas – o seu *núcleo duro*, o coração da firma – que não às indicações marginais ou a denominações genéricas que, igualmente, a compoñham (v.g., bar, restaurante, radio-taxi, alta moda,...). E deve, nestes termos, se ajuizar com referência à diligência normal do *cidadão médio*, por forma a concluir-se, ou não, se uma pessoa que tinha em mente o nome de uma firma e pretendia dirigir-se à empresa que a usa, poderá ser induzida em erro pela semelhança do nome e dirigir-se, por causa disso, a outra empresa.

Pouco importa, de resto, as *adjunções* que o comerciante pretenda fazer à sua firma para a distinguir de outra já registada. Ponto é que ela, ainda assim, seja confundível

<sup>(723)</sup> Cfr., Tribunal de Roma, de 12/10/78, in *Giurisprudenza di diritto industriale*, 1978, pág. 596 (que tomou em conta a circunstância, como *índice de confundibilidade*, de uma empresa produzir e distribuir géneros alimentícios congelados e uma outra de venda a retalho de carne congelada); cfr., ainda, acórdão da *corte di cassazione*, de 16/4/75, nº 1437, in *Giurisprudenza di diritto industriale*, 1975, pág. 921; segundo o qual a actividade hoteleira está (em abstracto) nos horizontes de expansão de uma empresa que, em dado momento, explora um *bar-restaurant*; Cfr., acórdão da *corte di cassazione*, de 15/6/89, in *Rivista diritto commerciale*, 1990, II, pág. 369; MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Trattato*, org. por GALGANO, V, pág. 359 e segs.; acórdão do Tribunal de Paris, de 14/1/77, in *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1978, pág. 791, nº 5; acórdão da *Cour de Cassation*, de 9/12/74, in *Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire*, 1975, III, 20.

com outra<sup>(724)</sup>. Pode, todavia, suceder que as firmas sejam compostas por várias palavras, aí onde uma delas seja a reprodução exacta de uma firma anterior. Nestes casos, para se aferir da confundibilidade não se deve separar as várias palavras, outrossim, considerar a firma como um todo indivisível e único: o emprego de uma palavra num determinado contexto pode conferir-lhe um diferente significado ou uma importância diversa<sup>(725)</sup>.

Mas a confusão pode ocorrer por causa de uma *reprodução parcial* da firma ou denominação de outrem. Assim, por exemplo a firma-denominação *Sociedade financeira de Crédito do Vale do Tejo, S.A.* é confundível com a firma *Banco de Crédito do Vale do Tejo, S.A.* Ou através de uma *reprodução parcial* inversa: *Data Juris, Direito e Informática, Lda* e *Juris Data, Serviços Informáticos, Lda*.

Igualmente, a firma não pode ser composta por nomes de estabelecimentos, insígnias ou marcas, propriedade de outrem que não do titular da firma, contanto que dessa forma se possa induzir o público em erro, o que é manifesto, existindo *afinidade merceológica* (ainda que remota) e/ou semelhança gráfica e fonética (art. 2º/5, do DL nº 42/89): a firma *HEMES, Serviços de Vigilância, Lda*, pode ser susceptível de se confundir com a marca *HERMES* (relativa v.g., a vestuário para caça e pesca), propriedade de outrem, que não do titular da firma<sup>(726)</sup>.

<sup>(724)</sup> Acórdão do *Tribunal de Grande Instance* de Nanterre, de 27/1/87, in *Propriété industrielle – Bulletin Documentaire*, 1987, III, pág. 303 (registada a firma *Solmétal* não pode usar-se a firma *Solmétal Financiere*).

<sup>(725)</sup> V.g., *Informática ECO, Robótica de Demótica, Lda e ECO, Lda*. Cfr., Tribunal de Paris, 8/7/87, in *Propriété Industrielle*, cit., 1988, III, 64.

<sup>(726)</sup> Cfr., AcSTJ, de 13/11/73 (CAMPOS DE CARVALHO), in *Bol. Min. Just.*, nº 231, pág. 171; para a hipótese de se incluir a *firma-nome* ou *firma-denominação* em nome de estabelecimento, cfr., AcRL, de 25/6/87 (GOMES DE NORONHA), in *col. Jur.*, 1987, t. III, pág. 123.

É lícito, segundo se julga, autonomizar deste último o *princípio da capacidade distintiva*<sup>(727)</sup>. Vale isto dizer que a *firma* não pode ser *genérica, usual* (para a linguagem corrente), *descritiva* ou *inexpressiva*, devendo, antes, ser *original* (lato sensu). É o que parece decorrer do n.º 3 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 42/89. Assim, acontece com as firmas denominações *Artesãos de Portugal, Lda., SPA, Lda., Centro de Formação Moto, S.A.* De resto, o juízo sobre o carácter distintivo da firma, deve fazer-se tomando em consideração a época em que foi constituída, a despeito de actualmente os vocábulos que a compõe poderem ser de uso genérico ou comum<sup>(728)</sup>. São, por exemplo, de uso comum ou genérico vocábulos e expressões como: *casino, bazar, armazém, entreposto, casa da sorte, casa da infância, piza, segurança rodoviária*.

O *princípio da unidade* visa esclarecer que tanto o comerciante em nome individual como a sociedade só podem adoptar *uma só firma*, conforme decorre do preceituado na alínea e) do n.º 1 do art. 9.º do Código das Sociedades Comerciais e do art. 9.º, do DL n.º 42/89, ainda que seja titular de vários estabelecimentos autónomos. Só assim não será em duas hipóteses: se um comerciante, com firma privativa, adquirir um estabelecimento autónomo, pode ele aditar à sua firma a menção de haver sucedido na firma do anterior titular (se esta for incluída no *âmbito de entrega*) – art. 15.º/1, do DL n.º 42/89 – passando a usar duas firmas,

<sup>(727)</sup> Cfr., Acórdão do *Tribunal de Grande Instance*, de Paris, de 9/3/87, in *Propriété Industrielle*, cit., 1987, III, pág. 368; Acórdão da *Cour de Cassation*, de 7/10/81, in *Bulletin des Artes de la Cour de Cassation*, 1982, pág. 223; *Tribunal de Grande Instance* de Strasbourg, de 20/6/84, in *Propriété Industrielle*, cit., 1985, III, pág. 24.

<sup>(728)</sup> Cfr., um exemplo do que vai dito no acórdão do tribunal de Nimes, de 27/4/89, in *Propriété*

esta última com o aditamento respeitante à declaração de sucessão; por outro lado, se o comerciante possui, simultaneamente, um ou vários estabelecimentos comerciais e cria um *património autónomo* designado por *Estabelecimento Industrial de Responsabilidade Limitada*, cujo acervo patrimonial inclui um estabelecimento comercial ou industrial, passará a usar duas firmas distintas – uma vez que o *E.I.R.L.* não desfruta de personalidade jurídica – que o mesmo é dizer: usará uma respeitante ao *E.I.R.L.*, com a sigla imposta pelo n.º 3 do art. 2.º do DL n.º 248/86 e art. 11.º/1, do DL n.º 42/89 e uma outra no ou nos estabelecimentos que se incluem na sua esfera patrimonial geral, composta nos termos do art. 9.º do DL n.º 42/89.

No mais, as firmas e as denominações não podem ser ofensivas à *moral pública* e aos bons costumes e bem assim conter expressões incompatíveis com o respeito pela liberdade de opção política, religiosa e ideológica (art. 4.º/1, do DL n.º 42/89). Não podem desrespeitar símbolos nacionais, personalidades, épocas ou instituições (nacionais ou internacionais) cujo nome ou significado seja de salvaguardar, por razões, designadamente históricas, científicas, patrióticas, culturais, institucionais (art. 4.º/2, *idem*). É, pois, ilícito utilizar, v.g., os nome *Cruz-Vermelha, Médico sem Fronteiras, Mosteiro dos Jerónimos, Agência Espacial Europeia*, etc., na composição das firmas e denominações<sup>(729)</sup>.

A firma extingue-se, quanto aos comerciantes em nome individual, ocorrendo a *cessação da actividade mercantil* (a não ser que a lei permita que, ainda assim, subsista) com a liquidação do estabelecimento; ou, se este for transmitido sem a firma, renunciando o transmitente ao exercício de

<sup>(729)</sup> Cfr., *Tribunal de Paris*, 17/10/89, in *Dalloz, informations rapides* 285; acórdão do *tribunal de Grande Instance* de Marseille, de 25/2/89, in *Propriété Industrielle*, cit., 1990, III, 56, n.º 470.

qualquer actividade mercantil; se o comerciante falecer e os seus sucessores não continuarem a actividade do falecido (porque, v.g., ele dispôs, em testamento, nesse sentido), nem transmitirem a firma e o estabelecimento; se o comerciante falir e o estabelecimento não puder ser vendido, unitariamente, pelo administrador da massa falida. Quanto às sociedades comerciais a firma extingui-se em caso de dissolução e após o termo das operações de liquidação (arts. 141<sup>o</sup>, 142<sup>o</sup>, 146<sup>o</sup>, do Código das Sociedades Comerciais), a não ser que a firma (*firma-nome*, *firma-denominação* ou *firma-mista*) seja transmitida para terceiros juntamente com o estabelecimento<sup>(730)</sup>.

Note-se que, a despeito de a firma se extinguir, v.g., pela cessação da actividade do comerciante, pode colocar-se a questão de saber se este, enquanto pessoa humana pode, nos termos gerais da tutela civilista, usar dos meios relativos à defesa do *nome* (arts. 72<sup>o</sup>/1, 73<sup>o</sup> do Código Civil) ou do pseudónimo, acaso tenha notoriedade (art. 74<sup>o</sup> do mesmo código), se e quando um outro comerciante adoptar como firma um nome (completo ou abreviado), total ou parcialmente idêntico. Não se pode deixar de responder afirmativamente, devendo o tribunal, no domínio da defesa dos direitos de personalidade, adoptar as providências que, segundo a equidade, melhor conciliem os interesses em conflito (art. 72<sup>o</sup>/2, *in fine*, do Código Civil), fazendo-se os competentes aditamentos, supressões, alterações ou modificações na composição da firma destoutro comerciante, à luz do *princípio da proporcionalidade, concordância prática e adequação meio-fim* (cfr. supra nota 718). Cfr., sentença do tribunal de Pavia, de 29/5/86, in Foro Padano, 1986, I, pág. 393, com anotação de TRAVISAN.

<sup>(730)</sup> Enquanto dura a fase de *liquidação* do património da sociedade esta deve aditar à sua firma a menção *sociedade em liquidação* ou *em liquidação* (art. 146<sup>o</sup>/3 do Código das Sociedades Comerciais).

De todo o modo, a extinção da firma implica o cancelamento da matrícula por averbamento, no registo comercial (art. 20<sup>o</sup>, do Código do Registo Comercial e arts. 12<sup>o</sup>, 13<sup>o</sup>, 14<sup>o</sup> e 17<sup>o</sup>/C, do Regulamento do Registo Comercial)

## II – O nome e a insígnia do estabelecimento

O *nome* a *insígnia* são sinais que se destinam, *objectivamente*, a facilitar a identificação da organização de factores produtivos em que se analisa o estabelecimento comercial<sup>(731)</sup>, ou, numa perspectiva mais restrita, a identificar o *local* onde o empresário desenvolve a sua actividade comercial ou industrial<sup>(732)</sup>. É bom de ver, do que antecedentemente se disse sobre o estabelecimento, que se vai adoptar a concepção mais lata. De facto, o *nome* e a *insígnia* do estabelecimento destinam-se a identificar e propagandear o estabelecimento, por forma a que o público o não confunda com outro.

O *nome* do estabelecimento é um sinal *nominativo*. A *insígnia* é um sinal *figurativo* ou *emblemático* (v.g., inscrição, forma ou imagem), geralmente afixado no imóvel onde está instalado o estabelecimento ou na sua bandeira, mas também em tabuletas, montras, papéis de correspondência e na propaganda do estabelecimento (art. 145<sup>o</sup>, § único do Código da Propriedade Industrial).

Estes *sinais* não são de adopção obrigatória; são *sinais facultativos*.

Pelo que respeita à sua constituição, têm os empresários grande *liberdade* (vide, arts. 229<sup>o</sup> e 230<sup>o</sup>, do Código da Propriedade Industrial).

<sup>(731)</sup> Assim, CASANOVA, *Impresa...*, cit., pág. 443 e segs.; BUONOCRE, *Insignia*, in Enciclopedia del Diritto; FERRER CORREIA, *Lições...*, vol. I, pág. 298; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 511. AUTERI, *Insignia*, in Enciclopedia giuridica, vol. XVI, pág. 1 e segs.; MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, cit., pág. 376 e segs.; PUPO-CORREIA, *Direito Comercial*, cit., pág. 264; BOULANGER, *L'enseigne*, in Revue Générale de Droit Commercial, 1940, pág. 5 e segs.; CHAVANNE-FURST, *Droit de la propriété industrielle*, cit., pág. 781.

<sup>(732)</sup> Nestes termos, cfr., ASCARELLI, *Teoria della concorrenza...*, cit., pág. 423; GUCCIUMETI, in Trattato di Diritto Privato, org. por F. RESCIGNO, 18; REINHARD, *Droit commercial*, ..., cit., pág. 337.

Com efeito, no nome do estabelecimento é, desde logo, possível *incluir*, enquanto sua *parte componente*, a *firma* ou denominação do seu dono e bem assim o nome civil, alcunha ou o pseudónimo do seu dono. O que vale por dizer que a lei não proíbe que o *nome do estabelecimento* seja *exclusivamente* formado pelo nome individual, firma ou denominação do empresário, conforme resulta do art. 21º/1, do DL nº 42/89 e art. 229º/d, do Código da Propriedade Industrial.

Deve, porém, na constituição do *nome e/ou insígnia* se obedecer a algumas restrições, traduzíveis nos princípios da:

- a) *Eficácia ou capacidade distinta*. Não pode o *nome* e a *insígnia* serem compostos por vocábulos, figuras ou emblemas comuns, de uso genérico, na linguagem corrente ou nos *usos de comércio* leais e constantes, ou destituídos de expressividade, por que *banais* ou *vulgares*. (art. 230º/1/2, do Novo Código da Propriedade Industrial); antes se exige *originalidade* na sua composição<sup>(733)</sup>. São exemplos de indicações genéricas: bar, pizaria, padaria, etc<sup>(734)</sup>.
- b) *verdade*. Não devem estes sinais conter indicações inverídicas acerca da proveniência (quer do país, região ou localidade) da propriedade do estabelecimento (comercial ou industrial) e bem assim da actividade e

<sup>(733)</sup> Aplicam-se, neste particular, os princípios a que obedece a constituição das *marcas* e das *firmas*, à luz da unidade do sistema jurídico; cfr., DICATALDO, *I segni distintivi*, cit., pág. 214 e segs., o que o nosso Código da Propriedade Industrial deixa insinuar aqui e acolá: arts. 231º/1, e, e art. 21º/1, do DL nº 42/89. Cfr., AcSTJ, de 2/10/1964 (GONÇALVES PEREIRA), in Bol. Min. Just., nº 140, pág. 473 (entendeu que *Fábrica Nacional de Tubos Metálicos* encerra uma designação desprovida de capacidade distintiva, pois que *pode ser usada por qualquer fábrica portuguesa que fabrique tubos metálicos*).

<sup>(734)</sup> Cfr., tribunal de Paris, de 24/10/64, in Dalloz, 1965. Não podem, igualmente ser registadas aquelas expressões ou figuras que, por causa do seu uso generalizado na linguagem corrente e nos usos do comércio, são do domínio comum e, por isso, insusceptíveis de domínio: *o melhor bazar*. Cfr., outros exemplos alguns deles admissíveis, no acordão do tribunal de Paris, de 10/10/62, in Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique, 1964, pág. 236; Acordão da *Cour de Cassation*, de 4/10/77, in Propriété industrielle, cit., 1978, III, 66.

da natureza dos produtos ou serviços que aí se fabricam, comercializam ou prestam (art. 231º/1, b, c, d, h, i). Além disto, se o nome inserir total ou parcialmente uma firma, denominação social ou uma marca, estes sinais devem pertencer ao titular do nome ou insígnia do estabelecimento (art. 229º/d, 231º/1, a, do mesmo código), a não ser que prove o consentimento ou a legitimidade do uso de nomes individuais, firmas ou denominações que pertençam a terceiros.

- c) *novidade*. Estes sinais não podem reproduzir ou imitar ou ser iguais ou semelhantes, outrossim, distintos e insusceptíveis de confusão ou erro em face de nomes ou insígnias (figuras, desenhos, etc.: exige-se que, neste particular, as insígnias tenha uma *configuração nova*) já registados por outrem para estabelecimento situado em território português (art. 231º/1, g, do Código da Propriedade Industrial). De igual sorte, não podem imitar ou reproduzir, total ou parcialmente, marcas, modelos ou desenhos industriais registados por outrem para os produtos que se fabricam ou vendem no estabelecimento a que se pretende dar o nome ou insígnia e bem assim sinais que induzem em erro ou confundem o público (e os fornecedores) – art. 231º/1, f, e, do Código da Propriedade Industrial<sup>(735)</sup>.

<sup>(735)</sup> Cfr., Sentença do 1º Juízo Cível de Lisboa, de 8/1/1970, in Bol. da Prop. Ind., 1970, 2º, pág. 174 (considerou que a insígnia *Singra* não é confundível com a marca registada *Singer*, por falta de semelhança gráfica e fonética e por, na circunstância, não serem os produtos idênticos nem afins). Já o AcSTJ, de 3/10/1972 (CARVALHO JÚNIOR), in Bol. Min. Just., nº 220, pág. 186, considerou que, apesar de nos estabelecimentos *SICAL* e *SINCAL* se exercerem ramos de actividade diferentes, deveria ser recusado o registo do segundo (estando já registado o nome *SICAL*), dada a semelhança gráfica e fonética com estoutro. Vide, ainda, quanto à imitação do nome de estabelecimento, AcRL, de 9/7/1958 (LOPES DE CASTRO), in Jurisprudência das Relações, Ano 4º, pág. 779 (*Rei das Meias / Príncipe das Meias*); AcRL, de 1/2/1957 (LOPES DE CASTRO), in Jurisprudência das Relações, Ano 3º, pág. 96 (*Padaria CERES / CERES FÁBRICA DE MOAGEM AUTOMÁTICA*); AcSTJ, de 29/9/1993, processo nº 83791, in Data Juris, cit. (*Laboratórios Etal / Laboratórios Edol*).

d) *unidade*. Segundo este princípio, que implícitamente decorre do art. 228º, do Código da Propriedade Industrial [no segmento em que se afirma: (...) *tem direito de adoptar um nome e uma insígnia*], só é válido o registo de um nome e de uma insígnia para cada estabelecimento (e respectivas sucursais) do seu titular<sup>(736)</sup>. Mas se o comerciante individual ou a sociedade forem titulares de vários estabelecimento autónomos parece que eles podem usar tantos nomes e insígnias quanto o número de estabelecimentos deste jaez.

Uma vez registado o nome ou insígnia do estabelecimento, o seu titular adquire o direito de propriedade – e, conseqüentemente, o *uso exclusivo* – destes sinais em todo o território nacional (art. 232º, Código da Propriedade Industrial), por um período de 20 anos, sucessivamente renovável por iguais períodos (art. 242º *idem*). E será o nome do estabelecimento protegido em todos os países da convenção da União de Paris, sem que neles deva também ser registado (art. 8º da Convenção da União de Paris, *ex vi* do art. 232º, *in fine* do Código da Propriedade Industrial).

Do mesmo modo, o nome de estabelecimento, legalmente existente num dos países desta *União*, goza inteira protecção em Portugal, independentemente do registo<sup>(737)</sup>.

<sup>(736)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 303; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 265.

<sup>(737)</sup> Art. 8º da convenção da União de Paris, cuja versão (de 1967) foi aprovada para ratificação pelo DL nº 22/75, de 22/1; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 290, 304; OHEN MENDES, *Da Protecção do Nome Comercial Estrangeiro em Portugal*, Coimbra, 1982, pág. 40 e segs; PINTO COELHO, *O nome comercial na convenção da União de Paris*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 95, pág. 82 (aplicando este preceito somente ao nome do estabelecimento, mas já não à firma); PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., pág. 267. Cfr., AcRP, de 15/2/1979 (OLIVEIRA DOMINGUES), in *Col. Jur.*, 1979, Ano IV, pág. 307 (entendendo que a expressão *nome comercial* do art. 8º da Convenção da União de Paris abrange a firma do comerciante e o nome comercial).

Daqui resulta que a *garantia* do direito ao nome e insígnia do estabelecimento conferem ao seu titular (que, justamente, o tenha registado, porquanto o registo tem eficácia *constitutiva*) o direito de: a) pedir a anulação da firma (art. 5º/3, do Código da Propriedade Industrial), marca (art. 189º/1, f, *idem*), logotipo (art. 248º/1, *ididem*), nome ou insígnia registados posteriormente ao registo do nome ou da insígnia do seu estabelecimento<sup>(738)</sup>, desde que os *reproduzam* ou *imitam*; b) *opôr-se* ao pedido de registo, através de *reclamação* a apresentar no prazo de dois meses a contar da data de publicação (do pedido de registo do nome e/ou insígnia que se pretenda impugnar) no *Boletim da Propriedade Industrial* (arts. 235º e 236º, do Código da Propriedade Industrial); c) pedir a condenação do terceiro que fizer uso *ilegítimo* do nome ou insígnia a abster-se de tal uso (*v.g.*, porque, não o tendo registado, reproduza ou imite os sinais correspondentes usados legitimamente pelo peticionante), lançando mão de uma *acção inibitória*, traduzida numa condenação de *non facere* – prestação de facto infungível<sup>(739)</sup>; d) participar ou denunciar os

<sup>(738)</sup> É uma acção que deve ser *registada* no Instituto Nacional de Propriedade Industrial no competente registo do nome ou insígnia que se impugna, cuja finalidade é a de publicitar a existência do litígio sobre o direito registado, avisando os terceiros de que se devem acautelar contra a eventual procedência da acção de anulação para efeitos de aquisição do estabelecimento, cujo nome ou insígnia são impugnados, quer para os dissuadir a reproduzir ou imitar o nome primeiramente registado.

<sup>(739)</sup> Foi, de facto, preocupação da lei evitar e/ou punir a concorrência desleal (arts. 260º e segs., do Código da Propriedade Industrial). Uma das formas de ela ocorrer traduz-se na prática de actos susceptíveis de criar confusão com o estabelecimento, qualquer que seja o meio empregado (alínea a) do art. 260º, *idem*). Um dos meios de criar tal confusão é, em infracção ao disposto na alínea g) do nº 1 do art. 231º, do mesmo código, dar ou pretender dar a um estabelecimento, nome que seja reprodução ou imitação de nome já registado por outrem para estabelecimento situado no território nacional, [ainda que, segundo cremos, pois que a Lei não destingue, destinado a

*crimes* previstos no art. 268º e as contraordenações constantes dos arts. 271º e 272º/b, do mesmo diploma e bem assim constituem-se assistentes, nos termos gerais da lei do processo penal (art. 212º/1, *idem*); e) pedir indemnização por perdas e danos sofridos, nos termos gerais; f) requer vistorias a estabelecimentos comerciais ou outros locais, a fim de apoiar eventuais reclamações ou contestações (art. 20º, *ibidem*); g) desencadear providências cautelares, ao abrigo da lei processual civil (art. 45º/1/2, *ibidem*).

O titular de um nome *não registado* ou que já *caducou* é, ainda assim, protegido, pois que lhe é lícito: a) opôr-se, reclamando, ao registo de um nome ou insígnia alegando que o requerente pretende fazer concorrência desleal, ou

diverso ramo de actividade económica e, por isso — e, por via de regra — não concorrente]. Há imitação quando não se faz a necessária individualização do estabelecimento, o que, por sua vez, requer a não observância do princípio da novidade. Com efeito, considerando o disposto no art. 189º/1, m, do Código da Propriedade Industrial, que é aplicável ao *nome* e insígnia do estabelecimento por força do art. 231º/1, l, e atento o art. 193º, todos do mesmo código, conclui-se que o nome do estabelecimento que tenha semelhança gráfica, figurativa ou fonética com outro já registado, que induza facilmente o *consumidor médio* em erro ou confusão (não podendo este distinguir os dois senão depois de confronto ou exame atento), tem de ser rejeitado para efeitos de registo. E, neste particular, releva mais a semelhança que pode resultar do conjunto dos elementos que os compõem — tendo em vista, *prima facie*, o seu *núcleo duro* se o houver — do que as (eventuais) dissemelhanças de certos pormenores, devendo a comparação ser feita por *intuição sintética* — que melhor corresponde à percepção e postura de um normal consumidor — e não por *dissecação analítica* (que se não coaduna com o *olhar distraído* do consumidor médio, mas sim com o do técnico ou o da pessoa geralmenye atenta). Cfr., AcRC, de 13/11/90 (CUNHA LOPES), in Col. Jur., 1990, t. V, pág. 46; AcSTJ, de 31/11/81 (SANTOS CARVALHO), processo nº 63936, in Data Juris, cit.; AcSTJ, de 4/2/82 (RODRIGUES BASTOS), in Bol. Min. Just., nº 314, pág. 335; AcSTJ, de 3/7/86 (SOLANO VIANA), in Bol. Min. Just., nº 359, pág. 726; AcSTJ, de 9/4/92; AcSTJ, de 29/9/93, processo nº 83971, in Data Juris, cit.. Note-se, porém que, em princípio, deve, *prima facie*, lançar-se mão da tutela privativa deste sinal distintivo [v.g., conduta que viole o art. 231º/1, g, do Código da Propriedade Industrial], só se recorrendo, *subsidiária* ou *integrativamente*, às disposições que tutelam a leal concorrência (art. 260º, *idem*); a não ser que haja um *concurso de pretensões* traduzível na violação de um direito privativo (v.g., nome do estabelecimento, marca, etc.) e na causação de um efectivo prejuízo ou dono, que permita *cumular* com o pedido de condenação de *non facere* e de anulação do registo um pedido indemnizatório.

que o registo ocasionará um estado de coisas propício a tal eventualidade (cfr.; art. 25º/1, d, do Código da Propriedade Industrial); b) desencadear, ocorrendo os respectivos pressupostos, a aplicação de sanções penais, contra-ordenacionais e civis (indemnização), com base em concorrência desleal (art. 260º), mas só contra quem não tenha registado nome ou insígnia igual ou idêntico ao do demandante. Ou seja, a partir do momento em que o demandado obtém — ou detém — o registo do nome ou insígnia a seu favor, utilizado por aqueleoutro, já não faz sentido falar em concorrência desleal<sup>(740)</sup>.

Pelo que respeita à transmissão do *nome* e *insígnia* do estabelecimento<sup>(741)</sup>, decorre implicitamente do art. 243º do Código da Propriedade Industrial que tal ocorre somente — e juntamente — com a transmissão do estabelecimento. Mas tal já decorre explicitamente do teor literal do art. 29º/5.

<sup>(740)</sup> Assim, no que toca as marcas, cfr., AcRP, de 21/1/93 (CARLOS MATIAS), in col. Jur., 1993, t. I, pág. 209 e segs.

<sup>(741)</sup> Cfr., URJA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 120-121; GALGANO, *Sommario...* cit., pág. 88; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 65-66; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 308-309; CAMPOBASSO *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 192-193; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pág. 782; BROSETA, PONT, *Manual...*, cit., pág. 143; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, cit., pág. 267-268. DI CATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 216 e segs; CASANOVA, *Impresa...*, cit., pág. 444; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza...*, cit., pág. 427. Observe-se que, em Itália, Espanha e na França não existe disposição expressa sobre a transmissão da propriedade dos nomes e insígnias (*rotulo, insígnia*), divergindo os autores e a jurisprudência sobre a questão de saber se estes sinais se podem transmitir independente da transmissão do estabelecimento (neste sentido, GUGLIEMETTI in *Trattato de Diritto Privato dir. por RESCIGNO*, vol. 18) ou se, no silêncio das partes, o acompanham (ASCARELLI, ob. cit., loc. cit.; Acórdão da *Corte di Cassazione*, 49/2120; CHAVANNE/BURST, ob. cit., pág. 782; sentença do tribunal de POITIERS, de 17/12/29, in *Gazette du Palais*, 1930, 1, 570) ou se é preciso o consentimento do alienante (assim, acordão da *corte di cassazione*. 85/1715 e acordão do tribunal *d' Appello de Milão*, de 5/10/82, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1983, nº 1625), que se não pode deduzir através *defactos concludentes* (acordão da *Cassazione*, 77/3940) ou, ainda se somente é lícita a sua transmissão com a transferência do estabelecimento (neste sentido, BUONCORE, *Insegna*, in *Enciclopedia del Diritto*).

aliás, sendo estes sinais um dos elementos que integram o cerne incorpóreo do estabelecimento (por causa dos *direitos* que sobre eles se podem exercitar), fazem eles parte do *âmbito natural* de entrega: salvo declaração em contrário, a transferência do estabelecimento (definitiva ou temporária) envolve a do respectivo nome e insígnia. Dito doutro modo: as partes podem livremente excluir da negociação do estabelecimento os direitos relativos ao nome e insígnia dele sem que o negócio deixe de ser um negócio sobre um estabelecimento [a não ser que concorram circunstâncias outras que levem à conclusão que as partes não quiseram negociar o estabelecimento]; porém, se nada disserem e/ou esclarecerem, pura e simplesmente, que *trespassam* ou *cedem exploração* dele, aqueles direitos transitam automaticamente com a transferência do estabelecimento, porquanto este os transporta, naturalmente, consigo, sem dependência de uma concreta elencação. Não são, pois, elementos incidentais ou excepcionais, prescindindo-se do consentimento, expresso ou tácito, do alienante ou cedente do estabelecimento para que com este possam circular. O que pode é, doutra sorte, suceder que ele se oponha à sua transferência, devendo tal vontade, aceita pela contraparte, transparecer expressa ou tacitamente (mas, neste último caso, com a restrição constante do n.º 2 do art. 217.º do Código Civil) do teor da escritura pública de *traspasse*, *cessão de exploração* ou de *usufruto* do estabelecimento, etc.<sup>(742)</sup>.

<sup>(742)</sup> Todavia, como preceitua o n.º 6 do art. 29.º do Código da Propriedade Industrial, se no nome ou insígnia figurar nome individual, firma ou denominação social do dono do estabelecimento e, outrem que ele represente, exige-se uma declaração negocial expressa, inscrita na escritura pública que titula o negócio translativo do estabelecimento (ou em escritura pública posterior deva ser realizada, especificamente para esse fim), para que a respectiva propriedade se deva ser realizada, especificamente para esse fim). Daqui decorre que, nesta específica hipótese, estes sinais distintivos se incluem no *âmbito máximo* do estabelecimento, sendo necessário referi-los em pormenor, mediante declaração negocial expressa, para que possam considerar-se abrangidos pela negociação (tanto nos casos

A extinção do direito ao nome e insígnia desfruta de um regime *sui generis* que, de modo assinalável, se afasta do regime do direito de propriedade sobre coisas corpóreas. Ou seja: pode ser *anulado* ou *caducar*.

Consagram-se, em primeiro lugar, diversas causas de *caducidade* do (art. 245.º, do Código da Propriedade Industrial), das quais se destaca o *encerramento e liquidação* do estabelecimento (alínea a)) e o *não uso* destes sinais durante cinco anos consecutivos (alínea b)). Se naquele preceito se surpreende a relação de *acessoriedade* ou de *instrumentalidade* do nome e da insígnia em face do estabelecimento, neste outro declara-se extinto, pelo não uso, um direito de propriedade sobre esta coisa imaterial. Todavia, aquele primeiro preceito não determina, de forma automática e necessária, a extinção do *nome e insígnia* decorrente do encerramento e liquidação do estabelecimento, pois que fica salva a possibilidade de o titular do estabelecimento extinto declarar que pretende reservar estes sinais para um novo estabelecimento que tenciona abrir [art. 36.º/5/6, do Código da Propriedade Industrial], acaso um terceiro pretenda adoptar um nome e insígnia não usados. Sendo assim, por razões funcionais, o direito de propriedade sobre estes sinais *sobrevive* à extinção do complexo de factores produtivos onde eles se integravam. Protege-se, assim, e até certo ponto (e note-se que o titular do registo, cuja caducidade se requiere, é notificado para responder no prazo de dois meses) o *nascimento* de uma futura empresa, guardando para ela os *despojos* – com valor de posição no mercado – que ajudaram presumivelmente a criar a imagem do anterior estabelecimento. Não está, pois, aqui em causa a protecção autónoma

de transmissão *inter vivos* definitiva ou temporária e, nesta hipótese, através da constituição de relações obrigacionais ou reais).

Já não caberá, porém, aplicar o n.º 6 do art. 29.º se, v.g., no nome do estabelecimento figurar um diminutivo (por exemplo: *Salão Maritú*), pseudónimo ou alcunha do seu titular.



e directa destes *sinais distintivos*, mas antes e principalmente a de um *bem superior* que ainda se não formou ou, estando já formado dela pode beneficiar: cura-se de proteger uma *organização empresarial* no seu complexo, futura ou já existente (mas que operava com autonomia em face do estabelecimento que encerrou e foi liquidado)<sup>(743)</sup>.

Mas, igualmente, o titular do nome ou insígnia pode *renunciar* aos seus direitos de propriedade sobre estes sinais, contanto que o declare expressamente ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 37º/1, do mesmo diploma). Trata-se, nesta hipótese, de uma *renúncia abdicativa*, a qual se analisa num acto jurídico unilateral pelo qual o titular do nome do estabelecimento (ou o titular de qualquer direito de propriedade industrial) declara que não deseja doravante

<sup>(743)</sup> O legislador do Novo Código da Propriedade Industrial unificou no art. 36º o regime da caducidade dos direitos de propriedade industrial, sem prejuízo das normas privativas de cada um dos sinais que prescrevem, especificamente, os casos de que depende a respectiva declaração.

Em primeiro lugar, a caducidade, neste domínio, não opera *ope legis*, verificando o facto a que a lei atribui esse efeito. Pelo contrário: a caducidade só produz efeitos depois de declarada num procedimento administrativo, que corre os seus termos no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a pedido de quem mostrar *legítimo interesse*.

Em segundo lugar, o legislador do Novo Código da Propriedade Industrial abandonou a dualidade de regimes para a declaração de caducidade do registo do nome ou da insígnia, que existia, de um lado, nos nºs 1º, 2º e 3º e, por outro, dos nºs 4 e 5, todos do art. 161º, por força do disposto no § 2, do art. 162, ambos do Código da Propriedade Industrial de 1940 (vide, sobre isto, AFONSO QUEIRÓ, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 98º, pág. 14). Hoje, o legislador atribuiu, *hoc sensu*, a *plenitude de jurisdição* ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (cfr., RUY DE MATOS CORTE-REAL, *Código da Propriedade Industrial*, 4ª ed., p. 979, anotação ao art. 207º, referindo que a entidade que profere a decisão não deixa de ser o legislador), outorgando-lhe, em exclusivo, competência para decidir, em geral, matérias relativas à propriedade industrial e, em especial, à caducidade dos direitos dela decorrentes. Assim, o órgão da Administração Pública indirecta do Estado é que tem o poder de atingir unilateralmente a esfera jurídica do proprietário do estabelecimento, por mor da declaração de caducidade. É claro que a lei, no art. 38º do Novo Código da Propriedade Industrial, continua a facultar o recurso *contencioso* para o tribunal da Comarca de Lisboa (art. 3º do Decreto-lei que aprovou o Novo Código da Propriedade Industrial), a fim de este rever o acto da Administração que incorpora a decisão pela qual a caducidade é declarada ou negada. Ainda que neste *recurso judicial* o Instituto Nacional da Propriedade Industrial não seja considerado *parte contrária* (art. 41º/2, do Código da Propriedade Industrial), é-lhe outorgado o poder de *responder*, após a distribuição do processo (art. 40º/1, *idem*), ao que houver por conveniente, relativamente à matéria alegada pelo recorrente na sua petição de recurso.

exercitar as faculdades inerente a este direito de propriedade industrial. Como forma de extinção do direito de propriedade é a *renúncia* admitida em geral por força do art. 1305º do Código Civil, a par da caducidade (v.g., nos direitos reais de preferência: art. 1410º), da prescrição (v.g., a extinção da hipoteca por prescrição: art. 730º/b, do Código Civil), da confusão, do não uso (v.g., na extinção dos servidões: art. 1569º/1, b, *idem*), da expropriação, da perda da coisa (v.g., art. 1476º/1, b, *ibidem*), da impossibilidade definitiva do exercício (v.g., art. 1536º/1, e, do mesmo diploma) e da *usucapio libertatis*.

O Código da Propriedade Industrial parece ter querido plasmar – como se vê a troco da diminuição do rigor dogmático – a caducidade como forma de extinção genérica de alguns daqueles direitos, conglobando aí o não uso e a caducidade propriamente dita (art. 245º/b, e 36º, do Código da Propriedade Industrial, no que respeita ao nome e insígnia do estabelecimento e logotipo, este último por força do art. 248º/1). Mas, pelo que concerne à *renúncia* – forma extintiva comum a todos os direitos de propriedade industrial – do direito ao nome e insígnia, a lei não lhe confere eficácia com a mera emissão da respectiva declaração de vontade. É, antes, mister que tenha um destinatário específico, que é, justamente, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sendo, por consequência, um acto jurídico receptício que se torna eficaz (e, por isso, irrevogável) somente quando chega ao conhecimento daquela entidade de administração. Só deste modo se compreende a exigência da lei (art. 37º/3/4, do Código da Propriedade Industrial) ao plasmar que a *declaração de renúncia* seja feita em requerimento, assinado pelo titular do direito ou por mandatário munido de procuração com poderes especiais. Declaração esta que é anotada no título do registo e publicada no Boletim da Propriedade Industrial.

Conquanto seja um princípio genérico o da inseparabilidade do direito e da coisa (material ou imaterial sobre que incide) da pessoa do seu titular, prevê-se, no nº 5 do art. 37º do Código da Propriedade Industrial, a sub-rogação pessoal dos titulares de direitos derivados averbados no registo do direito de propriedade industrial principal (maxime, marcas, patentes, modelos de utilidade) no direito do titular renunciante. Assim, permanecendo o direito de propriedade industrial o que muda são as pessoas que o titulam, por força da renúncia de uma delas. É este um fenómeno de difícil verificação no domínio da renúncia do direito ao nome e insígnia, pois este não é livremente negociável a não ser com a negociação do estabelecimento: não pode, *autonomamente*, ser objecto de penhor, arresto licença de utilização exclusiva ou não, compra e venda, etc.

Note-se que, se a renúncia não for anotada e publicada parece que o *renunciante* poderá validamente transferir, ocorrendo a transmissão do estabelecimento comercial, o direito ao nome ou insígnia para o adquirente, não ficando vedada a possibilidade de o transmitente ou o transmissário requerem o averbamento dessa transmissão, por forma a que ela produza efeitos em face de terceiros (art. 31º/1, do Código da Propriedade Industrial).

### III – As Marcas. Noção. Funções.

A marca<sup>(744)</sup> é o *senal* – ou, se se quiser, o *signo* – susceptível de representação gráfica que é utilizado por um empresário (pessoa física ou colectiva) para distinguir os

<sup>(744)</sup> Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 327 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 334 e segs.; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 244 e segs.; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété*, cit., pág. 466 e segs.; AZEMA, *Propriété Industrielle*, in LAMY *Droit*

produtos ou os serviços sobre os quais incide a sua actividade. A marca é, destarte, o sinal distintivo dos produtos ou dos serviços do estabelecimento *rectius*, sinal distintivo da fonte produtiva das utilidades (bens ou serviços). É ela disciplinada tanto pelo ordenamento jurídico nacional, como pelo ordenamento da *União Europeia* e bem assim pelo regime jurídico decorrente de *acordos e convenções internacionais*.

A *marca nacional* vem regulada nos arts. 165º a 216º no Novo Código da Propriedade Industrial de 1995<sup>(745)</sup>, por força da Directiva do Conselho da CEE, de 21/12/1988<sup>(746)</sup>.

A *marca comunitária* é, hoje, disciplinada no Regulamento nº 40/94, do Conselho, o qual autoriza a possibilidade de se obter a tutela do direito sobre a marca, extensível a todo o espaço territorial da *União*, através de um único procedimento administrativo<sup>(747)</sup>.

Commercial, 1993, nº 1960 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 175 e segs.; VANZETTI, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, I, pág. 16 e segs.; DI CATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 29 e segs.; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 54 e segs.; REINHARD, Y., *Droit Commercial...*, cit., pág. 330 e segs.; BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 193 e segs.; OTERO LASTRES, *La nueva ley de marcas*, in *La Ley*, Leg., 1989, II, pág. 130 e segs.; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Algunas claves del nuevo derecho de marcas*, in *La Ley*, 1989, vol. I, pág. 923 e segs.; URÍA, R., *Manual...*, cit., pág. 114 e segs.; BOTANA AGRA, *Panorámica de la Ley 32/1988 española de Marcas*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1989-1990, pág. 13 e segs.; CORRADO, *I marchi dei prodotti e dei servizi*, Torino, 1972; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, Madrid, 1990; FONT, A., *Property Rightsy derecho de marcas*, in *Revista General del Derecho*, 1990, pág. 283 e segs.; FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, 3ª ed., Milano, 1971; GUGLIELMETTI, *Il marchio. Oggetto e contenuto*, Milano, 1968; GUYÉNOT, *Droit des marques de fabrique et droit de la concurrence*, in *Études Cabrillac*, Paris, 1968, pág. 219 e segs.; HARTGEN, *Warezeichengesetz*, Köln, 1968; LADAS, *Patents, trade-marks, and related rights, national and international protection*, 3 vols., Cambridge-Massachusetts, 1975.

<sup>(745)</sup> Cfr., Lei nº 11/94, de 11-5 (autorização legislativa), sendo que o Código da Propriedade Industrial foi aprovado pelo Decreto-lei nº 374/94.

<sup>(746)</sup> Directiva nº 89/104/CEE, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* nº L 40/2, de 11/2/1989.

<sup>(747)</sup> In *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* L 11, de 14/1/94; vide a última redacção do Projecto de Regulamento in *Rivista di Diritto Industriale*, 1990, I, pág. 114 e segs.

A *marca internacional* é, por sua vez, objecto de regulamentação numa convenção internacional e em diversos protocolos posteriores: a convenção da União de Paris, sobre o registo internacional de marcas [alterado recentemente por um Protocolo, concluído em Madrid, em 27/6/89, que aperfeiçoou o registo internacional no Secretariado Internacional para a protecção da propriedade industrial, com um *direito de propriedade* idêntico ao do art. 4º da convenção de Paris].

A *marca* não é um sinal distintivo *obrigatório*, mas antes *facultativo*<sup>(748)</sup>. Porém é, sem dúvida, o mais importante dos sinais distintivos, por causa do protagonismo que assume na moderna economia, caracterizada pela oferta concorrente de produtos e serviços idênticos ou afins por banda de uma pluralidade de agentes económicos.

Daí que no paradigma económico-jurídico da economia de mercado (e do *neo-liberalismo*) as marcas diferenciam os produtos de cada empresário, em face dos produtos ou serviços dos empresários *concorrentes*. Ao público (maxime, os consumidores finais) fica, deste jeito, garantida a *identidade da origem* do produto ou serviço *marcado*; permitindo-lhe distinguir sem confusão possível, esse produto do de outra *proveniência*. Pode, pois, ele seleccionar entre a multiplicidade de produtos afins ou similares aqueles

<sup>(748)</sup> Excepto no que toca às *obras de ouro e prata*, que estão sujeitas a marcas de *contraste e de fabricante* (Lei de 27/7/1882 e a convenção de Viena sobre o controlo e a marcação de artigos de metais preciosos, de 15/12/1972, aprovada para ratificação pelo Decreto nº 56/82, de 29-4) e as *cartas de jogar*, que devem ostentar a marca do fabricante (Decreto de 9/2/1870). Cfr., hoje, também, o *Regulamento das contrastarias*, aprovado pelo DL nº 391/79, de 20-9, na redacção do DL nº 384/89, de 8-11.

Quando a marca está submetida aos interesses da política económica do Estado, como acontece nos países de economia socialista, está ela ao serviço do funcionamento de produção, seja estimulando trabalhadores, seja garantindo a realização do *Plano*, seja acautelando a escolha dos consumidores. E, assim, nessas economias, a marca é, geralmente, um sinal obrigatório: v.g., na República Popular da China (cfr., *Propriété Industrielle – Bulletin*, cit., 1976, II, pág. 537.

que reputa comparativamente melhores, em termos de qualidade e/ou preço, orientando, por mor das marcas, as escolhas aquisitivas, em produtos ou em serviços. As marcas são, por isso, os principais *símbolos* e instrumentos da *luta corporativa* entre os empresários<sup>(749)</sup> atento o mercado do consumo (intermédio e final), aí onde desempenham central protagonismo na formação e conservação da clientela.

Esta *função distintiva* dos produtos e serviços é uma função típica que, originariamente, se imputa às marcas: quer na legislação doméstica, quer no ordenamento internacional, o *registo* dela faz atribuir ao seu titular o direito ao seu uso exclusivo; faculta-se, desta forma, a função de identificação dos produtos e serviços no mercado.

Todavia, a *marca* não esgota a sua importância na função diferenciadora de produtos idênticos, iguais ou afins, existentes no mercado<sup>(750)</sup>. A sua função

<sup>(749)</sup> Neste sentido, cfr. NOGUEIRA SERENS, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?*, separata do Boletim de Ciências Económicas, vol. XXXVI, Coimbra, 1994, pág. 13 e segs., 21 e segs.

<sup>(750)</sup> Para uma análise destas funções da marca no plano económico, cfr. VANZETTI, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, I, pág. 16 e segs; idem, in *Le nuove leggi civili*, 1989, pág. 1446 e segs. É, doutra sorte, difusa, em parte da doutrina, a tendência para sublinhar o jaez monopolístico (ou oligopolístico) que vai insito na protecção das marcas (maxime, pelo que respeita às *marcas célebres*, de *haut renomée*) e os efeitos perversos que daí podem decorrer para o *leal e eticamente* correcto funcionamento do mercado da distribuição. Sobre isto, cfr., MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, cit., pág. 26 e segs (com uma visão maximalista); BALL, in *Propriété industrielle – Bulletin Documentaire*, 1979, II, 179, nº 235 (no sentido de as marcas transportarem um perigoso *abuso de posição dominante*); ALIFFE, in *Propriété industrielle*, cit., 1976, II, 258, nº 172 (a marca é o *cogumelo venenoso da sociedade consumista*); NOGUEIRA SERENS, *A proibição da publicidade enganosa...*, cit., pág. 9 [defendendo que o enfoque consumerista, que provoca a *deslealização* de certas formas de comportamento empresarial, v.g., no tocante à composição da marca e pelo que respeita ao âmbito do direito de *uso exclusivo* — e o relevo que, às vezes, pode assumir em face das *marcas célebres* — mais não é do que uma forma de se legitimar económica e democraticamente (à luz do interesse difuso da categoria dos consumidores) a vontade de alguns (poucos), tendente à imposição de comportamentos considerados desejados; vontade esta que é, para o Autor, uma vontade *corporativa*]; no mesmo sentido embora mitigadamente, cfr., FERRER CORREIA/NOGUEIRA SERENS, *A tutela dos títulos de obras de engenho*, separata da Revista de Direito e Economia, Ano 13, 1987, pág. 87-89.

reconduz-se ainda, a uma *indicação de proveniência* do produto ou do serviço<sup>(751)</sup>. Ou seja: a marca individualiza

Como quer que seja, independentemente das estratégias jurídico-políticas de *justificação-legitimação* do poder económico, graças à tutela do direito à marca, pode o seu titular ser reconhecido nas utilidades que produz ou comercializa e levar o consumidor por aquilo que procura (ou aquilo que *o levam a procurar*) a evitar os produtos ou serviços que não deseja, maxime quando pode adquirir produtos susceptíveis de satisfazer necessidades básicas de um potencial adquirente ou necessidades imediatas tão semelhantes a ponto de considerar que com a satisfação de uma delas pode prescindir de satisfazer a outra. Vale isto por induzir e imputar no consumidor uma *consciência de mercado* (ainda que, no mínimo, só passem a comprar os produtos que aos industriais interessa vender), diversa da que existia no tempo em *o sabão era só sabão* (utilizando esta metáfora, cfr. NOGUEIRA SERENS, *A proibição da publicidade enganosa...*, cit., pág. 15), aí onde este pode *forçar* o comerciante a dirigir a procura de um determinado produto, identificado pela respectiva *marca* que ele deseja (continuar) a comprar, por que e na medida em que foi publicitada. E tudo isto porque a preferência dada a uma produto, em face de um outro, seu *concorrente*, não se baseia só na questão de saber qual das necessidades imediatas, se realizada, melhor satisfaz a necessidade fundamental comum a que se aludiu, mas sim, também, saber qual a importância que a oposição e *publicitação* da marca tem nas preferências dos consumidores.

Por outro lado, aponto a marca aos seus produtos, o titular dela assegura, tendencialmente, a homogeneidade daqueles outros, o que não deixa de ser vantajoso para os consumidores. Além de que, o uso da marca, não sendo obrigatório, não releva, de um *exclusivismo* que ultrapasse as regras de mercado, hodiernamente admitidas nas economias de mercado. É que essa utilização deixa intacta a possibilidade de *concorrência* entre os empresários e de escolha — e satisfação de necessidades iguais ou semelhantes — por parte dos consumidores. Com efeito, é a estes últimos e às organizações representativas dos seus interesses, que cabe possuir espírito crítico para saber distinguir as *boas* marcas das marcas meramente *sugestivas* ou *publicitárias*, cujo *sinal* não encerra qualquer valor intrínseco, nada tendo a ver com a concreta qualidade dos respectivos produtos. Por outro lado, ainda, cabe aos *códigos de conduta* [cfr., supra pág. 238-240] de Associações de Empresários e de Consumidores a autoregulação sobre aquilo que se reputa por práticas leais de comercialização e bem assim cabe ao Estado desenvolver a legislação (substantiva e processual) tendente a assegurar a protecção dos interesses económicos dos consumidores (e dos pequenos empresários) no que toca aos reequilíbrios que se devem assegurar na contratação privada, por via — quase sempre — de limitações à liberdade contratual, de restrições ao princípio da conservação dos negócios jurídicos e, também, através do reforço dos requisitos de forma para a válida extemação das vontades negociais.

<sup>(751)</sup> Cfr. CARLOS OLAVO, in Col. Jur., 1986, t. II, pág. 22; AcRL, de 5/12/85 (RICARDO VELHA), in Bol. Min. Just., nº 359, pág. 770; AcRL de 3/2/94 (LOPES PINTO), processo nº 8029, in Data furis, cit.; AcRL, de in Col. Jur., 1982, t. II, pág. 174; CHAVANNE/BURST, *Droit de la propriété...*, cit., pág. 459; Relatório da 1ª Directiva do Conselho da CEE, de 21/12/88, in Jornal Oficial, cit., [O objectivo (da protecção conferida pela marca registada) consiste nomeadamente em garantir a função de origem da marca]; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 176; GALGANO, *Sommario...*, pág. 93; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 245; VERCELLONE, in *Trattato di Diritto Privato*, dir. por RESCIGNO, vol. 18; NOGUEIRA SERENS, *Marchas de forma*, cit., pág. 62; FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, Milano, 1988, pág. 227 e segs.; GUGLIELMETTI, *Il marchio, oggetto e contenuto*, Milano, 1968, pág. 13 e segs.; GALGANO, *Segni distintivi*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo 1, Padova, 1990, pág. 167 e segs.

fontes produtivas, na medida em que ao contemplar uma marca, o consumidor não pode deixar de pensar que o produto ou serviço procedem de uma determinada empresa, justamente aquela de onde procedem todos os produtos do mesmo género (cfr., arts. 177º sobre as *marcas de base* e 211º/1, 213º do Código da Propriedade Industrial).

Esta função assume maior relevo nos ordenamentos que só admitem a transmissão da marca em conjunto com o estabelecimento, aí onde a marca indica a proveniência dos produtos sempre da *mesma* empresa (o que v.g. acontecia, até 1992, no ordenamento italiano).

Assim, v.g., à marca de camisas *Do Homem*, o público associa determinadas camisas a um determinado fabricante das mesmas; à marca de queijos *continente*, o público associa certo tipo de queijos e um certo *distribuidor* desses queijos.

Todavia, esta *função indicadora de proveniência* vem perdendo, gradativamente, o seu (amplo) originário significado.

De facto, como melhor se verá, não é ilícita a circulação das marcas separadamente da transmissão do estabelecimento (venda, locação, usufruto,...) e, certamente, também não é vedado o *co-uso* de uma mesma marca, por banda de vários empresários concorrentes, com base numa *licença não exclusiva*, concedida pelo titular da marca. Deve aceitar-se, sob certo condicionamento, que produtos ou serviços iguais, identificados pela mesma marca sejam produzidos ou comercializados (ou prestados) por diferentes empresários. O que significa que, deste modo, a marca se transforma num mero símbolo de identificação do produto ou serviço *in se e per se* e que, enfim, tenha perdido parte da a sua função jurídica de garantir a sua origem ou

proveniência<sup>(752)</sup>. Na verdade, como se verá, e desde que a marca, pela sua composição, não ligue o produto do estabelecimento do seu titular e se não aplique em produtos cujos caracteres essenciais sejam diferentes daqueles que a marca anteriormente assinalava, os co-utilizadores (licenciados) de uma mesma marca devem assegurar a homogeneidade dos caracteres essenciais dos produtos e serviços identificados (ou *marcados*) por uma marca comum e bem assim a *identidade* do próprio sinal (art. 213º/1 do Código da Propriedade Industrial). Assim, v.g., as camisas *Do Homem* podem ser produzidas por mais do que um empresário (que não seja o titular da marca, outrossim o utilizador ou utente dela), contanto que se apresentem com um idêntico *standard* (ou nível) qualitativo, pois que daí resulta a não indução do público em erro quanto à proveniência dos produtos ou serviços que ela identifica (art. 19º, do Código da Propriedade Industrial). Adentro destes limites, não se esvai, de todo em todo a função da marca como indicadora de proveniência; o que contudo, já ocorre mitigadamente no domínio do *merchandising* de marcas, prática contratual que à face da lei portuguesa [se for esse o direito aplicável], se deve, ainda assim, reputar lícita.

De entre as funções da marca, juridicamente reconhecidas e tuteladas, não se pode aceitar aquela que lhe adscreve numa *função de garantia de qualidade* dos produtos ou

<sup>(752)</sup> Neste sentido, cfr., FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa...*, cit., pág. 225 e segs.; GUGLIELMETTI, *Il marchio...*, cit., Trattato Rescigno, pág. 8 e segs.; SENA, in *Rivista di Diritto industriale*, 1989, I, pág. 5 e segs.; defendendo, também, que a possibilidade de indução em erro se reporta aos *sinais em si mesmo considerados*, independentemente do facto de se confundirem ou não os produtos em que é aposta, cfr., CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, pág. 24; em sentido contrário, cfr., VANZETTI, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, I, pág. 37 e segs.; RAVA, *Diritto industriale*, vol. I, pág. 166 e segs.; DICATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 19 e segs.; UBERTAZI, in *Foro italiano*, 1992, V, pág. 21 e segs.; cfr., AcRL, de 14/5/92 (RODRIGUES CODEÇO), processo nº 5805, in *Data Juris*, cit.

serviços<sup>(753)</sup> – a não ser no que tange às *marcas colectivas* (onde se incluem as marcas de associação e as marcas de certificação: cfr., art. 172º e segs., do novo código), às marcas de conformidade com normas internacionais e, em geral às marcas de qualidade, incluindo as que atestam a proveniência do produto. É um dado da experiência que o público, em regra, associa à marca um certo nível qualitativo dos produtos ou serviços nos quais ela vai aposta, criando-lhe a expectativa de que tal qual qualidade perdurará relativamente constante no tempo. O que vale por dizer que o empresário só terá interesse em vender (ou a permitir que outros vendam) produtos com a sua marca, contanto que desse modo, ao manter (ou impor a manutenção) as características do produto marcado, aumente ou, pelo menos, conserve a clientela que é fiel (ou poderá vir a sê-lo) em relação aos seus produtos ou serviços. A função (sócio-económica) de qualidade (ou de garantia de qualidade) deriva tão-só da função indicadora de proveniência: para os consumidores uma mesma proveniência implica uma *qualidade constante* do produto *marcado*, que o mesmo é dizer uma *garantia (de qualidade) de facto*. É, pois, *prima facie* uma *função derivada*, de jaez sócio-económico<sup>(754)</sup>.

<sup>(753)</sup> ASCARELLI, *Teoria della concorrenza...*, pág. 430; CHAVANNE/BURST, *Droit de la propriété...*, cit., pág. 459-460; BEIER, *La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux*, clunet, 1970, pág. 22; CAMPOBASSO, *ob. cit.*, pág. 177; GALGANO, *Sommario...*, cit., pág. 89; salientando esta função, porém somente no plano sócio-económico, NOGUEIRA SERENS, *A proibição da publicidade enganosa...*, cit., pág. 14; no sentido do texto, cfr., AcRL, de 5/12/85 (RICARDO DA VELHA), cit., pág. 770; VANZETTI, *Funzione e natura giurídica del marchio*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, I, pág. 57 e segs.; SACK, R., *Die Rechtlichen Funktionen des warenzeichens*, in *GRUR*, 1972, pág. 402 e segs.; TILMANN, *Marke und Verbraucherschutz*, ivi, 1983, pág. 103 e segs.

<sup>(754)</sup> Só é lícito afirmar, com propriedade, que a marca, por si só, gera nos consumidores (finais e intermédios) a convicção de que através dela se assegura ou garante a inexistência de defeitos nas hipóteses em que ela é qualificativa, descrita ou sugestiva, maximé, quando surge directamente ligada a uma actividade profissional, mas também quando os termos escritos ou visuais da sua composição apontam para uma qualificação concreta (v.g., *Molaflex* para utensílios destinados

Só que o legislador somente se preocupou em evitar que o público seja induzido em erro sobre a origem do produto ou do serviço e sobre os caracteres essenciais essenciais para a sua apreciação (arts. 211º/2 e 213º/1 do Código da Propriedade Industrial). Vale dizer: os consumidores devem estar em condições de identificar com segurança a origem do produto ou serviço com marca e de ao titular do direito poder imputar ou deixar de imputar a má qualidade de um produto ou serviço, ainda que por tal ele não seja minimamente responsável.

Ora isto é bem diferente de garantir o nível qualitativo do produto e a sua relativa constância no tempo. Dito de outro modo: a marca, por via de regra, não *garante* o consumidor mas simplesmente o *informa* sobre a qualidade relativamente constante do produto ou do serviço.

É, decerto também, um dado da experiência que certas marcas assumem uma autónoma *força atractiva* em relação ao mercado do consumo final. Não raro se adquirem produtos a detrimento de outros similares só porque aqueles são identificados por um *sinal* já *célebre* ou *famoso* (*marca lebre*). De resto, sendo as próprias marcas objecto da *publicidade*, por mor do seu massivo emprego para a promoção aquisitiva de produtos e serviços, tal circunstância, dada ao *valor intrínseco da marca* (v.g., a original força gestiva dos elementos figurativos que a compõem aliada, por exemplo, à criativa montagem televisiva do *spot* publicitário), vai contribuir para que aumente o consumo de produtos ou serviços. A marca assume-se, hoje, como

segurar elasticidade, conforto...). Asserção esta que se reforça sempre que a *imagem da marca* é suficientemente forte para gerar uma convicção de qualidade. E esta obrigação tem, normalmente, o fonte um negócio jurídico unilateral, contanto que ocorram os requisitos da promessa pública (arts. 457º e 459º do Código Civil), independentemente da (in)determinação dos inatários, e que funciona como *garantia tácita*. Neste sentido entre nós, FERREIRA DE MEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., vol. II, pág. 959 e segs.

um factor de promoção de vendas a ponto de ter um impacto sobre a clientela que, em regra, não mais se liga à *qualidade intrínseca do produto*. A marca cria, de facto um fenómeno psicológico pelo qual o consumidor liga – ou é induzido a fazê-lo – um produto ou um serviço ao seu *sinal*, à marca que o designa, em termos de ela compartilhar o nosso subconsciente e existência quotidiana<sup>(755)</sup>. E é por isso que se fala, hoje, na *força atractiva da marca*.

A marca é instrumento de estratégias económicas na organização dos mercados e circuitos de distribuição. É uma *arma* que se convoca na luta que opõe invariavelmente as *grandes superfícies* e o comércio de produtos de elite ao pequeno comércio, tanto no plano interno como transfronteiriço. Cfr., SCHIELB, *Le consommateur face à la multinationalité des marques*, in *Propriété Industrielle*, cit., 1978, II, 75, nº 207.

É compreensível, por isso, o interesse dos titulares de *marcas célebres*, invocando o seu *direito de uso exclusivo*, em impedir o uso de sinais idênticos (imitados ou reproduzidos) por parte de outros agentes económicos, ainda que se trate de *produtos (completamente) diversos* daqueles outros<sup>(756)</sup>. Ao que acresce o jogo dos contratos de *licença de marca* – inclusivé para produtos diversos daqueles cuja marca se encontra registada – que, no limite, criam verdadeiros *ententes*, traduzidas, não raro, quer em *práticas concertadas* de restrição da concorrência, quer em *abuso de posição dominante*.

<sup>(755)</sup> Cfr., SAINT GAL, *Rôle économique de la marque*, in *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique*, 1968, pág. 51; De WITT, *La marque, se vend mieux que le produit*, in *Propriété industrielle – Bulletin*, cit., 1970, II, 713; *Influence de la publicité sur la durée de vie des marques*, Paris, Fondation Jour de France pour la recherche en publicité, 1981; BATLLE SALES, *En torno a la función publicitaria de la marca*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1982, pág. 57 e segs.; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Las funciones de la marca*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1978, pág. 33 e segs.

<sup>(756)</sup> Cfr., AcRL, de 3/7/90 (SOUSA INÊS), in *Col. Jur.*, 1990, t. IV, pág. 119.

Na verdade, no domínio da *marca comunitária* [Regulamento nº 40/94, de 29/12/93 (Jornal oficial, L 11, de 14/1/94)] já se faz a distinção entre *marcas ordinárias* e *marcas célebres* (vide, infra) em termos de se estender a protecção destas últimas em áreas *ultramerceológicas* que é dizer, a titularidade (ou o uso) de marcas deste jaez confere o direito de impedir que terceiros façam uso, na sua actividade económica, de qualquer sinal confundível com essa marca para produtos ou serviços *não idênticos, não similares, nem semelhantes* àqueles para os quais aquela foi registada (v.g., um terceiro não *licenciado* que usa a marca *Marlboro* para calças que comercializa). O mesmo ocorre em sede do novo código da Propriedade Industrial (art. 191º: *sempre que o uso da marca posterior, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca ou possa prejudicá-los*).

### 1. Os tipos de Marcas

As marcas podem classificar-se segundo critérios diversos, de entre as quais avulta aquele que é atinente à natureza da actividade económica desenvolvida pelo seu titular.

Em primeiro lugar, o direito de usar marcar compete aos *industriais ou fabricantes, para assinalar os produtos do seu fabrico* (art. 168º/a, do Código da Propriedade Industrial)<sup>(757)</sup>. São estas as *marcas de fábrica*.

De resto, os bens que são objecto de diferentes etapas de fabricação ou que resultam da compósita junção de partes distintamente produzidas (v.g., um automóvel) podem incluir diferentes marcas de fábrica (v.g., a marca dos pneus, dos escapes, da bateria, etc.).

<sup>(757)</sup> Cfr., no direito pretérito, no mesmo sentido, o art. 76º/1, do Código da Propriedade Industrial e 1940.

Em segundo lugar, as marcas podem ser apostas pelos *comerciantes*, para assinalar os produtos do seu comércio (art. 168º/b, do mesmo diploma), seja por um distribuidor intermédio (grossista), seja pelo revendedor final (retalhista). Temos, destarte, as *marcas comerciais* (ou de comércio).

Em terceiro lugar, as marcas podem ser utilizadas por aqueles que prestam serviços, para assinalar a respectiva actividade<sup>(758)</sup> [v.g., empresas de aluguer de veículos automóveis sem condutor: *Hertz-Rent a car*; empresas de publicidade, de espectáculos, de seguros, Bancos, etc.]. São as *marcas de serviços*<sup>(759)</sup>.

Em quarto lugar, se assinalam as *marcas dos artífices* (art. 168º/d, do mesmo código), para identificar os produtos da sua arte, ofício ou profissão (vide, no mesmo sentido, o art. 76º/4, do anterior Código da Propriedade Industrial), querendo-se com isto referir a faculdade de o operário, que trabalha em termos de subordinação jurídica por conta de outrem, poder marcar os produtos do seu trabalho<sup>(760)</sup>.

Em quinto lugar, a lei refere ainda a existência das *marcas colectivas* (art. 172º/1, do Código da Propriedade Industrial), as quais, conquanto pertencendo a um único sujeito (pessoas colectivas de direito público ou de direito privado com prerrogativas de autoridade e sem fins lucrativos – art. 175º/1, a, b), são susceptíveis de serem

<sup>(758)</sup> Cfr. o já revogado Decreto-lei nº 176/80, de 30-5, e, hoje, a alínea e) do art. 168º do Código da Propriedade Industrial. Neste caso, o sinal distintivo – a marca – é oposto nos elementos materiais (v.g., formulários de contratos, recibos, correspondência, auportes publicitários, cartões de crédito) que *sensibilizam* ou *corporizam* o respectivo serviço. Cfr., PINTO COELHO, *Marcas de Serviço*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 91º, pág. 268 e segs.; BATTLESALES, *Consideraciones sobre la marca de servicios*, in Actas de Derecho Industrial, 1979-80, pág. 155 e segs.

<sup>(759)</sup> Por exemplo, a marca *Nova Rede*, pertencente ao Banco Comercial Português.

<sup>(760)</sup> FERRER CORREIA, *Direito Comercial*, cit., vol. I, pág. 318.

utilizadas por uma pluralidade de empresários, nas condições que aquele consignar nos seus estatutos (art. 175º/2) ou que conste do diploma orgânico que o aprove. Estas marcas, por via de regra, não são usadas pela pessoa colectiva que obteve o seu registo, mas sim por outras pessoas (humanas ou colectivas) e nas condições ínsitas no diploma orgânico e nos Estatutos dessa pessoa colectiva, que estourtas se obrigam a respeitar, facultando concomitantemente, o exercício de uma tutela inspectiva, por banda do titular da marca colectiva, quanto ao modo de utilização dessa marca. Têm estas *marcas colectivas* por função – conquanto limitadamente – garantir a proveniência<sup>(761)</sup>, a natureza ou a

<sup>761)</sup> Art. 172º/2, do novo código. Aqui a marca consiste numa denominação geográfica que designa a proveniência do produto ou do serviço. Decerto que, neste domínio, se deveriam impor algumas restrições, designadamente sempre que esses sinais ou indicações possam criar situações de injustificado privilégio ou afectar o desenvolvimento de outras análogas iniciativas nessa região. Não se esqueça que marcas deste jaez só podem ser usadas pelos empresários que cumram as condições descritas na lei ou nos Estatutos do titular da marca colectiva (v.g., a designação *Porto* para assinalar um certo tipo de vinho produzido na região demarcada do Douro). Cfr., Portaria nº 413/93, de 24-4 (*Presunto de Barrancos*); Portaria nº 430/94, de 24-4 cria as marcas colectivas dos enchidos destinados à preparação da *sopa de pedra*; Decreto-lei nº 262/87, de 29-6 (Institui o uso de marcas colectivas, sem indicação de proveniência, para autenticação de produtos alimentares tradicionais).

Sobre marcas colectivas, cfr. CHAVANNE/BURST, *Droit de la propriété industrielle*, cit., págs. 453 e 740 e segs; MATHÉLY, *Marques collectives et de certification*, in *Mélanges HANVANNE*, Litec, 1990, págs. 241 e segs; GALGANO, *Diritto Commerciale. Impreditore...*, cit., págs. 134; CAMPO BASSO, *Diritto Commerciale*, cit., págs. 179-180; RANCESCHELLI, in *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique*, 1965, págs. 306; FERRER CORREIA, *Direito Comercial*, vol. I, págs. 319-320; FERNÁNDEZ-JÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., págs. 60 e segs.

As marcas colectivas dividem-se em, por um lado, marcas de *associação* (que pertencem a uma associação de pessoas físicas ou colectivas, cujos membros as utilizam ou têm a intenção de usar para assinalar produtos ou serviços: cfr., art. 173º do Código da Propriedade Industrial) e, por outro, em *marcas de certificação* (que, pertencendo a uma pessoa colectiva que controla produtos ou os serviços ou estabelece normas a que estes devem obedecer, é utilizada nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo: art. 179º/1/2, do mesmo diploma).

Daqui decorre que, adentro das marcas colectivas as marcas de certificação são *marcas de garantia* (implicitamente vai nesse sentido o art. 175º/1, a, ao aplicar a disjuntiva *ou*), utilizadas por uma pessoa colectiva, com a finalidade *garantir* uma determinada qualidade ou qualidades dos produtos ou serviços que as ostentam. E são, deste jeito, marcas que certificam as características comuns, em particular a *qualidade*, os componentes e a origem dos produtos e serviços fabricados, distribuídos ou prestados por pessoas devidamente autorizadas pelo titular

qualidade do produto ou do serviço. Por isso se fala, também, no âmbito das marcas colectivas, da *marca de garantia* ou de *certificação* (art. 174º). Por isso que, a sua função de garantia de qualidade ou de proveniência dos produtos ou serviços é limitada ou condicionada pelo efectivo exercício dos poderes de controlo por parte do ente titular da marca e pela concreta aplicação das sanções estatutariamente previstas, as quais podem, é certo, conduzir à inibição do uso dessa marca colectiva pelo utente infractor.

De resto, as *marcas de certificação* (que não as *marcas de associação*), enquanto marcas colectivas, não são transmissíveis, salvo disposição especial da lei ou dos Estatutos dos organismos que, tutelando ou controlando actividades económicas, são titulares das marcas colectivas (art. 212º do Código da Propriedade Industrial)<sup>(762)</sup>. Enfim,

da marca de certificação, que, por seu turno, controla esse processo de produção e distribuição (ou de prestações de serviços). Note-se, que a lei não limita ou restringe o direito ao registo de marcas colectivas às associações de *produtores, fabricantes, comerciantes* ou *prestadores de serviços*, mas antes outorga esse direito a qualquer *pessoa colectiva* (associação de direito privado, público, fundação, etc.) a quem seja legalmente atribuída ou reconhecida uma *marca de garantia* ou que tutelem, controlem ou certifiquem *actividades económicas*. É claro que, apesar de a lei (art. 173º/2) autorizar a constituição de marcas colectivas com sinais ou indicações utilizadas no comércio para designar a origem geográfica dos produtos ou serviços, não podem registar-se como marcas (colectivas) as *denominações de origem* criadas pelo Governo, no uso das suas competências próprias.

De resto, conquanto se admita a inclusão nelas de sinais ou indicações para designar a origem geográfica, tal não deve habilitar os seus titulares a estender o *círculo de proibição* da marca colectiva a ponto de se arrogarem no direito de impedir o uso que outrem face destes sinais ou indicações. Vale dizer, essas indicações geográficas são se transformam em sinais monopolizados pelo titular da marca colectiva, antes se devendo entender que os demais agentes económicos os podem livremente utilizar (mesmo para identificar os seus produtos ou serviços), contanto que o façam em conformidade com as práticas leais do comércio ou da indústria. Caso sujeitam-se estes terceiros as *sanções* decorrentes da concorrência desleal, uma vez verificados os respectivos pressupostos específicos.

<sup>(762)</sup> Distintas das marcas colectivas são as designadas *denominações de origem*. Estas constituem sinais típicos de certos produtos ou mercadorias, oriundas de uma localidade, região ou território determinado (art. 249º/1, do Código da Propriedade Industrial), que são utilizadas para individualizar produtos com características qualitativamente atinentes a factores naturais ou a técnicas de produção próprias de uma determinada área geográfica (v.g., *Madeira*, para vinhos generosos). As *denominações de origem* não são marcas (e, por maioria de razão, marcas



o direito de usar marcas aproveita ainda aos agricultores, produtores pecuários, silvicultores ou exploradores florestais, para assinalar os produtos da agricultura, da pecuária, de qualquer exploração agrícola, zootécnica, florestal ou extractiva (art. 168º/c, do Código da Propriedade Industrial).

Por outro lado, há que distinguir as *marcas de base* (ou *marcas gerais*) das *marcas especiais* (art. 177º a 180º do mesmo código). Na verdade, pode utilizar-se uma só marca para todos os produtos ou serviços (*marca de base*), ou lançar mão para o mesmo fim de sinais distintos. É o que acontece quando se pretende distinguir os produtos ou serviços da mesma organização (onde a *marca de base* identifica a origem comercial ou industrial de uma série de produtos ou serviços produzidos por uma empresa de actividades múltiplas ou por um grupo de empresas) ou tipos diversos do mesmo produto ou serviço, para, neste último caso, acentuar as específicas diferenças qualitativas. É, ademais possível o uso simultâneo de uma *marca de base* e de várias marcas especiais, maxime quando se pretende evidenciar, *uno actu*, a unidade da fonte produtiva e a diversidade dos produtos ou serviços que dela brotam. Prática esta que está, hoje, bastas vezes difundida no sector da produção de veículos

coletivas), no sentido em que são *propriedade comum* (não *compropriedade*, mas sim *comunhão pro indiviso*) dos residentes nessa área (art. 249º/4, do mesmo diploma) e podem ser usadas ou fruídas por todas as empresas que aí explorem qualquer ramo de produção característico, contanto que o façam nas condições tradicionais ou usuais (os *usos da terra*) ou predeterminadas por via administrativa ou normativa. A despeito desta propriedade colectiva das denominações de origem, o título de registo é passado em nome da entidade (pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas) requerente (art. 252º/3, *idem*). Cfr., SORDELLI, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1982, I, pág. 5 e segs.; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 269-270; Acórdão da *Corte li Cassazioni*, de 19/3/91, nº 2942, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1991, II, pág. 123. As denominações de origem podem, todavia, entrar na composição das marcas. Vide, ainda, LE GALLEC, *La primauté des appellations d'origine contrôlées sur les marques*, in *Mélanges MATHÉLY*, Litec, 1990, pág. 249 e segs.; CHAVANNE/BURST, *Droit de la propriété industrielle*, cit., pág. 486-489.

automóveis (v.g., *Lancia Delta*, *Lancia Dedra*, *Lancia Thema*) e perfumes (v.g., *Channel nº 1*, *Channel nº 5*). Aliás, conforme o disposto no art. 179. do Código da Propriedade Industrial, a *marca de base*, não pode ser usada isoladamente, outrossim o seu uso deve ser acompanhado do uso da marca específica relativa a cada produto ou serviço.

Pelo que respeita à composição das marcas, a lei portuguesa outorga aos interessados ampla liberdade de actuação. Na verdade, o artigo 165º e 166º do Novo Código da Propriedade Industrial (Cfr., art. 79º do Código da Propriedade Industrial de 1940) enumeram um conjunto de sinais susceptíveis de contituir marcas, a saber:

- palavras (*marcas nominativas*) ou elementos verbais, incluindo, designadamente, nomes de pessoas, de localidades, pseudónimos, números, siglas, letras, expressões de fantasia (art. 165º/1, do Novo Código);
- elementos figurativos (*marcas figurativas*), tais como desenhos, emblemas, etiquetas, cores [art. 165º/1, 166º/1, d, do Código da Propriedade Industrial]<sup>(763)</sup>, hologramas, imagens sintetizadas, retratos, medalhas de fantasia, bandeiras, armas, escudos, selos, sinetes oficiais, símbolos religiosos (cfr., porém, as limitações constantes do art. 188º do Código da Propriedade Industrial), a forma do produto ou da respectiva embalagem (marcas tridimensionais ou de forma);
- elementos sonoros (*marcas auditivas*), tais como sons ou frases musicais, contanto que possam ser

<sup>(763)</sup> Cfr., MARTÍNEZ MINGUEZ, *La protección del color único como marca en el Derecho Español*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1982, pág. 117 e segs.

reproduzidos graficamente (v.g., através de uma pauta de música)<sup>(764)</sup>.

As marcas podem, enfim, ser constituídas, simultaneamente por elementos nominativos e figurativos e/ou onoros, caso em que temos *marcas mistas* ou *complexas*<sup>(765)</sup>.

Por via de regra, a marca é um sinal externo ao produto ou ao seu invólucro, que não um seu elemento constitutivo. Todavia, mesmo à luz do art. 79º do Código da Propriedade Industrial de 1940, de onde decorria que o produto devia estar completo, natural, funcional e esteticamente, já não era de excluir a admissibilidade das chamadas *marcas de forma* ou *tridimensionais*. É o caso, v.g., da particular forma de uma garrafa de licor<sup>(766)</sup>. Neste sentido vai, hoje, explicitamente o Novo Código da Propriedade Industrial [art. 166º/1, a] ao dispor que as marcas não podem ser constituídas *exclusivamente pela forma imposta pela própria natureza do produto, pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico ou pela forma que confira um valor substancial ao produto*. Vale isto por significar que, para ser tutelada como marca, a forma não pode ligar-se ao *valor essencial* do produto, mas sim, se e quando, por sua causa, for possível adicionar ao *valor utilitário* do produto um determinado *valor de atracção* ou *forma atractiva*. É preciso,

<sup>74)</sup> Não são, entre nós, admitidas as chamadas marcas gustativas ou olfactivas, o que vale por zer que é vedado o registo, como marcas, de perfumes ou aromas, na medida em que são susceptíveis de representação gráfica e, consequentemente, de percepção objectiva. Quanto ao direito de proteger, nos termos gerais, estes sinais através do operar dos mecanismos da *concorrência desleal* (arts. 260º e segs. do Código da Propriedade Industrial). Seria a hipótese, por exemplo, de alguém imprimir um jornal com idêntico aroma (isto é, um *jornal perfumado*) de um seu concorrente. Cfr., sobre marcas olfactivas, GATTI, in Rivista di Diritto Commerciale, 90, I, pág. 651 e segs.; CHAVANNE/BURST, *ob. cit.*, pág. 473-474.

<sup>75)</sup> Neste caso, a marca é constituída por um conjunto de sinais, aí onde nenhum deles é individualmente protegido, pois que só esse conjunto é que é protegido como marca.

<sup>76)</sup> Cfr., Acórdão da Corte di Cassazione, de 29/3/65, nº 549, in Foro Italiano, 1965, I, c, pág. 36; Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris, de 15/1/76, in Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire, 1976, III, 136, nº 166.

porém, que esta força atractiva não se mostre subordinada à natureza intrínseca do produto. Não se compreenderia, por exemplo, que um costureiro quisesse registar como marca o modelo de um *robe*, pois que, desse modo, estar-se-ia não perante um sinal que identificava a origem ou proveniência do produto, mas sim em face do próprio produto. Por outro lado, é preciso ainda que a forma do produto (que se pretende tutelar como marca) não seja necessária à obtenção de um resultado técnico, pois que a *forma necessária* do produto [v.g., a própria forma de uma garrafa] é – e deve ser invariavelmente – livremente apropriável e fruível por quem quer que seja. Por último é indispensável que a forma do produto não tenha efeito estético ou funcional, já que, doutro modo, o produto não estaria completo, sob o prisma *funcional e estético*, conduzindo a que a marca fosse entendida como parte integrante dele. De facto, as *formas funcionais, ornamentais ou estéticas*, isto é, as que desempenham qualquer função na utilização do produto ou as que, entrando na sua composição, apresentam originalidades do ponto de vista estético, podem ser protegidas como *modelos de utilidade e modelos industriais* (art. 122º e segs. e 139º e segs. do Novo Código da Propriedade Industrial). É que, se estas formas necessárias, funcionais e ornamentais pudessem ser registadas como marcas tal permitiria ao seu titular um direito de exclusivo praticamente perpétuo, limitado somente pelos casos de caducidade do direito à marca previstos nos arts. 36º e 216º do Código da Propriedade Industrial, ao passo que a caducidade do depósito de *modelos de utilidade* pode dar-se por não uso num prazo de dois anos (art. 138º/a).

Deste modo, ao abrigo do art. 166º/1, a, do Novo Código, só a forma, *arbitrária, caprichosa, gratuita performativa*, conceitualmente distinta do produto, é que pode registar-se como marca, contanto que a sua função seja, exclusivamente, a de permitir a individualização ou diferenciação do produto. Se assim não fosse e as formas necessárias, *funcionais, estéticas* ou *ornamentais* pudessem ser registadas como marcas, o titular delas teria o direito exclusivo a certa produção ou venda de produtos, desvirtuando, desta sorte, a função da marca como sinal de identificação de proveniência de mercadorias ou serviços de certo género. Cfr., DI CATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 93 e segs.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale...*, cit.,

pág. 179; BRAUN, *Precis de marques de produits et de services*, 2ª ed., 1987, pág. 72; sentença do Tribunal de Paris, de 4/7/89, in *Proprieté Industrielle – Bulletin Documentaire*, 1990, III, nº 471, pág. 76 (recusa de registo como marca da forma de discos); Acórdão do *Tribunal d'Apello* de Milão, de 21/9/90, in *Giustizia Civile*, 1991, I, pág. 2455 (recusa de registo da forma dos enfeites que ornamentam as sapatilhas de marca *Adidas*); Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 21/5/81, nº 333, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1982, II, pág. 319 [anulação do registo como marca da forma da embalagem de um perfume]; sentença do Tribunal de Treviso, de 29/10/88, in *Giurisprudenza di Diritto Industriale*, 1988, pág. 832 [recusa de registo como marca da forma de apresentação de um doce natalício]<sup>(767)</sup>. Pelo que a forma exclusivamente funcional ou estética de um produto é tutelada em face de eventuais imitações por via do registo como *modelo industrial* ou *modelo de utilidade* ou, subsidiariamente, pelo recurso aos normativos sobre *concorrência desleal*.

Quanto às *marcas nominativas*, especiais problemas se colocam na utilização de nomes individuais como marcas, seja quando a marca é constituída pelo nome individual de quem a usa ou pretende o seu registo, seja quando é constituída ou pretende vir a sê-lo, com a inclusão nela, total ou parcialmente, de nomes individuais de terceiros.

Assim, *prima facie*, o titular do nome pode utilizá-lo como marca dos seus produtos ou serviços. De igual sorte, o marido ou a mulher podem utilizar, na composição da marca, os apelidos do outro (art. 1677º, do Código Civil). Decretada a separação judicial de pessoas e bens ou falecido um dos cônjuges, a lei faculta, independentemente de consentimento, a conservação dos apelidos

do outro que tenha adoptado (arts. 1677º-A e 1677º-B/1, do Código Civil). No caso de divórcio (litigioso ou por mútuo consentimento) o ex-cônjuge carece de consentimento do outro ou do suprimento judicial do consentimento para o efeito de continuar a usar como marca os apelidos do outro (2ª parte do nº 1 do art. 1677º-B, do Código Civil). Sendo assim, ainda que esse cônjuge conserve sobre a marca um direito já adquirido, porquanto se trata de um elemento imaterial do estabelecimento comercial (ainda que tenha integrado os bens comuns, mas lhe tenha sido adjudicado na partilha subsequente ao divórcio), poderá o uso nela do nome do ex-cônjuge ser vedado por sentença judicial, se o ex-cônjuge não der o seu consentimento ou o mesmo não tiver sido judicialmente suprido. Todavia, nos casos de morte, como de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, o cônjuge que conserve os apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar, mesmo como marcas, se e quando esse uso lesar gravemente os interesses morais do outro cônjuge (ou ex-cônjuge) ou da sua família (na hipótese de falecimento de um dos cônjuges). Parece que, nesta hipótese, não deverá funcionar prazo de caducidade de 10 anos para a propositura da acção (art. 214º/5, do Código da Propriedade Industrial), pois que ele está predisposto para as situações em que é pedido o registo de marca a que falte a permissão *inicial* da(s) pessoa(s) a quem respeite(m) o(s) nome(s) individual(ais). Figura-se, deste jeito, não uma *causa atípica* de anulação do registo da marca [posto que inexistente uma causa privativa de extinção do direito de propriedade, deste jaez, sobre a marca, atento o princípio da *tipicidade taxativa* das formas de extinção dos direitos reais] mas a (eventual) *privação do uso*, para qualquer efeito que releve da esfera jurídica do ex-cônjuge (titular da marca) dos apelidos do outro cônjuge. Ora, esta eventualidade pode, outrossim, conduzir à extinção do direito de propriedade sobre a marca por *caducidade*, decorrente do seu não uso durante mais de cinco anos consecutivos (art. 216º/1, a); todavia, esta eventualidade obviamente não funcionará nos casos em que esse uso lesa gravemente os interesses materiais do outro cônjuge ou da sua família. Mas já, por outro lado, se aplicará o regime do art. 214º do Código da Propriedade Industrial, se a marca, independentemente dos motivos enunciados no nº 1 do art. 1677º-C do Código Civil, em cuja composição se inclui os apelidos do

(767) Vide, ainda CHAVANNE/BURST, *Droit de la Proprieté industrielle...*, cit., pág. 494-495; GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore...*, cit., pág. 135; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 250; CIAN/TRABUCCHI, *Commentário...*, cit., pág. 2137; contra, aparentemente, a admissibilidade de *marcas de forma* ou *tridimensionais*, FERRER CORREIA, *Direito comercial*, cit., I, pág. 323, nota 2 (louvando-se na argumentação de FERRARA JUNIOR, *La teoria giuridica dell'azienda*, pág. 222-223). No sentido do texto, cfr., entre nós, PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, cit., I vol. pág. 452-453 (*desde que a própria mercadoria tenha uma forma típica, original, a sua reprodução gráfica pode ser adoptada como marca, estando assim assegurada a sua novidade ou eficácia distintiva*); NOGUEIRA SERENS, *Marcas de Forma*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, t. IV, pág. 59 e segs.; MARTINEZ MÍNGUEZ, *La Marca tridimensional*, Leon, 1989; OTERO LASTRES, in *Actas de Derecho Industrial*, 1974, pág. 293 e segs.; FERNANDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, Madrid, 1990, pág. 80 e segs.

outro cônjuge ou ex-cônjuge, for susceptível de induzir o público em erro, nos termos da alínea l) do nº 1 do art. 189º do Código da Propriedade Industrial.

Pode suceder, por outro lado, que o empresário faça figurar na marca nome ou apelido de terceiro (seja total ou parcialmente). Todavia, a lei mercantil requer a autorização da *pessoa estranha ao requerente* cujo nome figure na marca, seja ou não um empresário concorrente (art. 182º/1, d, e 189º/1, g, do Código da Propriedade Industrial), sob pena de recusa ou de anulação do registo, independentemente de se tratar de nome célebre, nobre ou dotado de grande notoriedade. Como que que seja, é razoável que o *uso de facto* de uma marca (não registada) na qual figure, total ou parcialmente, o nome ou apelido de terceiro, impeça, em certas hipóteses a recusa ou a anulação do registo. E tal sucederá se e quando o nome ou apelido de terceiro tenha transformado na designação usual no comércio do produto ou do serviço. E bem assim se se provar a existência de um acordo tácito, emergente de factos concludentes que, com toda a probabilidade, o revelem: não bastará, decerto, um comportamento tolerante do terceiro, pois que a acção inibitória de que este pode lançar não caduca (arts. 72º, 73º, 71º/1/2, do Código Civil). Porém, podem entrever-se situações de abuso de direito de terceiros, cujo nome ou apelido fique na composição da marca de outrem, quando, por exemplo, o uso reiterado da marca lhe tenha conferido notoriedade, em termos de a recusa ou a anulação do registo lhe possa causar um prejuízo considerável, contanto que o terceiro (homónimo ou não), conhecendo esse uso de facto do seu nome na composição da marca, nada tenha feito, durante largo tempo, para o impedir, podendo fazê-lo. De resto, nos casos de *homonímia*, o tribunal decide segundo a equidade, adoptando as providências que melhor conciliem os interesses em conflito: o que vale por dizer que, bastas vezes, será tão só necessário efectuar pequenas alterações ou modificações na marca.

## 2. Os requisitos de validade das marcas.

Para poder lograr tutela jurídica a marca – que o mesmo é dizer, a sua constituição – deve obedecer a certos

requisitos, de cuja existência está dependente a sua validade como sinal distintivo de produtos ou serviços, a saber:

- a) licitude;
- b) verdade;
- c) novidade; (este último a envolver a *especialidade* e a *originalidade* ou *capacidade distintiva*).

*Prima facie*, a válida constituição da marca pressupõe o respeito por todo um conjunto de específicas restrições à liberdade de composição, quais sejam as constantes das alíneas a), b), c), d), e), g), h), i) e j) do nº 1 do art. 189º do Novo Código da Propriedade Industrial, em homenagem a díspares interesses que se prendem ora, com a ordem pública económica e social, os *bons costumes* [alínea j) do citado preceito]<sup>(768)</sup>,

<sup>(768)</sup> V.g., a marca ópio para identificar um perfume [mas já não *opium*]; cfr., MATHELY, *L e droit français des signes distinctifs*, 1984, pág. 66-67.

A este propósito, deve o Instituto Nacional Propriedade Industrial ou os juízes fazer apelo às normas da constituição que acolhem e densificam um conjunto de valores e de direitos fundamentais que hão-de espelhar as concepções de uma sociedade tolerante, mas não licenciosa.

Deve atender-se, por um lado, à própria estrutura gráfica do sinal: é inquestionável que, nalgumas hipóteses, as palavras e os desenhos são, de per se, insidóneos para constituir marca porque, independentemente dos produtos ou serviços que pretendam assinalar, contrariam abertamente os *bons costumes* ou a ordem pública. Tal seria o caso de uma expressão que violasse directamente a dignidade das mulheres. Por outro lado, não deve recusar-se o registo de uma marca se a *imoralidade* de ínsita no sinal é tão-só intuível por um pequeno sector da população (e desde que o produto assinalado se destine ao consumo de um público alargado): a palavra *cavalo* – que serve para, na gíria, de um estrito grupo de consumidores, designar um certo tipo de droga, entre nós, não licitamente comercializável – pode registar-se como marca para identificar, v.g., graxa de sapatos (vide, nos E.U.A., o caso *Mepperte*, onde a expressão *Acapulco Gold*, usada ocasionalmente como sinónimo de marijuana, pôde registar-se como marca, porquanto se considerou que o consumidor médio não associava aquela expressão com uma substância estupefaciente, outrossim com a cidade mexicana de Acapulco notoriamente conhecida como um aprazível destino turístico).

Ademais, na dilucidação acerca do carácter *imoral* do sinal cujo registo como marca se pretende obter deve tomar-se em conta a sensibilidade média dos consumidores relativamente aos quais vão destinados os produtos ou serviços assinalados com a marca. O grau de tolerância deve ser menor se e quando todos os sectores da população têm livre acesso ou natural apetência para adquirir os correspondentes produtos ou serviços assinalados. Mas, ao invés, se os produtos ou serviços assinalados pela marca preenchem as necessidades e são, por isso, adquiridos só por um específico sector de consumidores – cuja sensibilidade não é, certamente, excessiva – deve o grau de tolerância ser maior, pelo que respeita à verificação em concreto da aludida ofensa do sinal à moral ou à ordem pública, nos termos do art. 189º/1, i, do Código da Propriedade Industrial.

os direitos de autor e de propriedade industrial [alínea h), idem] de outrem, a tutela dos direitos de personalidade – direito ao nome e à imagem – tanto em vida como após a morte dos seus titulares [alínea g), do citado nº 1] <sup>(769)</sup>, a defesa dos sinais protegidos por Convenções Internacionais [alínea l), do nº 1, ibidem], ora com a Soberania Nacional e os interesses do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, nacionais ou estrangeiras <sup>(770)</sup> [alínea a), do nº 1, ibidem], ora ainda com o ilícito aproveitamento de sinais atinentes a antigos *status* de privilégio [(alínea c), do nº 1, cit.: brasões, títulos nobiliárquicos, insígnias heráldicas, distinções honoríficas ...].

Em segundo lugar, figura-se o requisito – ou princípio – da *verdade* que vem enunciado nas alíneas f) e l) do nº 1 do art. 189º do Novo Código da Propriedade Industrial <sup>(771)</sup>. E vale este princípio por significar que a marca não pode induzir o público em erro, designadamente, sobre a natureza, qualidades, utilidades ou proveniência geográfica do produto ou do serviço a que a marca se destina: que o mesmo é dizer

<sup>69)</sup> Cfr., AcRP, de 9/7/69 (JOSÉ MONTENEGRO), in *Jurisprudência das Relações*, no 15º, pág. 781 (considerando ilegal o uso da marca *Conde de Amarante* a par do retrato do primeiro conde deste título, sem qualquer autorização); AcRL, de 3/5/68 (DANIEL FERREIRA), i, Ano 14º, pág. 542 (defendendo que a palavra *ZARCO* pode ser registada como marca, apesar de ser a alcunha da figura histórica do navegador João Gonçalves, independentemente de o querente provar que tem ou não direito ao uso desse apelido).

<sup>70)</sup> V.g., S.I.S. (*Serviços de Informação e Segurança*) para identificar os serviços prestados por uma empresa privada de Segurança. F.B.I., para vestuário masculino. Cfr., sentença do 3º Juízo Civil de Lisboa, de 25/4/72, in *Boletim da Propriedade Industrial*, 1973, pág. 1722 (admitindo Registo da marca *BBC*).

<sup>71)</sup> Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 332; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 252; AMPO BASSO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 181; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 505 e segs.; MARTEAU-ROUJOU DE BOUBÉE, I., *Les marques deceptives, Droit Français, Droit Communautaire*, Litec, 1992; REINHARD, Y., *Droit Commerciale...*, pág. 331-332 (tratando esta matéria no quadro do princípio da licitude); ULETTA/SALANITRO, *ob. cit.*, pág. 59.

que a marca não pode conter indicações erróneas: não se admitem as *marcas deceptivas*.

A recusa do registo ou a anulação de *marcas enganosas* ou *deceptivas* vai predisposta em atenção aos interesses dos consumidores (maxime, consumidores finais) e não, pelo menos directamente, em homenagem aos interesses do titular da marca; o que se apresenta, no mesmo passo, tanto como medida complementar do regime jurídico atinente à publicidade enganosa (constante do *Código da Publicidade*, aprovado pelo DL nº 330/90, de 23-10, seja como execução-complementação da disciplina constitucional (art. 60º da Constituição) e legal (Lei nº 29/81) tendente à protecção dos *interesses económicos dos consumidores*.

A marca violará o princípio da verdade se, abusivamente, fizer crer ao espírito do *consumidor médio* a *origem oficial* ou *institucional* do produto ou do serviço [alíneas a) e d) do nº 1 do art. 189º do mesmo diploma] <sup>(772)</sup>. Mas, também, quando inclua distintivos, selos e sinetes, de forma a fazer – erroneamente – crer a existência de uma prévia fiscalização (médica, físico-química, biológica, etc.) ou outorga de garantia [art. 189º/1, b) e l) do Novo Código da Propriedade Industrial].

Outras vezes, o carácter enganoso da marca pode ligar-se a uma errónea e falsa indicação da proveniência do produto ou do serviço <sup>(773)</sup>.

<sup>(772)</sup> V.g., uma marca que inclua o emblema do *Conselho de Europa*. Cfr., art. 93º/1, 4, do Código da Propriedade Industrial de 1940.

<sup>(773)</sup> Sendo certo que as marcas não podem ser exclusivamente compostas por sinais ou indicações que possam servir no comércio para designar o lugar de origem dos produtos, a proibição constante da alínea l) do nº 1 do art. 189º do Novo Código da Propriedade Industrial diz respeito a uma indicação de proveniência que, à luz da alínea b) do nº 1 do art. 166º do mesmo diploma, possa ser incluída na marca. E isto apesar dessa indicação de proveniência, por si só, constituir um *sinal fraco* (cfr., infra, pág. 637 e segs.).

Daí que a recusa ou anulação do registo está, nesta hipótese, dependente de várias circunstâncias, a saber: a) a existência, nos elementos constitutivos da marca, da indicação da proveniência do produto ou do serviço; b) a falsidade dessa indicação; c) a melhor aceitação, por parte do público, do produto ou do serviço, em virtude dessa *falsa indicação* da proveniência geográfica<sup>(774)</sup>, quer haja ou não algum elemento valorativo de conexão do produto ou serviço com a localidade ou região<sup>(775)</sup> e a despeito de a proveniência geográfica constante da marca ser atinente a produtos ou serviços não afins ou idênticos a que essa marca se destina<sup>(776)</sup>.

Noutros casos, a anulação ou recusa de registo pode adicar-se na forma enganosa de apresentar o produto ou o serviço no que tange às suas qualidades essenciais.

Por exemplo, a inclusão da palavra *Supermint* na marca de um produto que não contenha *menta*<sup>(777)</sup>; a inclusão do vocábulo *caseiro* na marca de queijos fabricados industrialmente; o uso dos dizeres *A principal rede financeira*, na composição de uma *marca de serviços* prestados por uma Sociedade Bancária de escasso relevo económico.

<sup>774)</sup> Cfr., AcRL, de 20/2/70 (ACÁCIO FERREIRA), in Jurisprudência das Relações, Ano 16º, p. 62.

<sup>775)</sup> Contra, AcSTJ, de 20/2/70 (TORRES PAULO), in Bol. Min. Just., nº 195, pág. 261.

<sup>776)</sup> V.g., a marca *Dão* – sinal este que faz parte de uma *denominação de origem controlada* vinícola (cfr., DL nº 429/86) – para sapatos; *champagne* para cigarros (cfr., BURST, in *Révue éditoriale de la propriété industrielle et artistique*, 1984, pág. 40).

Este nós, já se considerou que a inclusão na marca da palavra *Scotch* não serve para atribuir aos respectivos produtos a proveniência escocesa (AcRL, de 20/2/70, cit.; AcRL, de 12/2/70 (in *Letim da Propriedade Industrial*, 4º, pág. 563: *Scóth-tred*); sentença do 4º Juízo Cível de Lisboa, de 16/11/74 (in *Boletim da Propriedade Industrial*, 11º, pág. 2067): *Malhas Sidnei-Portugal*).

<sup>777)</sup> No pressuposto de os dizeres, apesar de redigidos em língua inglesa, se conformarem com o regime jurídico português, onde vigora a regra de os dizeres das marcas deverem ser redigidos em língua portuguesa (art. 181º/1 do Novo Código da Propriedade Industrial).

Mas já, doutra sorte, não haverá, por via de regra, susceptibilidade de indução do público em erro, se e quando o conjunto dos consumidores não puder razoavelmente contar com a imputação de certas qualidades ao produto, apesar da inclusão na marca de palavras que, aparentemente, o fizessem supor: v.g., a inclusão da palavra *Algodon* na marca de papel higiénico, se a ulterior promoção publicitária do produto esclarecer, sem margem para qualquer dúvida razoável, que a composição do produto não inclui algodão.

Ademais, todas as marcas que reproduzem uma *denominação de origem*, apesar de incluírem expressões ou palavras correctivas como *tipo, género, estilo, qualidade*, etc., têm, evidentemente, por escopo induzir o público em erro sobre a proveniência geográfica do produto, desviando a clientela daqueles que têm direito ao uso da *denominação de origem*.

É preciso, enfim, distinguir aquelas eventualidades em que a marca é, *por si mesma*, deceptiva ou enganosa porque, v.g., induz o público em erro sobre as suas qualidades<sup>(778)</sup> e estourras em que o engano só surge posteriormente, aquando do seu efectivo uso: v.g., *Mokambo - o Melhor café*, para identificar um café que se vem a revelar constituído por grãos de segunda qualidade<sup>(779)</sup>. Noutros casos, ainda, o público é induzido em erro quando, uma vez postos no mercado produtos de qualidade constante, o titular da marca passar a comercializar, usando a mesma marca, produtos de qualidade notoriamente inferior. Todavia, esta eventualidade escapa, segundo se crê, ao âmbito do direito das marcas.

<sup>(778)</sup> V.g., a marca *tudo-fruta* para identificar conservas de *pickles*.

<sup>(779)</sup> Nestes casos, para além da específica sanção aplicável no domínio do direito das marcas, é lícito aos consumidores desencadear os mecanismos gerais da responsabilidade civil contratual, por via da existência, decorrente da composição da marca, de uma promessa pública (tácita) de garantia (cfr., supra pág. 599, nota 754).

Será, outrossim, aos consumidores, no quadro das regras, sobre a livre concorrência, a publicidade enganosa e o regime das *vendas à distância*, que se outorgará o poder de julgar e reagir em face de semelhantes práticas contratuais<sup>(780)</sup>.

Por último, cabe referir o requisito – ou princípio – da *novidade*<sup>(781)</sup>. E vem ele a significar que a marca há-de ser constituída por palavras ou figuras diversas, por forma a não se confundir com outra anteriormente adoptada ou existente para produtos ou serviços idênticos, similares ou semelhantes, fabricados ou comercializados por outrem<sup>(782)</sup>. A marca não pode, por conseguinte, ser idêntica a uma marca anterior, contanto que os produtos ou serviços para os quais o registo da marca for pedido, ou a marca tiver sido registada, forem idênticos aos produtos ou serviços para os quais a marca anterior está protegida. É preciso, pois, que a marca seja *nova*; que esteja *disponível*, vale dizer que, enquanto sinal (nominativo, figurativo...) ainda, não tenha sido apropriado por nenhum concorrente. Só a novidade

<sup>80)</sup> Repare-se que o registo da marca tão-só pode ser anulado se *no momento da concessão* se tiver infringido o disposto no arts. 188º e 189º, *ex vi* do art. 214º do Código da Propriedade Industrial, mas já não se a expectativa da *qualidade constante* do produto ou serviço desaparecer por via de superveniente actuação do titular da marca. Tão pouco será aplicável o regime jurídico das marcas, constante do Código da Propriedade Industrial, às falsas indicações, sobre as utilidades a composição ou as utilidades dos produtos inscritos nos seus rótulos. Cfr., no direito anterior o art. 95º, *ex vi* do art. 122º, § 1, do Código da Propriedade Industrial de 1940.

<sup>81)</sup> Cfr., em geral, CAMPO BASSO, *Diritto Commerciale...*, cit., pág. 181 e segs.; REINHARD, *„ Droit Commerciale...*, cit., pág. 332 e segs.; GALGANO, *Diritto Commerciale. imprenditore*, cit., pág. 135; CARLOS OLAVO, in col. Jur., 1987, t. 2, pág. 23-24; PINTO DELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 379; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, pág. 327-328; CIANI/RABUCCHI, *Commentário*, cit., pág. 2136-2137; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 252 e segs.; ROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 143-144; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Algunas claves del nuevo derecho de marcas*, in *La Ley*, 1989, vol. I, pág. 923 e segs.; AULETTA/SALANITRO, *ob. cit.*, pág. 60; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pág. 511 e segs.; ZEMA, *Lamy Droit Commercial*, cit., pág. 4930 e segs.; MATHELY, *Le droit français des marques distinctives*, 1984, pág. 530 e segs.

<sup>82)</sup> Cfr., arts. 165º/1, in fine, 189º/1, m e nº 2, 193º/1/2 e 207º do Cód. da Propriedade Industrial.

permite, por outro lado, que a marca tenha ou exerça eficácia ou *função distintiva* – posto que ela é o sinal que habilita o consumidor a distinguir os vários produtos postos à sua disposição. De resto, o agente em relação ao qual a eficácia distintiva deve actuar é o *consumidor vulgar*<sup>(783)</sup>, pessoa que se concebe distraída e pouco informada na altura de realizar aquisições. Sendo assim, a marca só será *nova* se, do mesmo passo, não gerar no espírito daquele consumidor um risco de *confusão* que compreenda o risco de associação com marca anterior, devido à identidade ou semelhança *gráfica e fonética* com essa marca anterior.

Note-se – e não é despiciendo dizê-lo – que a indução em erro a sua possibilidade reporta-se aos sinais e não aos produtos. E, por sua vez, é ainda mister que tais sinais distintivos se liguem ao mesmo produto ou serviço ou a produtos ou serviços idênticos, similares ou semelhantes (cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 329; CARLOS OLAVO, cit., pág. 24).

A marca – *dissémos* – deve ser nova em relação às anteriores. Deve ser um sinal *ainda* disponível, novo. Que não em termos absolutos: não se exige uma *novidade* absoluta, comparável à que se topa no domínio dos patentes e dos desenhos e modelos de utilidade, mas tão-só uma novidade relativa. Basta que este sinal – a marca, com o conjunto dos elementos que, concretamente, a componham – não seja objecto de um direito concorrente, por parte de um outro empresário, actuando no mesmo sector de actividade – em homenagem ao princípio da especialidade (salva a hipótese, como se-verá, das *marcas célebres*).

A marca só tem de ser nova e, portanto, distinta de outra já existente para produtos ou serviços do mesmo

<sup>(783)</sup> Tal agente não é, pois, o técnico do sector em que o produto se integra, o perito, o especialista.

gênero, idênticos ou semelhantes. Não tem de ser, pois, distinta de *toda e qualquer outra* marca já registada<sup>(784)</sup> (art. 189º/1, m, do Código da Propriedade Industrial).

É certo que, por mor do *princípio da especialidade*, o empresário adquire, após o registo, o direito de usar, em exclusivo, a marca, não só para os produtos ou serviços indicados no seu pedido de registo (art. 181º/1, b, do Código da Propriedade Industrial), mas também é protegido do uso que terceiros façam dela, sem autorização, para produtos ou serviços *idênticos* ou *semelhantes*, isto é, de *afinidade manifesta* (art. 207º do Novo Código da Propriedade Industrial). Daqui decorrem duas consequências: a) os terceiros não podem usar e/ou registar marca igual ou confundível com outra anteriormente registada para os *mesmos produtos* (art. 207º, do Novo Código da Propriedade Industrial); b) os terceiros podem usar e/ou registar uma marca igual ou confundível para *produtos diferentes*, ou seja, para produtos que, não sendo os *mesmos*, não são, de igual sorte *semelhantes*, *similares* ou de *afinidade manifesta*; que o mesmo é dizer que o *círculo de proibição* do direito real exercitado pelo titular da marca registada pára aí onde termina a *identidade merceológica* dos produtos ou serviços marcados pelo titular dela em face dos produtos ou serviços marcados por terceiros. E isto é assim (salva a hipótese das marcas célebres) justamente porque com a marca – enquanto sinal distintivo de produtos e serviços – pretende-se evitar a criação de riscos de confusão (cfr., JUSTINO CRUZ, *Código da Propriedade Industrial*, 2ª ed., Coimbra, 1983, pág. 206 e segs.). Riscos este que se concretizam sempre que os sinais são iguais ou confundíveis e os produtos ou serviços são os mesmos. Mas que já não existem se o terceiro usa e /ou regista marca igual ou confundível para *produtos diferentes*, não concorrenciais.

Porém, o legislador não diz quais os critérios que presidem à individualização da *afinidade* ou *similitude* entre produtos e/ou marcas de diverso jaez.

Uma primeira solução residiria em lançar mão da classificação oficial dos produtos em vigor, isto é, pela classificação

internacional de produtos e serviços, consignada pelo Acordo de Nice, de 15/6/1957. Só que esta classificação é limitada, pois que tem, principalmente, carácter e alcance administrativo-fiscal. Além de que, por vezes, é arbitrária e, não raro, se revela artificial [v.g., marcas iguais ou confundíveis, pertencentes a dois empresários diferentes poderão em princípio coexistir pacificamente para identificarem vestuário e sapatos, apesar de figurarem na classe nº 25 da *Lista de Classes de Produtos e Serviços*, aprovada pelo DL nº 176/80, de 30-5 (Anexo, tabela nº 5)]. Assim, já o AcRL, de 20/4/1955, in *Jurisprudência das Relações*, 1955, pág. 325; AcRL, de 10/3/1967 (BOTELHO DE SOUSA), in *Jurisprudência das Relações*, ano 130, pág. 245; mitigadamente, AcSTJ, de 12/3/1965 (SIMÕES DE CARVALHO), in *Bol. Min. Just.*, nº 145, pág. 393; AcSTJ, de 3/4/1970 (ALMEIDA MOURA), in *Bol. Min. Just.*, nº 196, pág. 265; AcRL, de 26/5/1971, in *Bol. Min. Just.*, nº 207, pág. 225.

Por isso que, individualizando a marca produtos ou serviços, se afirmou que o critério da *afinidade* ou *similitude* residiria na susceptibilidade de os produtos ou serviços satisfazerem as mesmas necessidades individuais ou necessidades análogas. Ou seja: o risco de confusão estaria, do mesmo modo, dependente de os produtos ou serviços serem sucedâneos ou facilmente substituíveis ou sub-rogáveis. Assim, ainda que os produtos ou serviços marcados não se dirijam à satisfação da mesma necessidade imediata, mas de necessidades imediatas tão semelhantes, poderá haver risco de confusão, uma vez que o consumidor, com a satisfação de uma delas, pode prescindir de satisfazer a outra. É, ainda, este o critério prevalecente na jurisprudência: cfr., AcSTJ, de 12/3/1991 (SIMÕES VENTURA), in *Bol. Min. Just.*, nº 405, pág. 492 e segs. (defendendo que a *afinidade* é apreciada tendo como base os destinos e aplicações idênticos, isto é, a mesma utilidade e finalidade dos produtos, considerando-se afins os produtos quando estes são concorrentes no mercado, quando têm a mesma utilidade e fins); AcRL, de 8/6/1993 (BETTENCOURT DE FARIA), processo nº 5403, inédito, in *Data Juris*, cit.); AcSTJ, de 18/11/1993 (FIGUEIREDO DE SOUSA), processo nº 84 137, inédito, in *Data Juris*, cit. (*são afins os produtos concorrenciais no mercado, por terem a mesma utilidade e fim*); AcSTJ, de 21/5/1981 (ABEL DE CAMPOS), processo nº 69 296 (A

<sup>(784)</sup> Cfr., PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 379.



*identidade, semelhança ou afinidade deve ser apreciada considerando-se a utilidade e finalidade dos produtos, a possibilidade de concorrência no mercado*), in Bol. Min. Just., nº 307, pág. 291; AcSTJ, de 13/2/1979 (MATOS CORTE-REAL), in Bol. Min. Just., nº 284, pág. 238 (*São afins os produtos concorrenciais, no mercado, por terem a mesma utilidade e fins*).

Crê-se, no entanto, que é preciso fazer um último teste *confundibilidade*, que é dizer: o exposto critério da individualização da afinidade com base na *sucedaneidade* ou *subrogabilidade* dos produtos ou serviços é insuficiente, pois que se presta – ou, melhor, não afasta – (a) surgimento de um outro tipo de confundibilidade. E traduz-se este na utilização de sinais iguais ou confundíveis para identificar produtos ou serviços *não afins* ou *não idênticos* – que não são idôneos para satisfazer a mesma necessidade ou uma necessidade análoga – sempre que seja razoável entender que se criou no público a convicção de que provêm da mesma empresa ou de empresas entre si ligadas por relações económicas ou contratuais.

E isto na exacta medida em que se entenda que, hoje, a função das marcas passa, igualmente, por indicar a *origem, a fonte produtiva*, a empresa do titular do sinal distintivo. Conquanto o público não conheça, ela (a marca) garante ao público que todos os produtos ou serviços que a ostentam provêm da mesma empresa. Numa época – como a nossa – em que a concentração vertical das empresas é um fenómeno natural, em que os empresários vendem um pouco de tudo, esta concepção *económica* da afinidade alarga o *círculo de proibição* da marca – isto é – o direito que dela decorre é oponível a um maior número de agentes económicos.

Assim, à luz deste último critério, é de recusar a coexistência de marcas iguais ou confundíveis para identificar produtos ou serviços diferentes (*não afins, não semelhantes*), sempre que o público possa, razoavelmente, pensar que os produtos ou serviços marcados provêm da mesma empresa ou de uma outra que com ela mantém relações económicas ou contratuais, seja porque a utilização dos produtos é complementar, seja porque a sua venda é feita nos mesmos locais, seja porque se destinam – ainda que parcialmente – à mesma clientela ou freguesia [v.g., o titular de uma marca, cujo registo foi efectuado para frutos secos pode opôr-se ao uso e/ou registo que outrem faça ou pretenda fazer, de

sinal igual ou confundível, para biscoitos, na medida em que, normalmente, se incluem nos aperitivos; v.g., dentífricos e produtos contra a cárie; produtos de hidromassagem e banheiras; isqueiros e esferográficas, vendidas nos quiosques; produtos para tratar dos cabelos e navalhas de barba; saladas (produto) e pratos cozinhados (serviços), etc.]. Neste sentido, entre nós, NOGUEIRA SERENS, *Marcas de forma*, cit., pág. 62; cfr., no mesmo sentido, CHAVANNE/BURST, *ob. cit.*, pág. 540-541; CAMPOBASSO, cit., pág. 175; Acórdão da Cassazione 83/6244; Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris, de 5/4/91, in *Propriété Industrielle*, cit., 1991, III, pág. 506; Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 17/10/90, MAG II, processo C-10/89, in *Actividades do T.J.*, nº 22/90, pág. 2-4.

Independentemente do problema que se vem de discutir – qual seja o da individualização dos critérios que presidem à afirmação das relações de *afinidade* entre produtos e/ou serviços de géneros diversos – defende-se, hoje, em certas eventualidades, que o registo de uma marca impede que um terceiro registe ou use marca igual para produtos ou serviços diferentes, apesar de esses produtos (ou serviços) não serem sucedâneos ou sub-rogáveis e não ser razoavelmente possível afirmar que se cria no mercado a convicção de que provêm da mesma empresa. Isto é: a despeito de os produtos não serem idôneos para satisfazer as mesmas necessidades ou necessidades análogas e apesar de se afigurar claramente distinta, aos olhos do consumidor, a proveniência desses produtos, há marcas cuja protecção vale fora do quadro do *princípio da especialidade*. São as *marcas célebres, de reputação excepcional* (cfr., DASSAS, G., *Conditions et effets de la notoriété*, in *Le Nouveau Droit des Marques en France*, Colloque (I.R.P.I.), 3-4 Junho de 1991, Litec, pág. 27; GUGLIOMETTI, *Il marchio celebre o "haute renommée"*, Milano, 1977; *idem*, *Marchi celebri*, in *Aa Vv.*, *Problemi attuali del diritto industriale*, pág. 555 e segs.; FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital...*, cit., pág. 468 e segs.; GHIDINI/HASSAN, *Diritto industriale*, Milano, 1984, pág. 321; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pág. 543 e segs.; VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano, 1993, pág. 104 e segs., 132 e segs.; AUTERI, P., *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in

Contratto e impresa, 1989, pág. 510 e segs.; BRANDT, D., *La protection élargie de la marque de haute renommée, au-delà des produits identiques et similaires*, Lausanne, 1985). Temos, por conseguinte, que o titular de uma marca célebre, cujo registo foi efectuado para v.g., vestuário [p. ex. *Benetton*] pode opor-se ao uso (e/ou registo) que outrem faça ou pretenda fazer, de sinal igual ou confundível, para, v.g., relógios se: a) a marca for gráfica e foneticamente idêntica ou semelhante àqueloutra *marca célebre* que goze de grande prestígio em Portugal; b) o uso ou registo desta marca posterior vise, sem *justo motivo*, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca célebre ou, independentemente disso, possa objectivamente prejudicá-los. A marca célebre desfruta, pois, de uma tutela *ultramerceológica*. E isto apesar de (ao se superar, desta maneira, o princípio da especialidade) sempre se poderem propiciar situações de algum melindre que se traduzem no risco da formação de monopólios, quíça injustificados, em relação a certos *sinais*. E tanto assim é que o legislador português não resolve o problema da individualização dos critérios que presidem à afirmação da *notoriedade*, da *reputação excepcional* ou do *grande prestígio*. Sendo assim, qual é, afinal, o critério da *reputação excepcional* que faculta a monopolização do sinal, vale dizer o alargamento do *círculo de proibição* ao domínio *ultramerceológico*? Outros ordenamentos resolveram, na doutrina e jurisprudência, explicitamente, o problema: na Alemanha exige-se que a marca, para reivindicar este estatuto, necessita ser conhecida por 2/3 da população, como sinal que identifica o respectivo produto ou serviço [cfr., LEHMANN, *Die Wettbewerbswidrige...*, cit., pág. 8; Acórdão do OLG de Dusseldorf (no caso *Rosenthal*), in GRUR, 1983, pág. 389; SCHRICKER, in *Propriété industrielle*, Bulletin Documentaire, 1980, II, pág. 153, nº 161]. Ponto é saber – o que permanece por resolver – qual o critério que habilita a concluir pela reputação excepcional equivalente a semelhante expressão matemática [sondagens feitas somente a consumidores de produtos afins ou semelhantes àqueloutro ou aos consumidores *in genere*? Interrogar-se grupos de consumidores com homogênea capacidade económica? Que grupos sociais interrogar: trabalhadores dependentes, comerciantes, agricultores, ...?]. Como ponto de partida de resposta pode dizer-se que a marca, maxime a marca de reputação excepcional, *vale*, hoje, não tanto por se referir a um

produto ou serviço ou a uma fonte produtiva, mas sim pela *imagem*, pela *força atractiva* do próprio sinal, que são enriquecidas com caracteres concretos e comprováveis, que transportam informação, veiculada pelos agentes económicos que promovem os bens e serviços comercializados sob tal marca. A marca, enquanto conceito que acompanha o produto, funciona como veículo ou sustentáculo de informação publicitária [WEGENER, H., *Werbung und Verbraucher information – der Funktionswandel des UNG*, in REICH, N./TONNER, K./WEGENER, H., *Verbraucher und Recht*, Göttingen, 1976, pág. 86 e segs., 102]. Assim, a notoriedade de uma marca já não é fruto da qualidade intrínseca do produto ou serviço que identifica, outrossim, dos valores – por mor em grande medida do *marketing* e das técnicas publicitárias – que evoca na mente dos consumidores: o prestígio, a elite, a selecção, o gosto, a moda, o design (cfr., RICOLFI, *I contratti di licenza*, in FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Milano, 1990). É a marca, com o seu valor simbólico, que dá valor ao produto e não a inversa, pois que, em muitos domínios da contratação, o consumidor já não adquire um bem ou serviço pela sua capacidade de satisfazer necessidades para que naturalmente tende [v.g., um fato de Inverno para a protecção do frio, um relógio para assinalar as horas, etc.], outrossim pelo sinal que o identifica, porquanto, deste modo, o adquirente se identifica com um grupo, se diferencia dos outros consumidores; é visto como adquirente de produtos ou serviços que só alguns desfrutam, etc. Só que este valor *in se* das marcas (de algumas marcas) é obra – só pode sê-lo – do titular originário do sinal. Ora, nem todas as marcas que se *desprendem* do produto ou serviço que identificam são marcas de reputação excepcional. Dizer isto era dizer que só as empresas publicitariamente *aguerridas* poderiam hipotizar o desfrute deste monopólio que se traduz na protecção *ultramerceológica* do sinal. O que mais não corresponderia do que ao acentuar da *deslealização* da concorrência. Ora, crê-se que, neste particular, a teoria das *marcas célebres* ou de *reputação excepcional* e a sua protecção *ultramerceológica* brota da tutela da *concorrência desleal*, que, deixando aqui de assumir-se como uma tutela *subsidiária* ou de *segunda linha*, releva directamente da tutela de uma das formas de propriedade industrial: o direito das marcas. Tendo em vista a *lealização* das condutas das empresas

no mercado económico, há uma ofensa directa ao direito de propriedade sobre a marca sempre que alguém se apropria do sinal usado por outrem com vista a gozar da *imagem* que esse sinal já tinha adquirido, no sentido em que haja um injusto aproveitamento de um *aviamento* que foi criado por outrem [cfr., Acordãos do BGH nos casos *Kraeutermeister* (in GRUR, 1981, pág. 144), *Dimple* (ivi, 1985, pág. 550), *Rolls Roce* (ivi, 1983, pág. 247), *Tchibo-Rolux* (ivi, 1985, pág. 876)]. Por isso que não deve bastar, para efeitos de individualização da *reputação excepcional*, a imagem que a marca detém, decorrente unicamente da promoção publi-citária dos produtos e serviços comercializados sob tal marca. Para que uma marca goze de *grande prestígio*, de *reputação excepcional*, é preciso que o público, pela sua enunciação ligue, imediatamente o sinal ao produto ou serviço (v.g., se se diz *Ferrari* é-se levado a pensar em certo tipo de carros desportivos de alta cilindrada, independentemente de já se ter conduzido ou visto tão-só na televisão). Por forma a diminuir as inevitáveis pré-compreensões judicativas ou doutrinárias podem-se enunciar alguns índices de individualização da *excepcional reputação* (não reconduzíveis unicamente às técnicas de publicitação massiva), a saber: a) a *fama* ou a reputação que a marca conquistou pelas *prestações* do produto (v.g., os automóveis *Ferrari*); b) o *design* do produto; c) a qualidade intrínseca do bem (v.g., os automóveis *Rolls Royce*); d) o número de locais de distribuição do produto ou de prestação do serviço (v.g., o serviço *Nova Rede* do Banco Comercial Português); e) a *antiguidade* do produtor ou do prestador do serviço; f) o volume de vendas brutas do produto ou serviço; g) a importância da actividade promocial (*marketing*); h) o número de representantes, concessionários, agentes mercantis... De resto, a reputação excepcional deve medir-se pelo grande público, qual consumidor médio, que não por *nichos* de consumidores especializados que utilizam o produto marcado (v.g., os perfumes *Gucci*, que operaram uma *selecção de clientela* através da estipulação de preços altos e da produção de quantidades limitadas). Além de que a *reputação excepcional* pode advir de comportamentos que ocorram além-fronteiras, mas que se repercutam em Portugal (v.g., emissões televisivas via satélite, captáveis em Portugal), independentemente de os produtos ou serviços marcados (ainda) não serem comercializados em Portugal, ou serem-no de forma (ainda)

incipiente. Cfr., ainda sobre isto, GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi fra società, licenze, merchandising*, in *Contratto e Impresa*, 1987, pág. 188 e segs.; *idem*, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, *L'impresa e le società*, Padova, 1990, pág. 181; MENESINI, *Ancora a proposito del c.d. marchio celebre, ovvero del recorrente tentativo di costruire una «super» protezione di tale marchio rispetto al marchio «normale»*, in *Giustizia Civile*, 1984, I, pág. 553 e segs.; FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, 4ª ed., 1988, pág. 347 e segs.; CARTELLA, *Marchi celebri e comportamenti di mercato*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1983, I, pág. 318 e segs.; VOELP, F., *Vermarktung bekannter Marken durch Lizenzen*, in *GRUR Int.*, 1985, pág. 843 e segs., esp. 846, 849-850; RUIJSENAARS, H. E., *Die Verwertung des Werbewerts bekannter marken durch den Markeninhaber*, in *GRUR Int.*, 1988, pág. 386; *idem*, ivi, 1989, pág. 280 e segs.; FRANCESCHELLI, *È proprio vero che il nome champagne è in Italia di libera appropriazione come marchio a designare qualunque prodotto che non sia vino spumante?*, in *Rivista di Diritto industriale*, 1989, II, pág. 21 e segs.; AUTERI, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentario*, 1989, I, pág. 869 e segs.; HENNING-BODEWIG/KUR, *Marke und Verbraucher, Funktion der Marke in der Marktwirtschaft*, vol. I, Weinheim, 1988, pág. 41 e segs.; LEHMANN, M., *Rafforzamento della tutela del marchio attraverso le norme sulla concorrenza sleale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1988, I, pág. 19 e segs.; AUTERI, *Lo sfruttamento del valore dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in *Contratto e Impresa*, Ano 5º, 1989, nº 2, pág. 510 e segs..

Isto dito, acresce realizar os *testes da novidade* (no sentido, aqui, de não anterioridade e, por isso, de disponibilidade) da marca.

Assim, é mister indagar se há *contrafacção de marca*, que o mesmo é dizer se a marca que se pretende registar (ou anular) é *reprodução* verdadeira e própria de marca anteriormente adoptada ou registada por outrem. Depois – ou em alternativa – curar de saber se há *imitação de marca*,

conceito este bem mais dúctil e residual. Ou seja, é preciso descortinar se a marca é tão parecida com outra que o consumidor só as possa distinguir depois de exame atento ou confronto (art. 84º in fine do Código da Propriedade Industrial de 1940), no sentido em que a marca, não obstante apresentar diferenças, é tal modo semelhante com outra, a ponto de induzir em erro ou confusão.

Já a segunda parte do parágrafo único do art. 94º do Código da Propriedade Industrial de 1940 era completamente alheia ao conceito de imitação de marcas, pois que a imitação de embalagem ou do invólucro das mercadorias mais não é do um acto de *concorrência desleal*, através da qual um empresário, dispondo, nas suas embalagens e invólucros, as cores e o dizeres de maneira às da embalagem de outro produto, procura criar uma confusão entre ambos, de forma a beneficiar dela. E é-o, justamente porque, ao contrário da marca, que é – tem que ser – um sinal exógeno ao próprio produto ou serviço, o invólucro *confunde-se* (é a forma externa dele) com o produto. Temos, assim, a despeito do seu parco sentido útil, a constatação e a concretização no domínio do direito à marca, de um acto de concorrência desleal, cuja tutela é sempre *secundária* em face da que a lei adseve, directamente, aos sinais distintivos. Um efeito, pois, de concorrência desleal equiparado a um acto de imitação de marca. Cfr., sobre isto, JORGE PAÚL, *Concorrência desleal*, Coimbra, 1965, pág. 58; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 353.

Todavia, tanto a *reprodução* como a *imitação* podem ser parciais. Por isso que pode ser fundamento de recusa ou de anulação do registo a *reprodução e imitação*, no todo ou em parte, de marca anteriormente registada por outrem, para o mesmo produto ou serviço similar ou semelhante, que possa induzir em erro ou confusão o consumidor.

Ora, quando se fala na possibilidade de erro ou confusão tem-se em mente a observação de cada um dos produtos ou

serviços assinalados<sup>(785)</sup>. Com as marcas em concorrência de per si, separadamente. Vale dizer: o que releva é a hipótese de confusão quando se não esteja a confrontar as duas marcas, isto é, quando o consumidor só tenha perante os olhos um dos produtos ou serviços.

Ao que acresce a circunstância de, nestoutro *teste da confundibilidade*, relevar a apresentação da marca no seu todo, no seu conjunto; a consideração de cada elemento, de per si, terá escasso relevo prático. Dito de outro modo: sempre que, no conjunto da marca, se possa descortinar uma semelhança (gráfica, fonética, figurativa), capaz de gerar confusão, deve considerar-se a marca como imitada, sem estar a atender ao facto de ser ou não necessário o confronto das marcas para apreender as diferenças que as separam; deve-se, sim, olhar à semelhança do conjunto e não ao grau ou natureza das dissemelhanças ou diferenças que as separam, que é dizer, à intensidade ou nível de dissemelhança – ou descontinuidade semântica e figurativa – que podem

<sup>(785)</sup> Também assim no direito inglês, cfr., DOBSON, P./SCHMITTHOFF, C. M., *Business Law*, 15ª ed., London, 1991, pág. 653. Não é de excluir a reprodução ou a imitação, total ou parcial entre uma marca de produto e uma marca de serviços. Tal pode suceder aí onde haja complementaridade ou afinidade das *utilidades* [produtos e serviços] postas à disposição. V.g., a marca de instrumentos musicais que reproduza totalmente o título (registado como marca) de um periódico (jornal, revista) exclusivamente dedicado à música (sentença do tribunal de Paris, de 18/5/78, in *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1980, pág. 99); a reprodução, por parte de uma marca de vestuário feminino, da marca de serviços de uma agência de manequins femininos (Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris, de 5/7/82, in *Propriété industrielle – Bulletin Documentaire*, 1982, III, nº 311, pág. 226); entre nós já se entendeu [cfr., AcSTJ, de 15/4/94 (PAIS DE SOUSA), inédito, in *Data Juris*, cit.] que a identidade ou similitude de marcas é difícil, ou mesmo impossível de existir, entre um produto e um serviço. Tratava-se, no caso, de dilucidar a imitação da marca *E.T. Euroticket*, destinada a produtos alimentares e a marca de serviço, já registada, *Ticket refeição*, propriedade da Sociedade *Ticket Restaurante de Portugal – Sociedade Emissora de títulos de Refeição, S.A.*. O Supremo entendeu que inexistia imitação, não tanto porque se tratava de confrontar marcas de produtos e de serviços, outrossim, porque à luz do nº 6 do art. 93º do Código da Propriedade Industrial de 1940, a marca recorrida, reproduzindo uma palavra da firma (e do nome do estabelecimento) da dita sociedade, era constituída por uma palavra (*ticket*) que, por não poder ser objecto de apropriação exclusiva, seria lícito incluir, por outras empresas, nas suas marcas, desde que acompanhada por outros elementos.

oferecer os diversos pormenores considerados isolada e separadamente. Pouco relevam, por conseguinte (a não ser como método de trabalho), os pormenores que diferenciam as marcas, pois o que particularmente conta é a impressão do conjunto, a semelhança do todo, na medida em que é ele que sensibiliza o público consumidor – o qual é, afinal o agente do juízo de semelhança [não o é, como se disse, o técnico, nem o consumidor perito ou especializado ou o observador perspicaz, habilitado a fazer ligações que escapariam à maioria das pessoas, que, por natureza são menos atentas ou cuidadosas]<sup>(786)</sup>. Além de que a comparação deve fazer-se

<sup>(786)</sup> Cfr., PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, (ed. de 1945), pág. 396 e segs.; JUSTINO CRUZ, *ob. cit.*, pág. 215 e segs.; CARLOS OLAVO, in Col. Jur., cit., pág. 19 e segs., 24; OLIVEIRA ASCENSAO, *Direito Comercial II. Direito Industrial*, 1988, pág. 155; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 254; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 328 e segs.; PINTO COELHO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 89, pág. 26 (considerando que se devem considerar imitadas, também, as marcas que contêm dissemelhanças mas que escapam, facilmente, ao olhar distraído do consumidor).

A jurisprudência é, neste sentido inabarcável. Cfr., entre outros, AcSTJ, de 21/1/66 (LOPES CARDOSO), in Bol. Min. Just., nº 153, pág. 273; AcRL, de 18/6/54, in Jurisprudência das Relações, Ano 2º, pág. 539; AcRL, de 24/11/54 (BARBOSA VIANA), *ivi*, Ano 2º, pág. 909; AcRL, de 8/2/61, *ivi*, Ano 7º, pág. 69 (considerou a marca *Menu* não confundível); AcRL, de 7/2/58, *ivi*, Ano 4º, pág. 65 (considerou existirem semelhanças entre as marcas *F.I.D.* e *D.I.F.*); AcSTJ, de 13/2/61 (SOUSA MONTEIRO), in Bol. Min. Just., nº 84, pág. 416 (imitação: *RIMIFON/Estreptomifon*); AcSTJ, de 17/2/61, in Juris. das Relações, Ano 6º, pág. 61 (imitação: *Melhor/Melhoral*); AcSTJ, de 26/3/63 (RICARDO LOPES), in Bol. Min. Just., nº 125, pág. 580 (imitação: *Paliúinhos da Matilde/Queijadas da Matilde*); AcRL, de 11/11/64, in Bol. da Prop. Ind., de 11/10/65 (imitação: *Metaltinco/Metinco*); AcRL, de 7/1/66 (SANTOS VITOR), in Jur. das Relações, Ano 12º, pág. 20 (imitação: *Totocola/Coca Cola*); AcRL, de 25/1/67, in Jur. das Relações, Ano 13º, pág. 29 (imitação: *Estron/Ulstron*); AcSTJ, de 17/1/69 (ALBUQUERQUE ROCHA), in Bol. Min. Just., nº 189, pág. 298 (imitação: *One up/Seven up*); AcSTJ, de 9/2/71 (ALBUQUERQUE ROCHA), in Bol. Min. Just., nº 204, pág. 168 = Revista de Legislação e Jurisprudência (imitação: *Riolen/Diolen*); AcRL, de 26/5/71 (ALMEIDA MOURA), in Bol. Min. Just., nº 207, pág. 225 (imitação: *METAPON/METAGON*); AcSTJ, de 16/1/73, in Bol. Prop. Ind., 1979, 12º, pág. 2104 (imitação: *triana/Gitana*); AcSTJ, de 18/11/75 (ANTÓNIO FERNANDES), in Bol. Min. Just., nº 251, pág. 187 (imitação: *Pantelmin/Pantergin*); AcSTJ, de 19/10/76 (ARALA CHAVES), in Bol. Min. Just., nº 259, pág. 239 (imitação: *Maggiolino Spear 'n' Sip/Maggio Sip*); AcSTJ, de 3/11/81 (SANTOS CARVALHO), in Bol. Min. Just., nº 311, pág. 401 (imitação: *ORI/OKI*); AcSTJ, de 9/11/82 (JOAQUIM FIGUEIREDO), in Bol. Min. Just., nº 321, pág. 260 (imitação: *Barca Velha/Velho Barquinho*); AcRL, de 23/4/85 (CURA MARIANO), processo nº 17035, in Data Juris, cit. (imitação: *Proatril/Arthryl*); AcRL, de 16/5/85 (PIRES MACHADO), in Bol. Min. Just., nº 354 (imitação: *Probom/Trabom*);

por *intuição sintética* e não por *dissecação analítica*, fazendo um exame comparativo, que não analítico.

O que vai dito só não é de sufragar naquelas hipóteses em que estamos perante marcas que identificam produtos ou serviços intermédios que só possam propiciar utilidades – através da sua colocação no mercado económico – a específicos sectores de *consumidores intermédios*. Ou seja, parece-nos que o agente do juízo de semelhança só é o técnico, o perito, o observador

AcRL, de 5/11/87 (NASCIMENTO COSTA), in Bol. Min. Just., nº 371, pág. 539 (imitação: *Barca Velha/Quadra Velha*); AcRL, de 5/1/89 (MORA DO VALE), in Bol. Min. Just., nº 383, pág. 601 (imitação: *Tilcan/Tirsan*); AcRL, de 28/4/89 (BEÇA PEREIRA), in Bol. Min. Just., nº 386, pág. 500 (imitação: *KLIX/KYX*); AcRL, de 21/5/92 (RODRIGUES CODEÇO), processo nº 5828, in Data Juris, cit. (imitação: *R1-Slim Line/Mr. Slim*); AcRL, de 3/2/94 (LOPES PINTO), processo nº 8029, inédito, in Data Juris, cit. (imitação: *Fabuloso/Fabulon*); AcRL, de 8/6/93 (SOUSA INÊS), inédito, processo nº 6909, in Data Juris, cit. (imitação: *Aspilise/Actilyse*); AcRL, de 28/4/94 (QUINTA GOMES), inédito, processo nº 6448, in Data Juris, cit. (imitação: *Sanofi/Sanofarma*); AcRL, de 22/9/94 (SANTOS BERNARDINO), processo nº 8201, inédito, in Data Juris, cit., (imitação: *PETROLIX*, para produtos químicos/*PETRON-LX* para desinfetante, posto que a primeira assinala produtos químicos com um largo leque de aplicações, desde o combate aos maus cheiros até à acção bactericida e fungicida). AcSTJ, de 30/11/94, processo nº 85521, inédito, in Data Juris, cit. (imitação: *Alto da Eira/Casal da Eira*, ambos para assinalar vinhos).

No sentido que não há imitação, cfr., por exemplo, AcSTJ, de 27/3/79, in Bol. Min. Just., nº 285, pág. 352 (*Atralfi/Atralf*); AcRL, de 22/1/80, in Bol. Prop. Ind., 1980, 10º, pág. 1767 (*Ideal-Schlemper-Klemme/Bab-Ideal*); AcRL, de 24/4/80, in Bol. Prop. Ind., 1980, 5º, pág. 809 (*BRANCA/Casa Branca*); AcSTJ, de 11/6/81 (SANTOS CARVALHO), in Bol. Min. Just., nº 308, pág. 264 (*Montagne des Lions/Montanha*); AcRL, de 30/5/85 (SILBARCANT MILHANO), in Bol. Min. Just., nº 354 (*Sumol/Dusol*); AcRL, de 24/3/87 (MENEZES FALÇÃO), processo nº 12744, in Data Juris, cit. (*Guloso/Gostoso*); AcRL, de 21/4/88 (BARBIERI CARDOSO), in Bol. Min. Just., nº 376, pág. 648 (*Dusol/Refrigerantes Sol*); AcRL, de 19/12/89 (DIOGO FERNANDES), in Bol. Min. Just., nº 392, pág. 501 (*Coca Sumol/Coca Cola*); AcRC, de 13/11/90 (CUNHA LOPES), in Col. Jur., 1990, t. V, pág. 46 (*Relicário/Reliquia*); AcRL, de 18/4/91 (SILVA PAIXÃO), in Col. Jur., 1991, t. II, pág. 189 (*Kinder/Kinder-Em enkal*); AcRL, de 7/11/91 (SOUSA TELES), in Bol. Min. Just., nº 411, pág. 644 (*VIPANOL/VIGANTOL*); AcRL, de 11/3/93 (ABRANCHES MARTINS), in Col. Jur., 1993, t. II, pág. 99 (*ET Euroticket* - marca de produtos alimentares/*Ticket Refeição* - marca de serviços hoteleiros, restaurantes, cafetaria, snack-bares e self-services); AcRL, de 27/1/94 (SILVA PEREIRA), inédito, processo nº 6663, in Data Juris, cit. (*Quinta da Boa Vista/Boa Vista*); AcSTJ, de 18/11/93 (FIGUEIREDO DESOUSA), processo nº 84 137, inédito, in Data Juris, cit. (*Guloso/Gluão*), com voto de vencido do Conselheiro SAMPAIO DA SILVA (considerando que a afinidade manifesta não pressupõe, necessariamente, a referência a produtos concorrenciais); AcRL, de 11/10/94 (PEREIRA DA SILVA), processo nº 6354, inédito, in Data Juris, cit. (considerou que a marca *Quinta da Laranjeira*, destinada a assinalar vinhos era confundível com a marca *Quinta das Laranjeiras de Riobon*, destinada a assinalar vinho do Porto).

perspicaz, no quadro de um determinado sector de actividade, se se alegar e provar que certo produto ou serviço marcado só pode ter por destinatários pessoas (singulares ou colectivas) que os adquirem ou utilizam para um uso (ou autoconsumo) profissional; ou, ainda que possam ser comercializados no mercado do *consumo final*, a sua aquisição esteja dependente de certos condicionamentos. É o que, designadamente, sucede com certas especialidades farmacêuticas, que só podem ser adquiridas mediante receita médica, máquinas industriais; serviços prestados pelo Banco de Portugal no mercado interbancário, etc. Cfr., AcSTJ, de 30/1/85 (MATOS CORTE-REAL), in Bol. Min. Just., nº 343, pág. 347.

Sendo preciso, como é, tratando-se de imitação de marca, ligar a noção de semelhança com o *risco de confusão*, a avaliação deste risco depende de numerosos factores, a saber: conhecimento da marca no mercado; associação que pode ser feita com o sinal utilizado ou registado; o grau de semelhança entre a marca e o sinal e entre os produtos ou serviços designados, etc.

Tome-se o exemplo das marcas nominativas. Há aí que averiguar a disposição dos *fonemas* na palavra ou palavras. Posto que *fonema* é cada um dos sons ou articulações, elementos da linguagem, tomados no seu valor fonético, importa ver, nestas marcas se entre os fonemas determinantes existe semelhança susceptível de causar risco de confusão. E para tal é mister tomar em consideração os seus elementos e características: intensidade, sonoridade, fases de articulação, modo de expiração do ar, altura, timbre, quantidade e acento. Não é preciso – nem desejável – ver se o vocábulo usado é sinónimo do contido na marca anterior.

Acresce que, a marca tem que ser *nova* à luz de outra ordem de circunstâncias. De facto, como se disse, o sinal para se constituir em marca tem que estar *disponível* no sentido em que não pode incluir a firma, a denominação social, nome ou insígnia do estabelecimento de que o

requerente (da marca) não seja titular, ou que o mesmo não esteja autorizado a usar<sup>(787)</sup>.

Se bem que no domínio da recusa de registo de marcas do Código da Propriedade Industrial de 1940 (e atento o disposto no § 6 do seu art. 93º) não se proíba a reprodução apenas *parcial* da firma, denominação social, nome ou insígnia do estabelecimento na composição da marca<sup>(788)</sup>, tal não significava que o registo da marca nas referidas condições não pudesse ser recusado por um outro motivo. E esse motivo era, justamente o que se continha no § 4 do art. 187º do Código da Propriedade Industrial 1940: o registo da marca devia ser recusado *se se provasse* que o requerente da marca (que pretendia incluir no seu sinal apenas parte da firma, denominação social, nome ou insígnia do estabelecimento comercial de outrem) desejava fazer *concorrência desleal* ou que esta era possível independentemente da sua intenção. Doutrina esta que se mantém no actual código por força do disposto no art. 25º/1, d, mas para outras eventualidades. Note-se que esta recusa de registo não decorria da tutela sobre a marca, pois que o seu *círculo de proibição* ou exclusivismo não abarcava, no Cód. Prop. Ind. de 1940, a inclusão *apenas parcial* na marca de nome de estabelecimento, firma, denominação social e insígnia de outrem; decorria (e decorre), outrossim, da tutela do próprio estabelecimento

<sup>(787)</sup> Cfr., art. 93º, § 6, do Código da Propriedade Industrial de 1940 e 189º/1, f, do Novo Código da Propriedade Industrial. Todavia, no novo Código da Propriedade Industrial, a marca tão-pouco pode conter parcialmente os referidos sinais (*parte característica dos mesmos*), contanto que essa inclusão possa induzir o público em erro.

<sup>(788)</sup> Cfr., sentença do 10º juízo civil de Lisboa, de 31/7/1971, in Bol. Prop. Ind., 1971, 10º, pág. 1753; AcRL, de 11/3/93 (ABRANCHES MARTINS), in Col. Jur., 1993, t. II, pág. 99 (*Não pode ser recusado o registo a uma marca, com fundamento de que se confunde com uma firma, denominação social, nome ou insígnia, se em todos ou alguns dos seus elementos não se contiverem integralmente, esses sinais distintivos do comércio*); AcSTJ, de 13/2/79 (MATOS CORTE-REAL), in Bol. Min. Just., nº 284, pág. 238 (*O que se quer dizer é que em todos ou alguns dos elementos da marca se contenham, no sentido todo, a firma, a denominação social, o nome ou insígnia do estabelecimento comercial e não somente parte destas figuras comerciais*).

comercial<sup>(789)</sup> e da pessoa do comerciante contra actos de concorrência desleal, devendo, deste jeito, o titular de um destes sinais provar que o requerente do registo da marca pretende fazer concorrência desleal, ou que o registo ocasionará, por si, um estado de coisas propício a tal eventualidade, ainda que não seja essa a intenção do requerente do registo da marca<sup>(790)</sup>.

Note-se, contudo, que no Novo Cód. Prop. Ind. a proibição da inclusão na marca da firma, denominação social ou insígnia que não pertençam ao requerente do registo fica dependente da circunstância de, desse jeito, se induzir o público em erro ou confusão<sup>(791)</sup>. Daí que, ao invés do que até agora sucedia, a lei passou a permitir que a marca contenha referência parcial à firma, denominação social, nome ou insígnia do estabelecimento que não estejam na titularidade daquele que a pretende adoptar, contanto que os produtos ou serviços que se pretendem marcar não sejam concorrenciais das utilidades produzidas pelo (e no) estabelecimento comercial de outros *comerciantes*, ou se, apesar de essas utilidades se revelarem concorrenciais – isto é, sub-rogáveis, ou sucedâneas – inexistir perigo de confusão no mercado do consumo. Isto é: se se puder razoavelmente concluir que, apesar da utilização desses sinais (anteriores) na composição da marca que se pretende registar, não se cria a convicção no público de que os produtos ou serviços

<sup>(789)</sup> Neste sentido, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 306.

<sup>(790)</sup> Cfr., AcRL, de 23/5/1991 (SARAIVA COELHO), in Bol. Min. Just., nº 407, pág. 614 [*Deve (...) ser recusada protecção à marca "Café Modelo" por já se mostrar registada a denominação social "Modelo Supermercados, S.A.", respeitante a sociedade que comercialize, predominantemente, produtos alimentares diversos, entre eles os café.*].

<sup>(791)</sup> No direito anterior entendia-se que, contrariamente ao disposto no nº 12 do art. 93º do Código da Propriedade Industrial de 1940, não se fazia no seu nº 6, referência à susceptibilidade de confusão no mercado. Cfr., por exemplo, a Sentença do 6º Juízo Civil de Lisboa, de 1/10/1977, in Bol. Prop. Ind., 1977, 11º, pág. 1619.

marcados provêm ou são obra da pessoa do fabricante ou distribuidor, cujo nome (e o do seu estabelecimento) entra, parcialmente, na marca daquele outro empresário<sup>(792)</sup>. E um dos critérios – a mais dos que se referiram anteriormente – por que, neste particular, se afere a confundibilidade será o da *notoriedade* da firma, denominação social, nome e insígnia no âmbito territorial nacional, no mercado do grande público – e não só nos *meios interessados*; *notoriedade* esta que se apreciará à luz de *índices* diversos como: o número de estabelecimentos que ostentam o sinal ou insígnia, a antiguidade da firma ou denominação, o montante das vendas brutas efectuadas nos estabelecimentos, o número de representantes mercantis ou agentes de comércio, o volume dos encargos publicitários, etc.

O registo já, por outra banda, não deverá ser recusado se o requerente do registo da marca for o titular da firma, nome e insígnia ou denominação social que nela pretenderem a outrem [cfr., AcSTJ, de 29/1/1954, in Bol. Min. Just., nº 41, pág. 379; AcSTJ, de 27/2/1962, ivi, nº 114, pág. 47; AcSTJ, de 11/5/1962, ivi, nº 117, pág. 609, salva a hipótese de *homonímia*, a resolver nos termos gerais].

No domínio do Novo Cód. Prop. Ind. é de manter este entendimento, apesar da inclusão destes sinais, parcialmente, na firma do requerente, não gerar na prática e por via de regra erro ou confusão no

<sup>(792)</sup> Cfr., PINTO COELHO, *O nome comercial*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 95º, pág. 99. Cfr., no mesmo sentido, art. 17º, nºs 2 e 3 da nova Lei italiana sobre marcas, de 1992 e o art. 4º/C, da Lei 92/711, de 1-7-1992, no Ordenamento Francês. De facto, a asserção de que o objectivo da protecção da marca registada é a de garantir a sua função de origem – i.e., indicação de proveniência [habilitando o consumidor ou o utilizador final a distinguir a identidade da origem do produto marcado, permitindo-lhe distinguir, sem confusões possíveis, esse produto dos de outras proveniências] é, desde há alguns anos, recorrente na doutrina e na jurisprudência (cfr., supra no texto). Vide, AcRL, de 5/12/1985 (RICARDO DA VELHA), in Bol. Min. Just., nº 359, pág. 770; Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 10/10/83, Centrafarm, processo nº 3/78, Colectânea, pág. 1823; *idem*, de 17/10/1990, HAG II, processo nº C-10/89, cit. supra em nota; *idem*, de 23/5/1978, Hoffman, processo nº 102/77, in Colectânea, pág. 1139; AcRL, de 23/3/1982 (CORREIA DE SOUSA), in Colectânea de Jurisprudência, 1982, tomo II, pág. 174; assim, também, no Relatório da 1ª Directiva do Conselho da CEE, de 21/12/1988, in Jomal Oficial das Comunidades Europeias, nº L 40/2, de 11/2/1989.

consumidor, atenta a circunstância de ter existido previamente, no procedimento administrativo de concessão do registo de nomes de estabelecimento, insígnias, firmas ou denominações, um controlo privativo na atribuição de direitos reais sobre os referidos sinais. Tem sido questão muito controvertida a de saber se a *imitação de marca* é uma *questão-se-facto* ou, antes uma *questão-de-direito*, o que assume especial interesse por motivo de a intervenção do STJ, como tribunal de revista, estar limitada, em princípio à reapreciação da matéria de direito (arts. 722º/2 e 729º, ambos do Cód. Proc. Civil).

Tem preponderado a *solução mista*: é do domínio de facto o apuramento das semelhanças ou dissemelhanças existentes entre as marcas e da esfera de direito a conclusão de haver ou não imitação, perante os elementos fornecidos pelas instâncias (cfr., ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. VI, pág. 47).

Creemos que o apuramento das semelhanças e diferenças entre as marcas não é, em bom rigor, uma *verdadeira* questão, pois que tal implica a simples constatação de dados objectivos: os elementos concretos que constituem as marcas em análise. Com efeito, o que assume particular relevo é o juízo de valor formado com base nesses elementos; juízo pelo qual se há-de concluir, ou não, pela existência da possibilidade de confusão [parcialmente coincidente, cfr., PINTO COELHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 93º, pág. 2 e segs.; AcSTJ, de 9/11/82, in *Bol. Min. Just.*, nº 321, pág. 408].

Sendo assim, a imitação de marcas é um conceito jurídico definido, como tal, nos arts. 207º e 189º/1, m, do Novo Cód. Prop. Ind., pelo que o respectivo juízo de valor assenta na interpretação e aplicação de regras jurídicas. Cabe, pois, ao Supremo, reapreciar se há, ou não, essa imitação com fundamento em *violação de lei substantiva*, ao abrigo do nº 2 do art. 721º do Cód. Proc. Civil.

Doutra sorte, o sinal deve estar disponível no sentido em que é necessário, quando a marca contenha sinais que produzem uma criação, protegida pelo direito de autor ou uma obra de engenho (v.g., patente) legalmente protegida art. 93º/8, do Cód. Prop. Ind. de 1940 e 189º/1, h, do Novo Cód. Prop. Ind.](<sup>793</sup>), autorização do respectivo titular.

<sup>793</sup> Cfr., LAMY, *Droit Commercial*, 1993, nº 1978.

Por fim, a marca tem que ser *nova* no sentido em que se deve revestir de *capacidade distintiva* para individualizar o produto marcado de outros sinais, *afins* ou *semelhantes*. Vale dizer: deve ser intrínsecamente *original* [que não no sentido de dever ser uma *criação em absoluto original*, talqualmente se exige no domínio das obras intelectuais, tuteladas pelo *direito de autor*], possuindo uma aptidão distintiva, em si mesma considerada, relativa à estrutura semântica do sinal, por mor de individualizar o produto a que se destina.

Pouco importa que as palavras ou as figuras escolhidas sejam ou não fruto da imaginação ou criação do seu titular, ou, antes, sejam vocábulas ou desenhos (v.g., letras, números) já conhecidos ou mesmo de uso corrente. Mister é que, na composição da marca, o empresário não se *aproprie* de sinais (palavras, números, desenhos) que pertençam ao *domínio público* dos sinais necessários a todos os empresários (artífices, agricultores, viticultores, etc.) para o fim de eles apresentarem e oferecerem os seus serviços ou produtos. Estes sinais podem ser indispensáveis a todos os que operam no mercado económico por duas ordens de razões: a) o sinal pode constituir a própria designação do produto (v.g., quanto à espécie, ao destino), em termos de, deste jeito, mais não estarmos do que em face de uma marca *genérica, banal, necessária*; b) o sinal pode consistir num termo que indique as qualidades essenciais do produto ou do serviço e bem assim a sua composição, o destino, a quantidade. Está-se, neste caso, perante, uma *marca descritiva*.

Por conseguinte, não satisfazem este requisito da *originalidade* ou da *capacidade distintiva* as marcas constituídas *exclusivamente* por sinais ou indicações que podem servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor ou outras características do produto ou do serviço e, bem assim, as marcas constituídas *exclusivamente* por sinais que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos *usos do*



comércio (art. 166º/1, b, c, do Novo Código da Propriedade Industrial)<sup>(794)</sup>.

Estão, pois, carecidos de *capacidade distintiva*:

a) Os sinais genéricos do produto ou do serviço. São os sinais indispensáveis à própria identificação dos produtos ou dos serviços oferecidos. Assim, por exemplo, não poderá registrar-se como marca para os produtos correspondentes, contanto que usados *exclusivamente*, as expressões *sapato*, *detergente*.

O critério decisivo para outorgar a um sinal (ou indicação) o carácter genérico parece residir no significado ou na impressão que aquele tem (ou causa) para (aos) consumidores e agentes económicos na linguagem comum e nos usos de comércio (cfr., AREÁN LALIN, in *Actas de Derecho Industrial*, 1978, pág. 476). Aos sinais genéricos, *stricto sensu*, devem equiparar-se os sinais ou indicações que, apesar de terem uma grafia distinta, são equivalentes ou similares, do ponto de vista gráfico e fonético, a um sinal genérico. De igual modo, são genéricos os sinais constituídos por letras, palavras ou expressões que suscitam na mente do consumidor a mesma similitude *conceitual* que é evocada por um sinal genérico.

Especiais problemas se colocam quanto à prova e aos meios de prova do carácter genérico de um sinal. Cabe, desde já, segundo se crê, ter algum cuidado no uso, como meio de prova (documental), das definições contidas em dicionários [contra, MC CARTHY, *Trade-Marks...*, cit., § 12.2, sustentando que não deve outorgar-se aos autores – e editores – dos dicionários

<sup>(794)</sup> Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 324-325, 329; JUSTINO CRUZ, *ob. cit.*, pág. 167; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 251; DI CATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 78 e segs.; CIAN/TRABUCCHI, *Commentário breve...*, cit., pág. 2137; LUNSFORD, J. R., *Les marques et la sémantique*, in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1973, II, pág. 268; COTTINO, *Diritto Commerciale*, cit., I, pág. 238; VANZETTI, *Funzione...*, cit., pág. 74, 85 e segs.; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 67 e segs.; AREÁN LALIN, in *Actas de Derecho Industrial*, 1978, pág. 483.

Os condicionalismos que se passam a analisar fundam-se no princípio da *liberdade do comércio* ou da *liberdade da empresa*, que, a mais disto, condiciona o conteúdo do direito da marca (e dos demais sinais distintivos) e bem assim a sua conservação ou eficácia. Neste sentido, fr., HERAS LORENZO, T., *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, 1994, pág. 363 e segs.; vide, ainda, o acórdão *Zuckerfabrik*, de 21/2/1991, in *Revista de Instituciones Europeas*, 991, pág. 641 e segs. (reconhecendo a *liberdade empresarial* como direito fundamental e princípio geral do direito comunitário).

o poder de *destruir* uma marca, ao definirem como genérico o correspondente sinal gráfico]. Nada impede que se lance mão da prova por *presunção judicial* (art. 359º do Código Civil), da prova pericial (v.g., o depoimento de peritos que tenham já feito inquéritos de opinião). Útil, mas dispendioso, será sempre a feita de sondagens aos consumidores, seja pelas partes (ao abrigo do princípio do dispositivo), sendo, posteriormente apresentadas como meio de prova documental, livremente apreciado pelo juiz, seja pelo próprio tribunal, ao abrigo do princípio do inquisitório (art. 264º/3 e 653º/1, do Código Proc. Civil). De resto, não deve desprezar-se a circunstância de os agentes económicos concorrentes e o próprio requerente do registo utilizarem o sinal ou indicação em sentido genérico.

Já, porém, será lícito reagrupar várias sílabas [e respectivos fonemas] ou palavras, com carácter descritivo, em termos de a marca se assumir como *neologismo* (v.g., *Videocox*, *Videotítulo*). Mas, a mera agregação de palavras que, *genericamente*, descrevem os produtos ou serviços não parece bastar para atribuir a referida *originalidade* hoc sensu (v.g., *Girassol óleo* para designar o óleo de Girassol)<sup>(795)</sup>. De resto, deverá ser, também, recusado o registo de uma marca composta por um termo técnico utilizado nos meios científicos para identificar o próprio produto (v.g., de que ele é um dos componentes) ou um qualquer método do mundo das ciências e da tecnologia<sup>(796)</sup>.

<sup>(795)</sup> Cfr., AcRL, de 7/1/72, in *Bol. da Prop. Ind.*, 1973, 1º, pág. 4 (O acórdão admitiu a marca mista *Farinha de Trigo-Espiga*); AcRL, de 8/11/72, in *Bol. Min. Just.*, nº 221, pág. 267 (não admitiu a palavra *Fino*, exclusivamente, para identificar cerveja, pois se entendeu que a palavra é usada para designar qualquer cerveja servida em copo de vidro fino); AcRL, de 16/11/89 (CORREIA DA COSTA), in *Bol. Min. Just.*, nº 391, pág. 684 (entendeu que a marca *Enriched Flavour* tem carácter genérico); AcRL, de 22/1/60 (AMORIM GIRÃO), in *Jur. das Relações*, Ano 6º, pág. 34 (considerou a marca *Pharmo* inclui um radical genérico que é usado para referir os preparos farmacêuticos e respectivas actividades).

<sup>(796)</sup> Cfr., AcSTJ, de 29/6/60 (MORAIS CABRAL), in *Bol. Min. Just.*, nº 99, pág. 846 (entendendo que, apesar da marca *ACETIL-C* conter um prefixo usado em química, na formação de certos corpos, representava no seu conjunto uma expressão original, de fantasia); AcSTJ, de 17/3/59 (CAMPO DE CARVALHO), in *Bol. Min. Just.*, nº 85, pág. 669 = *Revista dos Tribunais*, 77º,

O sinal escolhido para compor *exclusivamente* a marca deve ser *original (hoc sensu)* à data do pedido de registo, a despeito de o comportamento do público, servindo-se da marca, a transformar num sinal genérico (v.g., *Aspirina, Nylon, Celofane*). Entre nós<sup>(797)</sup>, no domínio do Código da Propriedade Industrial de 1940 (art. 124º), a marca não *caducava* se, por mor da actividade ou inactividade do seu

pág. 238 (considerando que a palavra *Poliovacina* é uma expressão correspondente e alveviada da vacina contra o poliomielite, não desfrutando de capacidade distintiva); AcRL, de 26/4/74, in Bol. Min. Just., nº 236, pág. 188 (recusou o registo da marca *UMAN ALBUMIN* para produtos farmacêuticos por entender que era composta por palavras que têm na língua portuguesa um significado próprio, preciso, técnico, sem capacidade distintiva); AcRP, de 6/12/67 (NUNES GARCIA), in Jur. das Relações, Ano 13º, pág. 940 (entendeu que a marca *OXAZEPAN-BIAL* para produtos farmacêuticos carecia de capacidade distintiva por incluir o nome da substância química *OXAZEPAN*, aliada ao nome do fabricante *BIAL*); cfr., PLASSERAUD, *Les marques de fabrique, de commerce ou de service dans l'industrie pharmaceutique*, in Bulletin de l'Ordre des Pharmaciens, 1984, nº 278, pág. 667.

<sup>(797)</sup> Já não noutros ordenamentos: em Itália (art. 41º, nº 1, 42º da nova Lei sobre Marcas); em França (art. 714-6a, do Cód. Prop. Ind.); nos E.U.A.: decisão de 1/6/1978 da *Federal Trade Commission* (in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1979, II, pág. 140, nº 233).

Mas já no Novo Código da Propriedade Industrial se prevê (art. 216º/2, a) a caducidade do registo da marca se, após a data em que este foi efectuado a *marca se tiver transformado na designação usual no comércio do produto ou serviço*, como consequência da actividade ou inactividade do seu titular. O que vale por dizer que, tanto o comportamento do público, servindo-se do novo sinal, entrado no *dicionário merceológico*, como a inação, *renúncia tácita* ou a tolerância do seu titular, pode determinar a extinção do direito de propriedade sobre a marca, apesar de o titular dar mostras de persistir no gozo do seu direito, v.g. renovando o registo [contra a solução proposta no Novo Código da Propriedade Industrial vai a doutrina do Prof. PINTO COELHO, *O problema da conversão da marca em denominação genérica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 93º, pág. 262; *idem, ibidem*, Ano 95, pág. 306]. Por conseguinte, à face do novo código, o direito à marca fica condicionado pela prática de actos posteriores, tendentes a evitar que o público utilize viciosamente os sinais que a compõem. Não basta a pura objectividade de a marca se ter transformado na designação genérica do produto ou do serviço, mas, antes, é preciso um comportamento (comissivo ou omissivo) do seu titular (v.g., campanha publicitária onde advirta o público de que o vocábulo por ele usado é a sua marca). Mas já quando esta utilização é feita por empresários concorrentes, não perderá o titular da marca o direito de, contra estes concorrentes, que utilizam a marca dele como designação genérica, actuar judicialmente contra estes actos de *concorrência desleal*; cfr., DUNANDE, S., in *Dalloz Sirey*, 1991, *Chronique*, 234; Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 11/12/1978, nº 5833, in *Foro Italiano*, 1979, pág. 337, com anotação de PARDOLESI (*Valgarizzazione del marchio «Cellophane»*); ANZETTI, in *Revista di Diritto Commerciale*, 1962, I, pág. 20 e segs.; Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 23/10/1984, nº 5376, in *Foro Italiano*, 1985, I, 1, pág. 165 (com referência à marca *Seven UP*). É, todavia, duvidoso entender que o registo caduca se somente algum ou alguns dos elementos que compõem a marca se tiver transformado em designação genérica.

titular, ela se transformasse na designação usual, no comércio, do produto ou serviço para que tivera sido registada. Hoje, a solução é a inversa (cfr., art. 216º/2, a). Parece, igualmente, que a circunstância de o sinal (nominativo) constar dos termos incluídos num dicionário, não deve obstar à sua capacidade distintiva e, por isso, à sua idoneidade para ser registado. Mas já obstará ao registo a utilização de um qualquer vocábulo ou indicação que, figurando, em textos legais, deva ser obrigatoriamente usado para identificar certos produtos (v.g., nomenclatura de sementes, obtenções vegetais).

Podendo os dizeres das marcas ser redigidos em língua estrangeira [nas marcas destinados a ser usadas em Portugal e no estrangeiro, as do registo internacional e aquelas cujo requerente não tenha domicílio ou sede em Portugal: art. 181º/4, a, b, do Novo Código] pode, ainda assim, o sinal (ou sinais) que a compõe(m) ser genérico, independentemente de um termo, originariamente português, ter sido traduzido para língua estrangeira ou vice-versa. Neste particular, parece-nos que a recusa de registo deverá ficar dependente de a palavra ou expressão ser conhecida, nos meios especializados, como indispensável para a designação do produto ou serviço (v.g., *management, Junk Bonds* – para designar aqui as acções ou obrigações de alto risco, etc.) não sendo exigível que a palavra (estrangeira) seja conhecida do grande público.

Serve isto, já se vê, para desencorajar hipotéticos, comportamentos *desleais*, que consistem no pedido de registo, em Portugal de marcas para produtos novos, compostas por palavras estrangeiras conhecidas nos *meios especializados* para designar outros produtos ou serviços, com vista a favorecer a futura comercialização, em Portugal, destes mesmos produtos ou serviços.

Ao invés, se na data do pedido de registo a palavra estrangeira não for conhecida nos *meios especializados* como designação genérica do produto ou serviço, nada deve

para a obtenção de resultados que se visam com a fabricação dele, ou permita a satisfação de necessidades que esse produto, naturalmente, propicia. O que se proíbe é, ao cabo e ao resto, a forma usual ou habitual que, na prática comercial (ou, se se quiser, nos usos leais e constantes do comércio) assumem todos os produtos atinentes ao mesmo género ou subgénero.

b) Os sinais descritivos do produto ou do serviço.

São estes os *sinais* necessários para a indicação das qualidades, funções, quantidades, destino, valor, proveniência geográfica (salvo no que tange às *marcas colectivas*) ou outras características dos produtos ou serviços marcados. Se o seu registo não pudesse ser recusado ou, posteriormente *anulado*, subsistiria uma situação de injusticado *monopólio*, oponível *erga omnes*, que impediria a utilização, por terceiros, de palavras, letras, números, desenhos que lhes são indispensáveis para descrever e caracterizar os seus produtos e serviços<sup>(802)</sup>. É preciso, porém, que o jaez descritivo transpareça *directamente*, à luz do conteúdo ideológico do sinal; que a marca seja *intrinsecamente*,

<sup>(802)</sup> É certo que o problema coloca-se com mais acuidade no âmbito dos *sinais genéricos* aí onde os concorrentes seriam levados a utilizar perifrases para assinalar os seus produtos, pois que no domínio dos *sinais descritivos* o monopólio – isto é, o *círculo de proibição* – só abarcaria uma (ou alguma) das características dos bens, ficando salva a possibilidade de os terceiros concorrentes exaltarem outros caracteres qualitativos ou quantitativos dos produtos ou serviços. Cfr., FRANÇON, *La prohibition des marques descriptives en droit français*, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1973, pág. 270; SANTONI, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1980, pág. 619 e segs.

Por exemplo, no domínio da utilização de letras e números, por si só, para constituir a marca, hipóteses há em que esses elementos assumem, isoladamente, uma eficácia distintiva não despicienda. É o que ocorre sempre que, na composição da marca, os números ou as letras assumem uma original, específica e particular composição ou aspecto gráfico, acompanhada ou não por outros elementos (v.g., barras, círculos, quadrados, etc.). E, nestas hipóteses, não pode sequer falar-se em *sinais fracos* (cfr., infra, no texto), antes pelo contrário: se forem possuídos de uma estrutura gráfica e fonética original e individualizante são intrinsecamente *sinais fortes*. Neste sentido, RAVÀ, *Diritto industriale*, cit., pág. 122; DI CATALDO, *I segni...*, cit., pág. 80 e segs.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., pág. 441; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., pág. 469; VANZETTI, *La nuova legge marchi (codice e commento alla riforma)*, Milano, 1993, pág. 74 e segs.; CRUGNOLA, P., *Marchi costituiti da lettere dell'alfabeto e da cifre*, in *Revista di Diritto Industriale*, 1993, II, pág. 425 e segs.

descritiva, mas já não se *evoca*, v.g., qualidades através de enunciados *performativos* ou *assertivos*<sup>(803)</sup>.

Por *qualidade* entende-se o conjunto de *qualidades essenciais* que permitem identificar o produto, através de expressões como: *brilho* para graxa, *cortante* para facas, *cozinha fina* para condimentos alimentares<sup>(804)</sup><sup>(805)</sup>.

Consistindo a marca um sistema de *signos* (linguagens), ela, para além da co-natural bifacialidade dos signos (que é própria da sua arbitrariedade) há-de ser composta de forma a que a estrutura dos símbolos convoque uma compreensão (significado) para além da mera perceptibilidade material ou fáctica (caso contrário quedar-nos-famos tão-só perante o significado do signo). Ou seja: as marcas não devem conter qualquer informação intrínseca, não devem designar os objectos e respectivos índices qualitativos ou quantitativos, outrossim, criar uma *imagem* traduzida numa sugestão atractiva. Na verdade, a marca, contrariamente aos rótulos, não se deve referir ao objecto marcado, em termos de

<sup>(803)</sup> V.g., a marca de serviços de intermediação imobiliária que incluía o desenho de *edifício inteligente*; a marca o *macho latino* para identificar camisas para homem. Sobre os enunciados *performativos e assertivos*, cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., II, pág. 680 e segs.; cfr., AcRL, de 21/4/1967 (VEIGAS PIMENTEL), in *Jur. das Relações*, Ano 13º, pág. 300 (admitiu o registo da marca *Mil Folhas* destinada a margarinas e gorduras alimentares); na doutrina francesa, cfr., *Annales de la Propriété Industrielle, littéraire et artistique*, 1980, pág. 366.

<sup>(804)</sup> Cfr., AcRL, de 20/2/1992 (SILVA SALAZAR), in *Col. Jur.*, 1992, t. I, pág. 168 (recusou o registo da marca *Qualität - Portugal*); Sentença do 12º Juízo civil de Lisboa, de 25/5/1974, in *Bol. Prop. Indu.* 1974, 11º, pág. 2066 (admitiu o registo da marca *Disconto*); para mais exemplos, cfr., BURST, in *Recueil Dalloz*, 1985, *Informations rapidéz*, 82.

<sup>(805)</sup> Tratando-se de expressões ou palavras estrangeiras não se deve recusar o registo (ou anulá-lo) se apesar de o sinal ser, na língua estrangeira, descritivo, ao *consumidor médio* português será facilmente perceptível intuir as indicações sobre a qualidade, quantidade, destino, etc., do produto ou serviço marcadas (e contanto que seja um produto ou serviço conhecido pelo grande público, pois que se se tratar de um bem que releve do domínio de um determinado sector especificamente técnico ou científico, o juízo sobre a *generalidade* ou *banalidade* for-se-à à luz dos conhecimentos desses auditórios especializados. Cfr., o AcRL, de 20/2/1992, supra cit. na nota anterior. Podem apontar-se outros exemplos: *Datasearch* para uma marca de serviços de aconselhamento fiscal e contabilístico; *Antiblaze*, para extintores; *Kinder* para chocolates de crianças, etc. É bom de ver, no entanto que, marcas em língua estrangeira deste jaez apresentam alguns inconvenientes, pois que o titular delas não as poderá, obviamente, registar no país onde se fala a língua utilizada na composição do sinal.

obstar a concessão de registo, uma vez respeitada a capacidade distintiva: a marca *PAELLA*, composta por um palavra assaz conhecida dos portugueses para designar um prato típico espanhol, deve ser admitida no registo para identificar, v.g., bicicletas, pois que não é a tradução espanhola do produto marcado.

Sendo certo que as palavras redigidas em língua estrangeira têm, em princípio, idoneidade para serem incluídas em marcas, importa, no entanto, limitar o alcance desta proposição, à luz de duas ordens de considerações. *Prima facie*, os sinais que sejam genéricos nas línguas de raiz latina (espanhol, francês, italiano) devem ser equiparados às correspondentes palavras, termos ou expressões genéricas da língua portuguesa. Em segundo lugar, devem reputar-se genéricos os dizeres (palavras, expressões, termos) estrangeiros que, por virtude da sua frequente utilização na língua portuguesa, sobretudo através dos meios de comunicação social e da publicidade, são intuitivos (ideologicamente) como tal pelo consumidor médio português<sup>(798)</sup>.

Pode, por outro lado, suceder que, a despeito de os sinais que constituem a marca serem de per se, isoladamente, genéricos, no seu conjunto adquiram eficácia distintiva, isto é, assumam uma identidade própria, unitária<sup>(799)</sup>.

De igual sorte, como atrás se viu, as marcas tridimensionais não se podem compor de sinais genéricos, indispensáveis à identificação do produto, aí onde deve o seu registo ser recusado. É o que acontece quando a forma [o desenho, a

<sup>(798)</sup> Cfr., acórdão do *Tribunal Supremo* espanhol, de 12/12/1974, in *Actas de Derecho Industrial*, 1975, pág. 567. Cfr., FERNÁNDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 74-75 (este autor vai mais longe, defendendo que os sinais genéricos que o sejam em cada uma das línguas dos países que se congregam na União Europeia devem ser livremente apropriáveis e disponíveis para serem utilizadas pelas empresas de cada um destes países, em termos de a uma empresa ser vedado o registo como marca desses sinais, ainda que redigidos em línguas de raiz não latina).

<sup>(799)</sup> Cfr., É a hipótese contida no, AcRL, de 17/11/1994 (SANTOS BERNARDINO), processo nº 9014, inédito, in *Data Juris*, cit. (considerando que a marca de serviços *Telecomunicações de Lisboa e Porto* não constitui uma denominação genérica).

fotografia, a gravura do produto] não é *arbitrária* ou *gratuita*, mas sim *necessária* para identificar o próprio produto ou serviço (art. 166º/a, in fine), que é dizer, deve ser recusado o registo como marca àquela forma com capacidade para atribuir ao respectivo produto uma nova utilidade, maxime do ponto de vista estético, ornamental (v.g., uma clave de sol para instrumentos musicais) ou técnico (v.g., a forma que se pretende registar torna o produto ou o invólucro mais resistente ou reduz os custos de fabricação destes outros). Mas já não é genérica se não for idónea para tornar mais fácil o uso ou a comodidade dos produtos, ou acentuar a sua agradabilidade<sup>(800)</sup> (v.g., a forma – ovóide – das garrafas de água da marca *Perrier*, a forma *quadrada* das garrafas da marca *Cointreau*, a peça metálica dos *jeans* da marca *Levi-Strauss*, etc.)<sup>(801)</sup>. Por outro lado, a proibição de se registarem *sinais constituídos exclusivamente pela forma imposta pela própria natureza do produto* (art. 166º/1, a) diz respeito à formas cuja utilização seja indispensável para que um determinado produto exiba as qualidades que lhe são próprias, isto é, sirva

<sup>(800)</sup> Quando a lei se refere, na parte final da alínea a) do art. 166º do Código da Propriedade Industrial, à proibição do registo de sinais constituídos exclusivamente *pela forma que confira um valor substancial ao produto*, visa ela, essencialmente, fazer referência aos produtos por cujo respeito a forma ou a aparência estética afecta directamente o valor das mesmas no mercado económico [v.g., quando o valor de uso e de troca de uma garrafa de água, não dependa somente do tipo de material empregue – a qualidade da água, o tipo de material que encerra o líquido – mas também da beleza das formas por que se compõe o invólucro, a garrafa]. Com efeito, não raro a *forma estética* atractiva dos produtos é o motivo principal que induz os consumidores a seleccionar certos produtos em detrimento de outros [v.g., as formas dos invólucros de muitos perfumes]. Assim, sempre que o consumidor médio funda as suas decisões aquisitivas em factores estéticos (ou ornamentais), a forma do produto influi decisivamente no seu valor comercial. Por isso que, quando isto suceda entra em liça a proibição constante daquela última parte da alínea a) do nº 1 do art. 166º Código da Propriedade Industrial.

<sup>(801)</sup> Cfr., para mais exemplos, CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 522; DI CATALDO, *I segni distintivi*, cit., pág. 93 e segs.; é curioso notar que, enquanto os tribunais franceses admitiram o registo das figuras geométricas apostas nas sapatilhas da marca *ADIDAS* (cfr., *Propriété Industrielle*, cit., 1986, III, nº 390), os tribunais italianos têm, por via de regra, decidido o oposto (cfr., acórdão do *Tribunal d'Appello* de Milão, de 21/9/1990 (in *Giustizia civile*, 1991, I, pág. 2455).

para a obtenção de resultados que se visam com a fabricação dele, ou permita a satisfação de necessidades que esse produto, naturalmente, propicia. O que se proíbe é, ao cabo e ao resto, a forma usual ou habitual que, na prática comercial (ou, se se quiser, nos usos leais e constantes do comércio) assumem todos os produtos atinentes ao mesmo género ou subgénero.

b) Os sinais descritivos do produto ou do serviço. São estes os *sinais* necessários para a indicação das qualidades, funções, quantidades, destino, valor, proveniência geográfica (salvo no que tange às *marcas colectivas*) ou outras características dos produtos ou serviços marcados. Se o seu registo não pudesse ser *recusado* ou, posteriormente *anulado*, subsistiria uma situação de injustificado *monopólio*, oponível *erga omnes*, que impediria a utilização, por terceiros, de palavras, letras, números, desenhos que lhes são indispensáveis para descrever e caracterizar os seus produtos e serviços<sup>(802)</sup>. É preciso, porém, que o jaez descritivo transpareça *directamente*, à luz do conteúdo ideológico do sinal; que a marca seja *intrinsecamente*,

<sup>(802)</sup> É certo que o problema coloca-se com mais acuidade no âmbito dos *sinais genéricos* aí onde os concorrentes seriam levados a utilizar perifrases para assinalar os seus produtos, pois que no domínio dos *sinais descritivos* o monopólio – isto é, o *círculo de proibição* – só abarcaria uma (ou alguma) das características dos bens, ficando salva a possibilidade de os terceiros concorrentes exaltarem outros caracteres qualitativos ou quantitativos dos produtos ou serviços. Cfr., FRANÇON, *La prohibition des marques descriptives en droit français*, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1973, pág. 270; SANTONI, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1980, pág. 619 e segs.

Por exemplo, no domínio da utilização de letras e números, por si só, para constituir a marca, hipóteses há em que esses elementos assumem, isoladamente, uma eficácia distintiva não despendianda. É o que ocorre sempre que, na composição da marca, os números ou as letras assumem uma original, específica e particular composição ou aspecto gráfico, acompanhada ou não por outros elementos (v.g., barras, círculos, quadrados, etc.). E, nestas hipóteses, não pode sequer falar-se em *sinais fracos* (cfr., infra, no texto), antes pelo contrário: se forem possuídos de uma estrutura gráfica e fonética original e individualizante são intrinsecamente *sinais fortes*. Neste sentido, RAVÀ, *Diritto industriale*, cit., pág. 122; DI CATALDO, *I segni...*, cit., pág. 80 e segs.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., pág. 441; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., pág. 469; VANZETTI, *La nuova legge marchi (codice e commento alla riforma)*, Milano, 1993, pág. 74 e segs.; CRUGNOLA, P., *Marchi costituiti da lettere dell'alfabeto e da cifre*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1993, II, pág. 425 e segs.

descritiva, mas já não se *evoca*, v.g., qualidades através de enunciados *performativos* ou *assertivos*<sup>(803)</sup>.

Por *qualidade* entende-se o conjunto de *qualidades essenciais* que permitem identificar o produto, através de expressões como: *brilho* para graxa, *cortante* para facas, *cozinha fina* para condimentos alimentares<sup>(804)</sup><sup>(805)</sup>.

Consistindo a marca um sistema de *signos* (linguagens), ela, para além da co-natural bifacialidade dos signos (que é própria da sua arbitrariedade) há-de ser composta de forma a que a estrutura dos símbolos convoque uma compreensão (significado) para além da mera perceptibilidade material ou fáctica (caso contrário quedar-nos-íamos tão-só perante o significado do signo). Ou seja: as marcas não devem conter qualquer informação intrínseca, não devem designar os objectos e respectivos índices qualitativos ou quantitativos, outrossim, criar uma *imagem* traduzida numa sugestão atractiva. Na verdade, a marca, contrariamente aos rótulos, não se deve referir ao objecto marcado, em termos de

<sup>(803)</sup> V.g., a marca de serviços de intermediação imobiliária que incluía o desenho de *edifício inteligente*; a marca *o macho latino* para identificar camisas para homem. Sobre os enunciados *performativos* e *assertivos*, cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, cit., II, pág. 680 e segs.; cfr., AcRL, de 21/4/1967 (VEIGAS PIMENTEL), in *Jur. das Relações*, Ano 13º, pág. 300 (admitiu o registo da marca *Mil Folhas* destinada a margarinas e gorduras alimentares); na doutrina francesa, cfr., *Annales de la Propriété Industrielle, littéraire et artistique*, 1980, pág. 366.

<sup>(804)</sup> Cfr., AcRL, de 20/2/1992 (SILVA SALAZAR), in *Col. Jur.*, 1992, t. I, pág. 168 (recusou o registo da marca *Qualité - Portugal*); Sentença do 12º Juízo civil de Lisboa, de 25/5/1974, in *Bol. Prop. Indu.* 1974, 11º, pág. 2066 (admitiu o registo da marca *Disconto*); para mais exemplos, cfr., BURST, in *Recueil Dalloz*, 1985, *Informations rapides*, 82.

<sup>(805)</sup> Tratando-se de expressões ou palavras estrangeiras não se deve recusar o registo (ou anulá-lo) se apesar de o sinal ser, na língua estrangeira, descritivo, ao *consumidor médio* português será facilmente perceptível intuir as indicações sobre a qualidade, quantidade, destino, etc., do produto ou serviço marcadas (e contanto que seja um produto ou serviço conhecido pelo grande público, pois que se se tratar de um bem que releve do domínio de um determinado sector especificamente técnico ou científico, o juízo sobre a *generalidade* ou *banalidade* for-se-à à luz dos conhecimentos desses auditórios especializados: Cfr., o AcRL, de 20/2/1992, supra cit. na nota anterior. Podem apontar-se outros exemplos: *Datasearch* para uma marca de serviços de aconselhamento fiscal e contabilístico; *Antiblaze*, para extintores; *Kinder* para chocolates de crianças, etc. É bom de ver, no entanto que, marcas em língua estrangeira deste jaez apresentam alguns inconvenientes, pois que o titular delas não as poderá, obviamente, registar no país onde se fala a língua utilizada na composição do sinal.

referência geral à classe a que pertence esse objecto, descrevendo-o singularmente, como que aderindo fisicamente a ele. Se isto fosse possível, através do sinal (marca) o produto seria uma *amostra de si mesmo*<sup>(806)</sup>, *coisa do seu género*, coisa física, fonte e reprodução das características de uma classe. Por isso que o *significado* das marcas, a sua simbologia (ou *iconografia*), a sua referência, deve reenviar o público para uma fonte *extrínseca* e já não conter a indicação de uma coisa concreta, enquanto modo direito de descrição do bem.

Numa palavra: a marca enquanto mensagem dirigida ao público carece ser *conotativa* e não meramente *denotativa*; deve analisar-se, sim, como uma mensagem codificada, em termos de à sua volta se criar uma imagem que, para além da simples sugestão *atractiva*, faz nascer um vocábulo novo no *dicionário da linguagem merceológica*. A marca, não podendo ela própria ser o suporte da sua informação – tal como sucede com os *rótulos* – é o elo de conexão de muita informação, o conceito que acompanha e identifica o produto ou o serviço e que é, por tal, não raro, o suporte de informação publicitária.

Por vezes, o carácter descritivo do sinal é tão-só parcial ou relativo, isto é, os sinais ou indicações de índole qualitativa podem, se incluídos exclusivamente na composição da marca, só inviabilizar o registo de certas marcas, mas já não de outras, tudo dependendo do produto ou serviço que visem identificar<sup>(807)</sup>.

c) Os sinais que se tenha tornado usuais na linguagem corrente ou nos usos de comércio (art. 166º/1, c). Trata-se de sinais ou expressões, cujo uso se tornou habitual em todos ou alguns ramos de actividade, não devendo, desse jeito, ser individualmente apropriáveis. É o caso de expressões como *Ideal*, *Super*, *Extra* e, no tocante as marcas figurativas, a figura de um peixe para – e só – identificar artigos de pesca; de uma vaca para produtos lácteos. É, igualmente, o que sucede, em geral, com todos os prefixos

<sup>(806)</sup>Recupera-se aqui uma expressão feliz do saudoso Prof. BAPTISTA MACHADO, *Acordão negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, in Bol. Min. Just., nº 215, (1972), pág. 5 e segs., pág. 49.

<sup>(807)</sup> Também FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 326-327.

e sufixos<sup>(808)</sup>. Do mesmo modo, podem ser registados como marcas sinais ou indicações, de língua estrangeira, que, apesar de se revelarem usuais na linguagem corrente do país de origem ou nos seus usos de comércio não são commumente identificados pelo consumidor médio português do produto em questão<sup>(809)</sup>.

Dito isto, importa salientar que é possível compor a marca com sinais *genéricos*, *descritivos* e bem assim sinais usuais na linguagem corrente ou nos do comércio, desde que sofram alterações gráficas e fonéticas que lhe atribuam um conteúdo *peculiar*, *original* ou *distintivo*. É a hipótese, v.g., da marca *Secadol* para secadores; *dentol* para dentífrico; *Automóbel* para automóveis, etc. Nestas e noutras eventualidades, a capacidade distintiva e, por via disso, o conteúdo do direito à marca só abrange a combinação fantasiosa ou artística, isto é, o *conteúdo original* (nos apontados exemplos: as sílabas *ol* e *bel* respectivamente).

<sup>(808)</sup> Cfr., SANTONI, in Rivista di Diritto Commerciale, 1983, I, pág. 59 e segs. Vide, AcSTJ, de 27/5/86 (MATOS CORTE-REAL), processo nº 73899, in Bol. Min. Just., nº 357, pág. 459 (considerando que não tem carácter distintivo a palavra *clima*); AcRL, de 2/7/87 (SILBARCANT MILHANO), in Bol. Min. Just., nº 369, pág. 594 (considerou desprovida de capacidade distintiva a marca *Fantasia*); Sentença do 6º Juízo Cível de Lisboa, de 9/2/1972, in Bol. Prop. Ind., 2º, pág. 207 (entendendo que o vocábulo *chefe* e a figura de um cozinheiro são sinais generalizados para identificar produtos alimentícios); GUGLIELMETTI, *Parole, figure o segni di uso generale in funzione di marchi d'impresa*, in Rivista di Diritto Industriale, 1961, pág. 84; MANGUINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico de l'Economia, vol. V, Padova, 1982, pág. 149, nota 8.

<sup>(809)</sup> Cfr., no panorama italiano, Sentença do Tribunal de Nápoles, de 14/2/1979, in Giurisprudenza di Diritto Industriale, 1979, pág. 358; *idem*, Tribunal de Milão de 6/5/1976, in Giurisprudenza di Diritto Industriale, 1976, pág. 427 (recusou o registo da marca *Gold Market*, para objectos preciosos); DI CATALDO, *I segni distintivi...*, cit., pág. 78 e segs.; em França, cfr., Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Bordéus, de 27/1/1987, in Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire, 1987, III, 261, nº 414 (recusa de registo da expressão *New Look*); Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris, de 16/11/1987, in Propriété Industrielle, cit., 1988, III, 167, nº 431 (marca *Relax*); MARCHETTI/UBERTAZZI, *Commentario breve alla legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, pág. 51. Vai no sentido do texto o nº 2 do art. 166º, ao prever que os sinais genéricos e descritivos não são considerados de uso exclusivo do requerente (salvo se – e quando – na prática comercial tiverem adquirido eficácia distintiva).

# Revista de Legislação e de Jurisprudência

## Antigos Directores

Manuel Chaves e Castro (Fundador)  
Guilherme Moreira  
José Alberto dos Reis  
Fernando A. Pires de Lima  
J. J. Teixeira Ribeiro  
João de Matos Antunes Varella  
Manuel Henrique Mesquita

## Director e Compropietário

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

## Comissão de Redacção

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro  
José Carlos Vieira de Andrade  
Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto

## Redactores e Compropietários

(Professores da Faculdade de Direito de Coimbra)

Francisco Manuel Pereira Coelho	Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues
Antonio Casanheira Neves	Jonatas Eduardo Mendes Machado
Jorge de Figueiredo Dias	Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro
Mário Júlio de Almeida Costa	Maria João da Silva Baía Madeira Antunes
José Joaquim Gomes Canotilho	Filipe Cassiano Nunes dos Santos
Manuel Carlos Lopes Porto	João Carlos Simões Gonçalves Loureiro
Jorge Ferreira Sinde Monteiro	Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves
António Joaquim de Matos Pinto Monteiro	Alexandre Miguel Cardoso de Soveral Martins
Manuel da Costa Andrade	Manuel Couceiro Nogueira Serens
Fernando Alves Correia	Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto
Rui Manuel Gens de Moura Ramos	Alexandre Libório Dias Pereira
José Carlos Vieira de Andrade	Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos
José Francisco de Faria Costa	Luis Miguel de Andrade Mesquita
Vital Martins Moreira	Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho
José Casalta Nabais	Carolina de Castro Nunes Vicente Cunha
João Carlos da Conceição Leal Amado	Pedro Canastra Azevedo Maia
Fernando José Couto Pinto Bronze	Maria; José Oliveira Capelo Pinto de Resende

## Sumário

### Secção de Jurisprudência

TRG — Acórdão de 23-03-2023 (*A competência dos tribunais de comércio, acções em que são exercidos direitos sociais e o direito ao averbamento no registo societário — os negócios de transmissão de acções-participações sociais, a (distinta) transmissão dos títulos-acções e a função do registo*)

FILIFE CASSIANO DOS SANTOS..... 54

GESTLEGAL

O que vale por dizer que estas marcas – as *marcas débeis* – oferecem ao seu titular uma menor tutela em face de comportamentos de empresários concorrentes que usem sinais parecidos. Isto é: estes outros empresários podem, para distinguir os seus produtos ou serviços, adoptar os elementos da marca (*débil*) daqueloutro que se traduzam na expressão descritiva de uso comum (nos referidos exemplos: *Secad, dent e Automó*). Bastará, por conseguinte, uma pequena modificação (v.g., acrescentar-se um sufixo diverso) para excluir a possibilidade de imitação de marca. Critérios, como é bem de ver, menos rigorosos, no que tange aos juízos de confundibilidade do que se passa quando se está perante *marcas fortes* (isto é, sinais que não fazem qualquer referência intrínseca ao próprio produto – em termos descritivos, genéricos, qualitativos ou quantitativos – nem são integrados por indicações usuais na linguagem corrente), que são meros frutos da fantasia<sup>(810)</sup>, onde se opera um *distanciamento* acentuado entre o sinal (significante) e o objecto *marcado*. Nestas últimas – nas *marcas fortes* – por que dotadas de acentuada capacidade distintiva, os *testes de novidade* devem ser mais exigentes, no sentido em que não basta alterar ligeiramente a composição do sinal para afastar, *sic et simpliciter*, a possibilidade de confusão e, por isso, a *imitação* de marca.

<sup>(810)</sup> Cfr., GALGANO, *Sommario...*, cit., pág. 90; DI CATALDO, *I segni distintivi*, cit., I, pág. 238; FERRER CORREIA, *Lições...*, I, cit., pág. 324-325; PUPO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 251; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 59-60; CAMPO BASSO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 182; na jurisprudência já se permitiu a coexistência das marcas *Playboy e Playmen* (Acórdão da Corte de Cassazione, de 28/4/1977, in *Foro Italiano*, 1977, I, pág. 1399); *Juvena e Juventus* (Acórdão do Tribunal de Torino, de 30/7/1991, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, I, 2, pág. 844).

Estas marcas constituídas por palavras ou figuras de uso comum, são, na doutrina, qualificados como *débeis* para sublinhar o risco que as acompanha de terem que coexistir com outras marcas semelhantes, na parte delas que não é *original*.

A distinção entre *marcas fortes e fracas* é, por vezes, evanescente. Com efeito, pode suceder que uma marca, originariamente carecida de capacidade distintiva, se transforme num *sinal forte*, no seguimento do uso feito pelo titular dela (e não do uso feito por outrem, v.g., como um concessionário, agente, licenciário, etc.) e da notoriedade adquirida no mercado do consumo. Estamos perante o problema do *secondary meaning*<sup>(811)</sup>. Reconhece-se, de facto, que esta eventualidade é apta a transformar uma marca originariamente carecida de capacidade distintiva num sinal válido, por que não genérico ou descritivo. Daqui decorre que a composição exclusiva da marca com sinais *genéricos e descritivos* (excluindo-se os casos da forma imposta pela própria natureza do produto e a forma *necessária* ou *estética*) não acarreta a recusa do seu registo ou a anulação (se concedido) quando, na prática comercial, os sinais tiverem adquirido *eficácia distintiva* (art. 166º/2, do Código da Propriedade Industrial). O que pode ocorrer à luz de um puro *plano objectivo*: decorrente do comportamento do público que, servindo-se do sinal, lhe confere um *significado* novo extrínseco, como objecto autónomo, não referido ao próprio produto ou serviço; ou relevar de um *plano subjectivo*: a actuação, isto é o uso que o titular dela pode fazer [v.g., actividade publicitária de vária índole, desde os vulgares anúncios até à inclusão do sinal noutros *sistemas de signos, noutros linguagens*, como é a circunstância de o sinal vir associado, em filmes, em livros, em programas de rádio, a *significado* diverso daquele que se identifica com a mera

<sup>(811)</sup> Cfr., CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 183; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 514; FREI, in *Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire*, 1985, II, nº 369, pág. 80; FERNANDEZ-NOVOA, C., *Derecho de Marcas*, Madrid, 1990, pág. 77 e segs.; MC CARTHY, *Trademarks and Unfair competition*, San Francisco, 1984, par. 15.20.



*coisa em si*, com o produto ou serviço]. Quer isto dizer que um sinal ou indicação *prima facie* genérica ou descritiva pode adquirir eficácia distintiva ao assinalar os respectivos produtos e serviços sempre que os consumidores interessados associem mentalmente o sinal com a empresa que produz ou distribui tais produtos ou serviços. Sendo assim, a assinalada associação mental implica que um sinal *prima facie* genérico ou descritivo passa a ser notoriamente conhecido nos meios *interessados* como sinal identificador dos produtos e serviços, *rectius* da fonte produtiva, daquele que o pretende registar como marca. Nesta hipótese, o sinal tem, em rigor, dois *significados*: o significado inicial, descritivo e/ou genérico e um significado posterior, dotado de eficácia distintiva para constituir marca.

Por outro lado, o disposto no n.º 2 do art. 166.º do Novo Código da Propriedade Industrial, ao estabelecer que a eficácia distintiva de um sinal *prima facie* genérico ou descritivo deve ter origem na *prática comercial* – *rectius* no anterior *uso* desse sinal nas relações jurídico-mercantis – omite o problema de se saber qual é o *prazo* mínimo de duração desse *uso* anterior. O que bem se compreende, pois que é, por via de regra, muito difícil fixar com a mínima segurança, a dilação temporal mínima do uso de um sinal genérico ou descritivo para o efeito de ao mesmo ser atribuída capacidade distintiva<sup>(812)</sup>. E, de facto, a duração deste uso prévio de que depende a aquisição de *secondary meaning* varia de caso para caso: não é de excluir – para mais em economias tão dinâmicas como as que surpreendem nos

<sup>(812)</sup> No direito norte americano [art. 2f da *Lanham Act*] consigna-se que o uso substancialmente exclusivo e contínuo da marca durante os cinco anos anteriores ao pedido de registo prova *prima facie* que ela adquiriu *secondary meaning*. Ou seja: naquele direito, a lei tira uma ilação de um facto conhecido [o uso da marca durante os cinco anos que precedem o pedido de registo] para firmar um facto desconhecido: a aquisição de *secondary meaning*, idónea para se atribuir eficácia distintiva ao sinal.

países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento – que a promoção massiva de um produto ou serviço, v.g., na televisão e nos jornais, torne possível que, em poucas semanas ou, até, transcorridos alguns dias, a marca que os assinale conquiste um *secondary meaning* e, desse modo, adquira eficácia distintiva. Ponto que é esta actuação do titular da marca: (1) seja a expressão concreta e determinada da informação transmitida, ainda que subsista alguma *sugestão* e *imprecisão* (que são, aliás, características próprias da linguagem publicitária), identificando-se a classe a que o objecto pertence referindo-se as qualidades classificativas (in casu, da marca); (2) revele uma *oportunidade temporal*: a actividade publicitária terá de ser anterior ao momento em que se decide se há ou não *secondary meaning*, mas não tanto que se deva considerar que perdeu, entretanto, a sua *eficácia simbólica*. É que há veículos publicitários cuja característica é a permanência temporal (v.g., cartazes, catálogos, rótulos) e outros que são efémeros (v.g., *spots* na televisão) ou de curta eficiência temporal (v.g., anúncios na imprensa escrita). Por conseguinte, é preciso fazer perdurar na memória do consumidor os estímulos de incitação e de identificação do sinal genérico/descrito com o produto assinalado; (3) haja um *nexo causal* – em termos de *conditio sine qua non* ou *conexão adequada* – isto é que a actuação daquele que usa, na publicidade, a marca genérica/descrita seja *condição* da aquisição de eficácia distintiva. Mas nada obsta a que essa actuação seja apenas *uma das condições* desse resultado ou que este não seja *previsível* para o autor. Essencial é, apenas, que essa actuação publicitária constitua, em relação à atribuição de *secondary meaning*, uma *causa objectivamente adequada*. De resto, a *conexão adequada* não se refere ao facto (actividade publicitária) e ao resultado (atribuição de eficácia distintiva ao sinal) isoladamente considerados,

porquanto o que interessa é considerar todo o processo factual que, em concreto, conduziu a esse resultado.

É evidente que o requerente do registo de uma marca descritiva ou genérica que alegue – no seguimento do uso que dela faça – a aquisição de eficácia distintiva depara-se com delicados problemas de prova. Parece, desde logo, que o procedimento administrativo de registo, estabelecido nos arts. 181º e segs. do Novo Código da Propriedade Industrial, não será, por via de regra, o meio procedimental mais próprio para resolver a questão do *secondary meaning* em termos de comprobabilidade fáctica (a despeito, ainda assim, de a recusa de registo poder ser provisória ficando salva a possibilidade de o requerente *responder* no prazo de dois meses: art. 187º/5/6/7). Daí que será, normalmente, em sede de acção judicial tendente, a anular a recusa de registo ou a impugnar a sua concessão, que a resolução dos problemas decorrentes do *secondary meaning* terá o foro próprio, atenta a heterocomposição dos interesses em conflito que é estabelecida e o alargamento do princípio do contraditório que se consegue.

Já, de resto, o artigo 6º – quinquies – da Convenção Internacional da União de Paris<sup>(813)</sup> na sua alínea c), nº 1, dispõe que *para apreciar se a marca é susceptível de protecção deverão ter-se em conta todos as circunstâncias de facto, principalmente a duração do uso da marca.*

Por conseguinte, o *secondary meaning* pode atribuir eficácia distintiva a um sinal genérico ou descritivo (*sinal fraco*), habilitando o seu registo como marca e, bem assim, transformar uma marca não registada, usada no tráfico

<sup>(813)</sup> Na redacção do Acto de Estocolmo, de 14/7/1967, aprovado para ratificação pelo Decreto-lei nº 22/75, de 22 de Janeiro.

mercantil, carecida de eficácia distintiva, num sinal (*marca de facto*) válido – no estrito âmbito da protecção que entre nós é conferido às marcas não registadas (cfr., infra) – que reuna condições de ser registado. Cabe referir que a transformação de um sinal fraco – só por si não registável como marca de produtos ou serviços – num sinal com eficácia distintiva, não é um direito subjectivo do requerente do registo, mas sim uma expectativa (de facto), que lhe aproveita, deixada à livre apreciação do juiz, enquanto *matéria de facto* que é<sup>(814)</sup>.

Algumas dificuldades suscitava, entretanto, a questão de saber em que termos as *cores* podiam constituir marca<sup>(815)</sup>.

Já no Código da Propriedade Industrial de 1940 (art. 79º, § 2) se entendia que não podia registar-se como marca uma *cor única*, salvo se fosse combinada com outros elementos (v.g., uma etiqueta, com uma determinada forma). Com efeito, sempre se entendeu, entre nós, que os produtos (e serviços), em si mesmos, não podem distinguir-se um dos outros apenas por cores, no sentido de se reputar inadmissível conferir a um produtor, fabricante, grossista, retalhista, ou a qualquer pessoa que mostre *interesse legítimo* em distinguir produtos ou serviços de uma actividade económica ou profissional, o direito exclusivo de usar uma determinada

<sup>(814)</sup> Além disso, esta *vávula de escape* não aproveita aos *sinais fracos* que sejam contrários à lei ou possam induzir o público em erro.

É claro que não será recusado ou anulado o registo de marcas compostas exclusivamente por *sinais fracos*, sempre que, antes da propositura da acção de anulação, o sinal adquiere *eficácia distintiva*.

<sup>(815)</sup> Cfr., FERNÁNDEZ-NOVOA, *El color y las formas tridimensionales en la nueva ley española de Marcas*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1989-1990, pág. 41 e segs.; MARTINEZ MINGUEZ, *La protección del color único como marca en el Derecho Español*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1982, pág. 117 e segs.; DEMOUSSEAU, in *Revue Internationale de la propriété industrielle et artistique*, 1974, pág. 123 e segs.; BEIER, in *Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire*, 1980, III, nº 265, pág. 198; Acórdão do *Conseil d'Etat*, de 8/2/1974, in *Juris Classeur Périodique*, La Semaine Juridique, 1974, II, nº 17720, com anotação de CHAVANNE; LAMY, *Droit Commercial*, 1993, nº 1978.

cor como sinal distintivo dos seus produtos em face de produtos (ou serviços) idênticos ou semelhantes.

Hoje, o Novo Código da Propriedade Industrial (art. 166º/1, d) preceitua que *as cores, por si só não podem constituir marca, salvo se forem combinadas entre si ou com gráficos, dizeres ou outros elementos por forma peculiar e distintiva*. Significa isto que uma *cor única* não possui eficácia distintiva se, para além dela, o sinal não for integrado por outros elementos de individualização. Não fora assim – isto é, não fora a preocupação da lei em estabelecer que as cores, por si só, são *sinais fracos*, não registáveis como marca – um ou vários agentes económicos, pelo simples depósito, como marca, das sete cores do arco íris, inviabilizariam o uso, no mercado da concorrência, dessas cores, impedindo que outros agentes pudessem, mediante o uso das *cores únicas*, apresentar os seus produtos ou serviços. Mas já as cores podem constituir marca se forem *combinadas* entre si. Ou seja: é registável como marca um conjunto formado pela coexistência de diversas cores, seja *misturando-as*<sup>(816)</sup> – dando-se origem a uma *nuance* –

<sup>(816)</sup> Contra a possibilidade de ser registável como marca a tonalidade ou a matiz de uma cor fundamental, cfr., FERNÁNDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 100-101; MARTÍNEZ MINGUEZ, in *Actas de derecho Industrial*, 1982, pág. 133-134, louvando-se na dificuldade de o consumidor médio identificar – mesmo na hipótese de estar perante os produtos – as tonalidades vizinhas e, por isso, parecidas; e, bem assim, chamando à colação as dificuldades com que os tribunais se confrontariam no que diz respeito à determinação da existência de risco de confusão entre as várias tonalidades vizinhas de uma cor fundamental.

Nos E.U.A. está, actualmente, pendente, no *Supreme Court*, o pedido para o reconhecimento do direito (*petition for certiorari*) de registar as cores, por si só, como marcas (Qualitex Co. v Jacobson Products Co., nº 93-1577, VS SupCT, review franted, de 26/9/1994, cuja decisão se aguardar para os finais de 1995 ou início de 1996), dado o conflito que, nessa matéria, se detecta entre, por um lado, o *Federal Circuit*, o *Eight Circuit* e o *PTO* e, por outro lado, o *Ninth Circuit* e o *Seventh Court*, pelo que concerne à interpretação da *Secção 43 (a)* do *Lanham Act* [cfr., os casos *in re Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 774, F2d 1116, 227 USPQ2d 417 (CA, FC, 1985); *Master Distributors Inc. v Pako Corp.*, 986, F2d 219, 25 USPQ2d 1974 (CA, 8, 1993); *Nutrasweet Co. v Stadt Corp.*, 917, F2d 1024, 16 USPQ2d 1959 (CA, 7, 1990)]. Sobre isto, vide, *Supreme Court will Review Trademark for Colour Alone*, in *World Intellectual Property Report*, vol. 8, nº 11 (Novembro de 1994), pág. 326.

seja combinado, no mesmo sinal, duas ou mais *cores únicas* que mantenham no sinal a sua individualidade própria. E quem diz combinadas entre si, diz, também, que uma *cor única* pode constituir marca se for combinada com outros elementos (v.g., amarelo pintado num *aro* ou *círculo*). De resto, por maioria de razão, podem constituir marca várias *nuances* de cores que, ainda que apresentadas conjuntamente no sinal, conservem a sua individualidade própria.

Todavia, ao ser permitido o registo, como marca, das combinações de cores, deve entender-se que o *círculo de proibição*, oponível a terceiros que operem na mesma área merceológica, deve abarcar as *nuances* próximas ou vizinhas, pois que também, nesta sede, o *juízo de confundibilidade* – para o efeito de se se saber se há imitação de marca – deve supor um consumidor médio que tão-só tem em mente cada um dos produtos assinalados com as cores, de per si, separadamente. Na verdade, se para se apurar da diferença ou dissemelhança não é necessário o confronto das duas marcas, deve pensar-se que o público só tem geralmente na sua presença uma das marcas. E por isso, por via de regra, haverá imitação de marca se outrem identifica os seus produtos ou serviços com *nuances* próximas ou vizinhas, pois o interessado na não confundibilidade só tem geralmente na sua presença uma das marcas.

Não é, porém de excluir que – apesar da cor única não poder integrar exclusivamente uma marca – aquele que usa, de facto, uma ou várias cores individualizadamente para identificar os seus produtos possa lançar mão, integrativa ou subsidiariamente, da protecção decorrente da concorrência desleal, no caso de algum concorrente usar aquela ou aquelas cores para identificar os seus produtos. Mister é que se verifiquem os pressupostos de que depende esta tutela.

Por outro lado, não distinguindo a lei se as combinações de cores, ou as respectivas *nuances*, dizem respeito aos invólucros ou aos produtos propriamente ditos, importa dizer que não é registável a combinação de cores que seja idêntica à coloração natural ou intrínseca do próprio produto. Se assim não fosse os agentes económicos concorrentes, que actuassem para áquem do *círculo de proibição* do titular de uma marca deste jaez, ver-se-iam compelidos a alterar a cor do próprio produto que comercializassem; o que equivaleria a desfrutar-se de um monopólio sobre o produto. Porém, esta hipótese é de difícil concretização, maxime se as cores forem combinadas.

No que concerne às alegadas *marcas olfactivas* o Novo Código da Propriedade Industrial não parece ter acolhido, em absoluto – bem pelo contrário – as *marcas imateriais*, a não ser para o efeito de registo das *marcas sonoras*. Uma vez que se exige (art. 165º/1, do Novo Código da Propriedade Industrial) que os sinais, susceptíveis de constituir marca, devam ser *susceptíveis de representação gráfica* – o que, como vimos é praticável no que diz respeito aos sons<sup>(817)</sup>, contanto que sejam reproduzíveis em pautas musicais – é bem de ver que as *marcas olfactivas* são irregistáveis.

<sup>(817)</sup> V.g., o rugido do leão da produtora de filmes *Metro Goldwin-Mayer* não implica particulares dificuldades para o efeito de ser representado numa pauta musical, assim como o som identificativo do ranger de uma porta.

Apesar de ser possível utilizar o som para compor, ainda que exclusivamente, a marca, esta possibilidade – não fora o interesse juscientífico que desperta – não se afigura facilmente mobilizável pelos empresários e pelos consumidores. No particular, mal quadra aos interesses dos consumidores a circunstância de se verem obrigados a distinguir um som de outros para identificar, sem erro, v.g., o electrodoméstico ou a mobília de cozinha desejados. Neste sentido, PELLISÉ PRATS, B., *Comentários Básicos a La Nueva Ley de Marcas de 1988*, in Revista Jurídica de Catalunya, 1989, pág. 622, nota 14. Crê-se, no entanto, que em certas eventualidades, a função identificadora e de referência da marca é exponencialmente mais forte se for emitida através de um sistema de sinais (*linguagem*) servido pelos sons, onde, em regra, se obtém uma maior eficácia distintiva por força do maior valor simbólico que a marca assim adquire, pois que também é mais forte a ligação expressão-conteúdo ou se se quiser, a relação *significante-significado*. Ponto é que os empresários respeitam os requisitos de não *confundibilidade* atrás expostos.

Ademais, a lei, ao disciplinar o processo de registo de marcas (arts. 181º e segs., do Novo Código da Propriedade Industrial) impõe que o pedido de registo seja, entre outros elementos, acompanhado da representação gráfica da marca, *sempre que possível em fotocópia ou desenho* (art. 188º/1, i, do mesmo código). Por isso que nada dá a entender que a nova lei tenha realmente previsto a possibilidade de registar *marcas imateriais*, para além da apontada excepção das marcas sonoras – *rectius*, de algumas marcas sonoras.

Temos, assim, em conclusão, proibições, ora *absolutas* – isto é, resultantes de um desvalor intrínseco à marca – ora *relativas* – isto é, decorrentes de direitos anteriores sobre o sinal, por terceiros –, de registo de marca, a saber:

1. Proibições absolutas tipificadas. Agrupam-se, nesta sede:
  - a) As proibições que limitam a registabilidade de certos sinais. É o caso das *marcas de forma* que não cumpram os requisitos da alínea a) do nº 1 do art. 166º; das *cores únicas*; das *marcas olfactivas* [alínea d) do nº 1 do mesmo artigo].
  - b) As proibições decorrentes do carácter genérico e/ou descritivo do sinal. É a hipótese dos sinais previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do art. 166º e, bem assim do sinal consignado no nº 2 do art. 165º (frases publicitárias desprovidas de eficácia distintiva).
  - c) As proibições emergentes do registo de marcas enganosas ou deceptivas. Incluem-se aqui, e a título meramente exemplificativo, os sinais previstos na alínea l) do nº 1 do art. 189º.
  - d) As proibições decorrentes de razões diversas. Cabem neste âmbito as proibições de registo plasmadas nas alíneas c), e), j) do art. 189º, relativas aos sinais contrários à lei, à ordem pública ou à moral e os que

incluem brasões, insígnias heráldicas, medalhões, condecorações, apelidos, títulos e distinções honoríficas de fantasia, ou desenhos susceptíveis de confusão com condecorações oficiais ou com medalhas e recompensas.

2. **Proibições relativas.** Trata-se de vícios que, apesar de darem lugar à recusa de registo ou à posterior anulação do mesmo, podem ser sanados através do *consentimento* (em princípio expresso) de certas pessoas ou da *inactividade* destas. Que o mesmo é dizer que estamos perante marcas cujo sinal não é livremente *disponível*, no sentido em que, apesar de terem por objecto sinais aptos para constituir marca – ou seja, que não padecem de uma proibição absoluta de inclusão em marcas – conflituam com direitos (de personalidade, de autor, de propriedade industrial) pré-existent de terceiros. Está-se, por conseguinte, perante causas de recusa ou de anulação de registo relativas a conflitos com direitos anteriores.

Cabe, pois, distinguir:

a) **Sinais indisponíveis em razão de sinais distintivos já registados.** Estas proibições assumem diferente relevo consoante o tipo de sinal distintivo *prioritário* (marca, firma, nome e insígnia de estabelecimento), a semelhança gráfica, figurativa ou fonética e a identidade ou afinidade manifesta dos produtos ou serviços marcados por um sinal já registado. Daí que não possam registar-se, validamente, como marcas os sinais:

— susceptíveis de induzir em erro ou confusão o consumidor, ou de criar um risco de associação com marca anteriormente registada, por força da sua semelhança gráfica, figurativa ou fonética com uma marca já registada, destinada

a assinalar produtos ou serviços idênticos ou de afinidade manifesta<sup>(818)</sup> (art. 189º/1, m, e art. 193º), a menos que haja autorização deste titular (e desde que o público não seja induzido em erro: nº 2 do art. 189º);

- susceptíveis de induzir o consumidor em erro ou confusão, em razão da sua identidade com firma ou denominação, que não pertença ao requerente ou titular do registo<sup>(819)</sup> (art. 189º/1, f);
- susceptíveis de induzir o consumidor em erro por causa da sua identidade com nome ou insígnia de estabelecimento, que estejam na titularidade de terceiros<sup>(820)</sup> (art. 189º/1, f);
- susceptíveis de provocar um *aproveitamento indevido* do carácter distintivo ou do prestígio e reputação de outra marca já registada, a despeito de esta assinalar produtos ou serviços totalmente diferentes (isto é, não idênticos, dissemelhanças ou sem qualquer afinidade manifesta) – art. 191º.

Trata-se, como atrás se analisou, de conceder uma mais ampla protecção – por via do alargamento do *círculo de proibição* que aproveita aos titulares de *marcas célebres* – a certas marcas já registadas, com a finalidade

<sup>(818)</sup> Cfr., art. 193º do Novo Código da Propriedade Industrial, aí onde se plasmam *cumulativamente* os requisitos acima identificados de que depende a *imitação* ou usurpação de marca.

<sup>(819)</sup> Não se exige-se, note-se, que a firma diga respeito a pessoas singulares ou colectivas que desenvolvam actividades relacionadas com os produtos ou serviços em atenção aos quais se requer o registo da marca.

<sup>(820)</sup> Também aqui a lei não exige que o nome ou insígnia do estabelecimento identifique(m) uma organização de factores produtivos que fabrique ou comercialize os mesmos produtos ou serviços – ou produtos ou serviços de afinidade manifesta – assinalados pela marca cujo registo se requiere.

de evitar que terceiros *tirem partido indevido* dessa reputação excepcional ao registarem o mesmo sinal distintivo para produtos ou serviços diferentes.

Em princípio, estas *proibições relativas* são sanáveis mediante a obtenção da correspondente *autorização* de uso, por banda dos terceiros titulares dos sinais já registados previamente<sup>(821)</sup>.

b) Sinais indisponíveis<sup>(822)</sup> devido a marcas não registadas. Apesar de a nova lei se inspirar na ideia de que as marcas não registadas não devem impedir o válido registo de marcas posteriores, surpreendem-se algumas excepções, a saber:

- marca incompatível com outra marca anterior não registada em Portugal, mas *notoriamente* conhecida nos *meios interessados* (art. 190º/1, do Novo Código), se for aplicada a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes e com ela possa confundir-se;
- marca incompatível com *marca de facto* anterior (não registada), desde que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial ou, em último caso, o tribunal reconheçam que o requerente dela pretende fazer *concorrência*

<sup>(821)</sup> Cfr., art. 182º/1, d, do Novo Código da Propriedade Industrial, onde se exige que o pedido de registo seja acompanhado da *autorização* da pessoa estranha ao requerente, cujo nome, firma, denominação social, insígnia ou retrato figure na marca. Vide ainda, o art. 189º/2, onde se exige a autorização do titular de marca anteriormente registada (e do eventual possuidor de licença exclusiva) para o efeito se se conceder o registo de marca confundível com ela. Porém, a autorização sómente remove a proibição de registo se e quando, apesar de a marca ser confundível com outra já registada (ou seja, apesar da *imitação* ocorrida), não se induza o público em erro sobre a qualidade do produto ou serviço.

<sup>(822)</sup> São indisponíveis porque constituem reprodução, imitação ou tradução, no todo ou em parte de marcas ou sinais livres, não registados que com eles possa confundir-se.

*desleal* a estoutra, ou que ela é possível independentemente da sua intenção. Importa, no entanto, esclarecer que a eventual recusa de registo não decorre de um direito *específico* – privativo do *direito das marcas* – sobre o sinal não registado, mas antes da tutela da *leal concorrência*;

— marca incompatível com marca não registada durante um prazo de seis meses a contar do uso desta última, contanto que o titular desta exercite o *direito de prioridade* que a lei lhe confere para efectuar o registo (art. 170º/1, do Novo Código). É lícito, por conseguinte, recusar o registo, durante o prazo do *direito de prioridade*, a quem pretenda depositar uma marca confundível com marca de facto anteriormente usada por outrem<sup>(823)</sup>.

c) Sinais indisponíveis por conflituarem com outros direitos de terceiros. Nestas eventualidades a *proibição relativa* decorre da colisão da marca com direitos (de outrem) que não consistem na titularidade de sinais distintivos, já registadas ou não. Inclui-se nesta sede:

- o conflito da marca com o *nome individual*<sup>(824)</sup> de pessoa diversa do requerente [art. 189º/1, g];

<sup>(823)</sup> Assim, PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 371-372; FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 337.

<sup>(824)</sup> Não se prevê a recusa de registo de marca que em todos ou alguns dos seus elementos, contenha o pseudónimo, que tenha *notoriedade*. Sendo assim, no âmbito da protecção conferida ao nome (art. 74º do Código Civil), o titular dele só poderá lançar mão da tutela do Direito Civil, no sentido de impedir a sua utilização pelo titular de uma marca (que, somente com base nessa eventualidade, não viu o registo recusado) que o contenha. O que, como vimos anteriormente, se não é causa de recusa de anulação de registo, será concertiza causa de *caducidade* do direito sobre a marca, cuja acção pode ser proposta após a inibição do uso do pseudónimo, contanto que o pedido de caducidade seja apresentado por quem tenha interesse, produzindo-se os seus efeitos

- o conflito da marca com o *retrato* de pessoa diversa do requerente. Daqui deflui que a lei, neste particular, tutela o direito à imagem (art. 79º do Código Civil e art. 26º/1 da Constituição) em face da sua *exploração comercial* não autorizada<sup>(825)</sup>;
- o conflito da marca com direitos de autor [v.g., obras literárias, programas informáticos] ou de propriedade industrial [v.g., desenhos industriais, patentes] – art. 189º/1, h;
- o conflito da marca com bandeiras, armas, escudos e demais emblemas do Estado, autarquias, regiões autónomas ou outras entidades públicas (art. 189º/1, a);
- o conflito da marca com distintivos, selos, sinetes oficiais, de fiscalização e garantia, quando estes sinais são incorporados em marcas destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou semelhantes àqueles em que as mesmas têm de ser aplicadas (art. 189º/1, b);

pois de a caducidade *ser declarada*, através do competente *procedimento administrativo* (com curso para o Tribunal da Comarca de Lisboa) – cfr., arts. 216º/1, 38º e segs., do Código da Propriedade Industrial, *ex vi* do art. 2º do decreto-lei que aprovou o Novo Código da Propriedade Industrial. Ou, pode o titular da marca, no seguimento da acção inibitória, deduzida nos termos dos arts. 73º, 74º do Código Civil e 1413º e 1414º do Código Proc. Civil, alterar a marca (isto retirando-lhe o pseudónimo), a ponto de prejudicar a sua identidade, hipótese em que, dependentemente do decurso do referido prazo, fica logo salva a possibilidade de se pedir a *declaração de caducidade*. E isto é assim na medida em que a marca (nominativa) deve conservar-se inalterável, no que respeita às expressões que a constituem (art. 210º do Novo Código da Propriedade Industrial).

<sup>825</sup> A lei (art. 189º/1, g, 2ª parte, do Código da Propriedade Industrial) vai ao ponto de, acaso inclusão do *retrato* (ou do nome) cause prejuízo para a honra ou reputação da pessoa retratada, considerar como *indisponível* o direito de a pessoa retratada (ou os seus herdeiros) autorizar a inclusão do seu retrato (ou nome) na marca do requerente. Se isto suceder, a proibição constante nesta alínea deve considerar-se *absoluta*.

- o conflito da marca com o emblema ou denominação da Cruz Vermelha ou de organismos a que o Governo tenha concebido direito exclusivo ao seu uso (art. 189º/1, d);
- o conflito da marca com sinais de elevado valor simbólico (v.g., símbolos religiosos) – art. 189º/1, i.

### 3. A Constituição do direito à marca. Direitos e obrigações decorrentes do registo da marca.

Aquele que adopta certa marca para distinguir os produtos ou os serviços da sua actividade goza da *propriedade* e do *exclusivo* dela, desde que satisfaça as prescrições legais, designadamente as relativa ao *registo* [art. 167º/1, Código da Propriedade Industrial].

Consagra-se, pois, o regime da *eficácia constitutiva* do registo, uma vez que o regime da eficácia meramente *declarativa* do registo é, entre nós, privativo, dos direitos reais sobre *coisas corpóreas* sujeitas a registo (exceptuado o registo de hipotecas<sup>(826)</sup>). Com efeito, enquanto que o registo, no domínio da alienação ou oneração de coisas corpóreas (ou dos direitos a elas inerentes), tem por função<sup>(827)</sup>

<sup>(826)</sup> E, segundo alguns, o registo – a envolver a inerente emissão do certificado predial – dos direitos reais de habitação periódica. Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Reais*, 4ª ed., pág. 476 e segs.; PENHA GONÇALVES, *Curso de Direitos Reais*, Lisboa, 1992, pág. 414-415.

<sup>(827)</sup> Assim, VAZ SERRA, *Hipoteca*, separata do Bol. Min. Just., nº 62 e 63, Lisboa, 1957, pág. 7; *idem*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 97º, pág. 37; ANTUNES VARELA, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, pág. 289 e segs. De resto, o direito de propriedade sobre a marca não nasce na data da entrega do pedido de registo no Instituto Nacional da Propriedade Industrial; e nem, tão pouco, na data em que a marca – concedido o registo – foi pela primeira vez e anteriormente usada pelo titular: os efeitos do registo não se retroagem a data do *primeiro uso* de facto da marca.

assegurar a quem adquire direitos de certa pessoa sobre um prédio que esta não realizou em relação ao adquirente actos susceptíveis de o prejudicar [o que é assegurado pela tutela que o art. 5º do Código do Registo Predial prevê], a função do registo dos direitos sobre sinais distintivos é a de *criar* os direitos sobre as coisas imateriais em que eles se analisam. Não basta, por conseguinte, o mero acto (unilateral) de aposição do sinal sobre os produtos ou serviços.

O disposto no art. 204º do Novo Código da Propriedade Industrial – ao preceituar que o registo da marca implica a presunção jurídica de novidade ou distinção de outra anteriormente registada – não põe em causa aquela eficácia constitutiva, pois o que se pretende, de facto, salvaguardar daquele preceito são os direitos daquele que anteriormente registou a sua marca igual ou semelhante<sup>(828)</sup>.

#### 4. Direitos do titular da marca cujo registo foi concedido

a) *Direito de uso exclusivo*. O registo da marca – no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – confere ao seu titular o *direito exclusivo* de utilizá-la no tráfico jurídico-económico, independente do uso de que seja objecto na actividade mercantil. Assim, o titular tanto pode identificar singularmente com ela os produtos ou serviços para os quais lhe tenha sido concedido o registo, como pode utilizá-la com fins especificamente promocionais ou publicitários, ou seja sem a *natural* aderência aos produtos ou serviços – que ela designa ou assinala – colocados por ele no mercado. E a

<sup>828</sup> Cfr., arts. 207º e 167º/1, do Novo Código da Propriedade Industrial, aí onde, justamente se consagra o princípio de que a marca só goza de protecção desde que se encontre registada. Na jurisprudência, vide AcSTJ, de 22/6/86 (JOAQUIM FIGUEIREDO), in Bol. Min. Just., nº 359, pág. 751 e AcRL, de 7/11/85 (BARRODE SEQUEIROS), in Col. Jur., 1985, tomo V, pág. 80.

utilização promocional ou publicitária da marca compreende o uso que dela faça mediante a sua aposição ou reprodução em anúncios luminosos, filmes publicitários, jornais, no nome do estabelecimento, na correspondência mercantil, em listas de preços, nas facturas, em programas informáticos veiculados através da rede pública de Transmissão de Dados (TELEPAC), cuja finalidade é a de permitir as transacções comerciais através de computadores, etc.

Coisa diversa é saber se o direito privativo das marcas habilita o titular da marca registada a impedir o uso que terceiros façam dela, para fins exclusivamente publicitários ou promocionais.

A resposta a este problema está, como é bem de ver, dependente da circunstância de se atribuir ou não à marca uma *função publicitária*, juridicamente protegida [cuja origem remonta à doutrina norte americana e alemã dos anos vinte – cfr., ISAY, H., *Die Selbststaendigkeit des Rechts an der Marke*, in GRUR, 1929, pág. 23 e segs.; SCHECHTER, *The Rational Basis of Trademark Protection*, in Harvard Law Review, 1927, pág. 813 – tendo sido, também defendida no ordenamento italiano (cfr., GHIRON, M., *Corso di Diritto Industriale*, vol. II, Roma, 1937, pág. 8 e segs.; *idem*, *la disciplina dei marchi registrati e dei segni distintivi nella recente riforma legislativa*, in Foro Italiano, 1935, IV, c, pág. 262 e segs.), mas que tem sido negada pela doutrina maioritária (cfr., VANZETTI, *Funzione e natura giuridica*, cit., pág. 50: *desumere da questa norma* (isto é, do art. 9º da Lei italiana sobre marcas, que vigorou até 1992 e que falava no *uso del marchio, anche a fini di pubblicità) l'esistenza di una funzione pubblicitaria del marchio è semplicemente un errore, poiché quella norma ... si limita a specificarne una delle modalità d'uso ... mentre ciò che interessa per determinarne la funzione non è già il modo in cui lo si può usare, bensì il fine per cui lo si usa;* no mesmo sentido DI CATALDO, *I segni...*, cit., pág. 20, 23 e segs., 30 e segs.; AUTERI, P., *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti «originali»*, Milano, 1973, pág. 42 e segs.). Já para FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, cit., 4ª ed., pág. 232, diversamente do que ensinava na 3ª edição da sua obra,



de 1971, todas as funções da marca são juridicamente protegidas, não sendo possível determinar qual a que é mais ou menos<sup>(829)</sup>].

É certo que ao titular da marca não fica vedado o direito de controlar certas formas *atípicas* do uso dela. Com efeito, parece razoável outorgar-lhe o direito de se opor ao registo que terceiros pretendem fazer dessa marca – para produtos idênticos ou semelhantes – sempre que ele a use para identificar produtos ou serviços que distribui gratuitamente, com um escopo meramente promocional (brindes, presentes). Assim, como poderá impedir o uso que terceiros façam dela, seja para fins promocionais deles, seja para a comercialização dos produtos ou serviços que ela assinala. É que o art. 209º/b, c, do Código da Propriedade Industrial só permite que terceiros façam uso da marca sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, designadamente a título acessório ou complementar e bem assim das indicações daquela marca relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época de produção ou a outras características dos produtos ou serviços marcados. É neste sentido que se deve compreender que o *círculo de proibição*, outorgado ao titular, é condicionado, primordialmente, pelo específico motivo do seu nascimento: distinguir produtos e serviços e respectivas fontes produtivas. Por isso que fica salva, nos assinalados limites previstos no art. 209º do Novo Código da Propriedade Industrial, a possibilidade de os terceiros usarem a marca com finalidades meramente decorativas ou ornamentais, que não conferem qualquer valor (*simbólico*) extrínseco ao próprio produto ou serviço. Pelo que também não pode dizer-se que o titular da marca desfrute, em absoluto, do direito de controlar as modalidades não distintivas de uso dela por terceiros, pois que a lei não lhe reserva, invariavelmente, o poder de determinar as formas pelas quais a marca é usada com escopo publicitário (contra, porém, HELM, H., *Der «unerechte Reklamegegenstand»*, in GRUR, 1981, pág. 630). Assim, por exemplo, se o titular de uma marca destinada a assinalar calçado, reproduzir, em menor escala, um sapato

(829) Aliás, a posição deste autor, neste particular, é assumida, desde 1988, com coerência discursiva interna, dada a sua opinião em considerar, hoje, a marca como um sinal distintivo *in se e per se*, com um autónomo valor *simbólico* e força atractiva ou sugestiva. No mesmo sentido, COINTI, F., *La funzione del marchio*, Milano, 1988, pág. 147 e segs., esp. pág. 152.

desse marca, que apõe num porta-chaves, não deve ficar vedada a possibilidade de terceiros, conquanto não autorizados, usarem o mesmo sinal para identificar produtos idênticos, na mesma escala reduzida (miniaturas). O que se explica no sentido em que o sinal registado não é, neste particular, usado para assinalar produtos do mesmo género (neste caso, sapatos em tamanho natural), não havendo, desta sorte, por via de regra, o perigo de confusão sobre a proveniência do produto. Aliás, para se saber se uma marca está a ser usada com escopo publicitário não basta averiguar a intenção do titular dela, mas sim a forma como o público – ou o consumidor médio – valora ou intui essa utilização (cfr., CARTELLA, *Marchi celebri...*, cit., pág. 385).

Uma hipótese se préfigura, todavia, em que deve ser razoável estender a tutela do direito da marca, para lá do *círculo de proibição* assinalado pelo *princípio da especialidade*, ou seja para além das fronteiras da sua *função distintiva*. Casos em que, inequivocamente, a *função publicitária* da marca deve acolher-se no manto protector do direito das marcas. São eles os casos em que o *uso atípico do sinal* diz respeito a uma marca de *reputação excepcional*, de *grande prestígio*. Na verdade, sempre que, nestas eventualidades, o *uso atípico* – não autorizado – por terceiros, procure tirar partido, sem justa causa, do prestígio conseguido pelo sinal (nas suas formas de utilização *primárias* ou *típicas*) ou da força atractiva ou simbólica que o sinal adquiriu no mercado [maxime, por causa da qualidade, da selectividade, da publicidade, etc., de que foi objecto], é de estender o direito de o titular dela impedir, sem o seu consentimento, o uso ou o registo de sinal confundível [v.g., um terceiro que distribui, gratuitamente, no seu estabelecimentos, relógios a que após a marca *Benetton*]. Até porque, se para as *utilizações primárias* que terceiros façam de *marcas célebres* a lei expressamente impõe o consentimento do titular delas, mesmo em domínios ultramerceológicos (art. 191º do Novo Código da Propriedade Industrial), não faria sentido que o permitisse para as *utilizações secundárias* ou *atípicas* (v.g., com escopo publicitário).

O direito de uso exclusivo conferido pela marca registada, pode, assim, independentemente da existência de

prejuízos para o seu titular, efectivar-se contra terceiros, ainda que de boa fé, que a utilizem na sua actividade económica ou profissional, sem consentimento, um sinal idêntico ou semelhante [fonética e graficamente] para assinalar os mesmos produtos ou serviços similares ou semelhantes. Daí que o *círculo de proibição*, decorrente do direito sobre a marca, torna-se efectivo frente a quem use um sinal *confundível* na comercialização dos seus produtos e serviços, na importação deles, na publicidade, nas facturas, etc. Mas aquele *círculo de proibição* já não impede a utilização *necessária* – *intrínseca* ou *natural* – que terceiros façam do sinal, não já, *stricto sensu*, a título de marca, mas para indicar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica, a época de produção do produto ou outras características dos seus (deles) produtos e serviços e bem assim para indicar o destino dos produtos ou serviços ou o próprio nome e endereço dos terceiros (art. 209º do Código da Propriedade Industrial)<sup>(830)</sup>.

Todavia, a lei – ao tornar, neste hipótese, inoperante aquele *círculo de proibição* ou *núcleo de protecção* infrangível do titular da marca – faz apelo à boa fé e bem assim aos bons costumes na utilização do sinal por terceiros, pois que exige que a remoção da ilicitude deste uso fique dependente das normas e *usos* honestos em matéria industrial e comercial (art. 209º, 1ª part).

De resto, no caso dos fabricantes de acessórios<sup>(831)</sup> ou peças soltas, fica salva a possibilidade de eles usarem o sinal de outrem para indicar o destino de um produto, pois que, doutro modo, a

<sup>(830)</sup> Atente-se que a referência feita na alínea a) do art. 209º do Código da Propriedade Industrial ao próprio nome e endereço do terceiro visa identificá-lo enquanto empresário (agricultor, silvicultor, etc.) de onde procedem os produtos ou serviços daquele terceiro.

<sup>(831)</sup> Cfr., THRIERR, in *Revue internationale de la propriété industrielle e artistique*, 1976, pág. 51. Acórdão da *Cour de Cassation*, de 5/2/1991, in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1991, III, nº 227, pág. 16.

sua clientela não ficaria ciente da destinação deles, v.g., para serem adaptadas a um produto marcado com o sinal daqueloutro. Assim, o fabricante, v.g., de amortecedores para os automóveis da marca *Alfa Romeo* poderá assinalá-los com este sinal, que mais não é do que uma referência necessária para indicar o destino dos amortecedores. Se assim não fosse estariam reunidas as condições para que os titulares das marcas desfrutassem de um monopólio na fabricação de acessórios. Contudo, uma vez que esta restrição do *círculo de proibição* do titular da marca pode comportar perigos vários, é de entender que o disposto no art. 209º, maxime alíneas b) e c), impõe que a referência (ou uso) à marca de outrem só será lícita se e quando tal for estritamente necessário para que o consumidor médio seja informado do destino do produto. Além disso, é razoável exigir que o fabricante de acessórios tenha o cuidado de evitar o perigo de confusão entre a sua empresa e a do que fabrica o produto incorporante (titular da marca) [v.g., não criar a imagem de que é um *concessionário* ou um *franquiado* daqueloutro].

O direito de o titular da marca reagir judicialmente contra imitações ou usurpações do seu sinal mantem-se após o decurso de prazo de cinco anos durante o qual não foi objecto de *uso sério*. Na verdade, conquanto a lei preveja a caducidade da marca se ela não tiver sido objecto de uso durante cinco anos consecutivos (art. 216º/1, a, do Código da Propriedade Industrial), ela não opera *ope legis* decorrido esse prazo (art. 36º/4), antes carece de ser declarada pela entidade administrativa competente, (in casu o *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*). Daí que mesmo a marca não usada pode, nestas circunstâncias, manter perfeitamente válido e operante o *círculo de proibição* atrás referido, oponível *erga omnes*, adentro do princípio da especialidade.

Por outro lado, a *tolerância* do titular da marca registada durante pelo menos cinco anos, faz caducar o direito de ele requerer a anulação do registo posterior de marca igual ou semelhante, salvo se o *imitador* ou *usurpador* da marca

estiver de má fé na altura do pedido de registo (art. 215º/1, do Novo Código da Propriedade Industrial).

Coloca-se, contudo o problema de saber se as preclusões decorrentes da *inacção* do titular da marca anterior só dizem respeito aos concretos produtos e serviços relativamente aos quais o uso da marca – que os assinala – foi tolerado. A lei parece ir neste sentido: vide, art. 215º/1, in fine.

Obviamente que o titular da marca anterior registada que não tenha praticado os factos ou actos impositivos da caducidade – isto é, que não tenha requerido a anulação do registo da marca posterior – não perde qualquer das faculdades decorrentes do direito de propriedade da marca, salva a possibilidade de requerer a anulação do registo de boa-fé de marca posterior, que seja uma imitação ou usupação daqueloutra e cuja *vida jurídica* já dure há mais de cinco anos.

É, todavia, ponderosa a circunstância de a *inacção* do titular da anterior marca registada, que tem conhecimento da imitação ou usupação, nada fazer para o impedir, podendo fazê-lo nesse prazo de cinco anos (que corre após o conhecimento do facto). É ponderosa no sentido em que pode relevar, segundo as regras da experiência, para efeitos de cálculo do montante da eventual indemnização por perdas e danos: a tolerância em face da atitude do usurpador ou imitar que dure há longo tempo – porém há menos cinco anos – baixará o montante da indemnização ou até será um facto impositivo da possibilidade de se provarem danos.

Assim como a circunstância de o titular da marca registada só reagir, antes do decurso do prazo de cinco anos, contra alguns dos imitadores ou usurpadores e não contra os outros não habilita o(s) demandado(s) a opôr ao titular dela o comportamento permissivo deste perante outros concorrentes, para o efeito de fazer excluir a condenação em

indemnização. De facto, a *inacção* daqueloutro pode ser devida a ponderosos motivos: a inoportunidade de lançar mão de uma acção de anulação do registo contra outros concorrentes, em razão de a clientela ser comum; a insolvabilidade dos outros concorrentes; o fraco relevo económico concorrencial da actividade dos outros imitadores ou usurpadores; a ignorância, por banda do anterior titular da marca, dos factos de que depende o desencadeamento destas acções, etc.<sup>(832)</sup>. Parece, também, que o titular de marca anterior, registada em Portugal, não perde o direito de requerer a anulação de marca com registo posterior, feito em Portugal, se a tolerância se ficar a dever ao uso, por outrem, dessa marca no estrangeiro.

Por conseguinte, a *garantia* do direito de propriedade sobre a marca implica que:

a) Não possa ser obtido o registo da mesma marca ou de marca idêntica para o mesmo produto ou serviço; ou, se a marca for de *reputação excepcional*, não possa ser obtido o registo de marca igual ou semelhante mesmo para produtos não idênticos, *não similares* ou *não semelhantes*;

b) o titular de marca anterior já registada pode requerer a anulação do registo de outra que seja *confundível* através de acção judicial, no prazo de dez anos, contados a partir da data do despacho de concessão do registo, salvo se o imitador ou usurpador estiver de má-fé, caso em que a anulação pode ser pedida a todo o tempo. Todavia, na hipótese de o titular de marca já registada tolerar o uso, por outrem, de marca com ela confundível, o direito de requerer a anulação do registo só pode ser exercido adentro dos cinco anos posteriores à data do conhecimento do facto;

<sup>(832)</sup> Assim, CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pág. 643.

c) o titular de marca registada pode *opor-se*, reclamando, a concessão do registo de marca com ela confundível, no prazo de um mês a contar da data da publicação do *Boletim da Propriedade Industrial* em que o pedido de registo seja inserido (art. 194º/3);

d) a reprodução ou imitação de marca, sem consentimento do seu titular, anteriormente registada (ou de marca notória ou de grande prestígio) faz incorrer o seu autor em sanções criminais (art. 264º/1, a, b, c, d, e, do Novo Código da Propriedade Industrial, 247º do Código Penal), ou contraordenacionais (art. 269º do Código da Propriedade Industrial: uso ilícito de marcas), puníveis com coima de 600 a 6000 contos (tratando-se de pessoa colectiva) ou 50 a 500 contos (tratando-se de pessoa singular);

e) a contrafacção, reprodução e imitação – no todo ou em parte – de marca registada sujeita o seu autor à obrigação de reparar os danos causados, nos termos gerais da responsabilidade civil por factos ilícitos (art. 483º e segs. do Código Civil), quer tenha agido com dolo ou com mera culpa;

f) o titular da marca registada pode requerer que o usurpador ou imitador seja condenado a *abster-se do uso* indevido dela (*acção inibitória*: art. 207º, Código da Propriedade Industrial) e, além disso, pedir que o tribunal condene o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada-dia em atraso no cumprimento desta prestação de facto infungível (sanção pecuniária compulsória: art. 829º-A/1, Código Civil);

g) o titular da marca pode *regularizar* a apreensão, promovida pelas autoridades aduaneiras, dos produtos ou mercadorias em que o delito de imitação ou usurpação de marca se concretizar, ou seja, pode pedir a confirmação judicial da apreensão já realizada, aplicando-se, para o

efeito, os arts. 407º (e, bem assim, os arts. 405º e 406º) do Cód. Proc. Civil.

Sendo o referido arresto uma providência cautelar *nominada*, deve o interessado propor a acção principal (ou fazer a participação criminal em juízo) no prazo de 30 dias após a realização da diligência, sob pena de esta *caducar* (art. 274º/2/3, *idem* e art. 382º/1, a, do Cód. Proc. Civil). Usufruindo a propriedade industrial das garantias estabelecidas por lei para a propriedade em geral, a mais das que se dispõem no respectivo código (art. 257º, Código da Propriedade Industrial), não é de excluir (antes pelo contrário) o recurso a providências cautelares *não especificadas* para prevenir a continuação, no futuro, de uma actividade ilícita e danosa de usurpação ou imitação de marca [assim, já no domínio do Código da Propriedade Industrial de 1940, AcSTJ, de 9/3/1971 (ARALA CHAVES), in Bol. Min. Just., nº 205, pág. 198]; e bem assim são de admitir as acções possessórias, apesar de a marca se traduzir num *bem imaterial* [contra, AcSTJ, de 16/3/1976 (RODRIGUES BASTOS), in Bol. Min. Just., nº 255, pág. 186; a favor ORLANDO DE CARVALHO, *Introdução à Posse*, cit., pág. 108], assim como a aquisição originária da marca por usucapião, na medida em que a sua aquisição não depende da titularidade do estabelecimento. Na verdade, dispõe, hoje, o nº 1 do art. 45º do Código da Propriedade Industrial, que, em qualquer acção de direito de propriedade industrial, podem ser decretadas *providências cautelares*, ou melhor qualquer uma das providências cautelares nominadas e inominadas, constantes da lei processual civil. É obvio que, para efeitos de tutela cautelar do direito de propriedade industrial sobre a marca, são as providências cautelares não especificadas e o arresto que se revelam, fundamentalmente, idóneas para acautelar o justo receio da violação grave ou irreparável do direito da marca. Acresce que, quanto ao arresto, se inverte a regra da não audição do requerido, consignada no art. 404º/1, do Código da Propriedade Industrial, ao se dispor que *haverá, em qualquer caso, audição da parte contrária, salvo quando excepcionalmente esta puser em risco o resultado da própria providência*. Já pelo que concerne ao alcance do *princípio do contraditório* no âmbito do art. 45º do Código da Propriedade Industrial, em nada se modifica o regime que se acolhe no nº 2 do art. 400º do Cód. Proc. Civil, porquanto

aqui, também, se preceitua que o tribunal ouvirá o réu, se a audiência não puser em risco o fim da providência.

i) Os direitos do titular de um registo internacional<sup>(833)</sup>

Inicialmente, a Convenção de Paris, que criou a *União para a Protecção da Propriedade Industrial* visou assegurar aos cidadãos de cada um dos países aderentes, em termos de igualdade de tratamento, vantagens idênticas aos nacionais de territórios de outros Estados a ela pertencentes. Mas para desfrutar dessa protecção noutros países o interessado tem de registar a marca em cada um desses outros países, de acordo com o direito interno do país onde a protecção seja pretendida. Esta *paridade de tratamento* significa que os nacionais de cada um dos países abrangidos gozam, em todos os outros países da União, das vantagens que as leis desses Estados, no que respeita à protecção da propriedade industrial, concede aos seus nacionais. Sendo assim, uma marca registada no país de origem é admitida a registo e, como tal, protegida nos outros países da União (art. 6<sup>o</sup>—quinquies—da Convenção [na versão de Estocolmo de 1967]), só podendo aí recusar-se o registo, se e quando ocorrer alguma das circunstâncias taxativamente fixadas na Convenção<sup>(834)</sup>.

<sup>(833)</sup> Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 344 e segs.; JUSTINO CRUZ/JORGE CRUZ, *Código da Propriedade Industrial*, 2<sup>a</sup> ed., 1983, pág. 262 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 418; RUY DE MATOS CORTE-REAL, *Código da Propriedade Industrial*, 4<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1979, pág. 93 e segs.; ABÍLIO NETO/PUPO CORREIA, *Propriedade Industrial - Legislação Anotada*, 1982, pág. 160 e segs.; SAINT GAL, in *Revue internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1966, pág. 220; CHAVANNE/BURST, *ob. cit.*, pág. 710 e segs.; CLAVIJO SÁNCHEZ, *La marca en el derecho comunitario y en los convenios internacionales*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1989-1990, pág. 95 e segs.

<sup>(834)</sup> O que, neste particular se sobrepe ao disposto no art. 203<sup>o</sup> do Novo Código (que corresponde ao art. 113<sup>o</sup> do Código da Propriedade Industrial de 1940), pois que o direito internacional convencional releva de um parâmetro hierárquico-normativo superior em face do direito interno. Neste sentido, AcSTJ, de 5/2/1991 (BROCHADO BRANDÃO), in *Bol. Min. Just.*, n<sup>o</sup> 404, pág. 473; AcSTJ, de 1/6/1956 (BALTASAR PEREIRA), in *Bol. Min. Just.*, n<sup>o</sup> 58, pág. 430.

Obtemperar-se-à, decerto, dizendo que esta *paridade de tratamento* se foi gradativamente, aperfeicoando, por forma a ultrapassar a insuficiente protecção do direito dos titulares de marcas, acolhida individualmente, em cada um daqueles países. Por isso que a Convenção acabou por consagrar uma série de regras uniformes que prevalecem em face das direitos internos, constituindo um conjunto de *standards* mínimos de protecção uniformizadora, de que se podem prevalecer os cidadãos dos Estados aderentes.

Assim, em primeiro lugar, a apresentação do pedido de registo de uma marca num destes países desencadeia um *direito de prioridade* durante seis meses, a contar da apresentação daquele pedido, para requerer o registo da mesma marca em Portugal e nas demais países da União (art. 4<sup>o</sup> da Convenção de Paris e art. 170<sup>o</sup> do Novo Código da Propriedade Industrial). Pelo que o uso ou os eventuais pedidos de registos feitos por outrem não serão oponíveis àquele outro, a não ser que o titular do direito de prioridade deixe escoar o referido prazo sem efectuar o pedido de registo. Obviamente que, após se ter esgotado esse prazo, o titular de uma marca conserva o direito de a apresentar a registo em todos os países da União. O art. 4<sup>o</sup>-D determina o formalismo de que depende o exercício deste *direito de propriedade*. E, neste sentido, prevê uma diligência *obrigatória*: quem quiser prevalecer-se da prioridade de um pedido anterior deve formular uma declaração em que indique a data e o país desse pedido. E, bem assim, um procedimento *facultativo*: as leis nacionais poderão exigir uma cópia do pedido (descrição, desenhos, etc.) apresentado anteriormente, sem que seja necessária a legalização dos documentos, nos termos gerais (cfr., entre nós, art. 540<sup>o</sup> do Cód. Proc. Civil).

Em segundo lugar, resolveram-se certos problemas pelo que tange à utilização das marcas [art. 5<sup>o</sup>-C) e D)]. De facto, esta alínea c), no seu n<sup>o</sup> 1 dispõe que *se num país o uso da marca registada for obrigatório, o registo só poderá ser anulado depois de decorrido um prazo razoável (...)*. Isto é: a *anulação* da marca por não uso não é uma obrigação para os países da União. Entre nós, este prazo é de cinco anos. No n<sup>o</sup> 2 da alínea c) deste art. 5<sup>o</sup> prevê-se a possibilidade de se usar, num país da União, uma marca de forma não *substancialmente* diversa da forma por que esta foi registada em outro país da União, prevenindo-se que, contanto que as modificações na forma do uso não sejam

substanciais [v.g., modificações que se analisam na tradução, para a língua do outro país, de certos sinais incluídos na marca], não há lugar à anulação do registo. É, porém, o direito interno de cada país da União que rege a matéria atinente às modificações substanciais ou não substanciais da marca (cfr., entre nós, o art. 210º do Código da Propriedade Industrial). O nº 3 da alínea c) do referido art. 5º prevê a hipótese de *emprego simultâneo* da mesma marca, em produtos idênticos ou semelhantes, por diversos *comproprietários* dela (indo aqui incluída, segundo parece, a utilização simultânea dela pelo seu proprietário e por um *licenciado*), dispondo que os países de União devem aceitar o pedido de registo – ainda que feito por um dos *comproprietários* (ou por um titular de uma *licença de uso*) – desde que o dito uso não tenha por efeito *induzir o público em erro*, nem seja contrário ao interesse público e deixando para os direitos nacionais a fiscalização do cumprimento destas restrições. Assim, por exemplo, os tribunais nacionais podem entender que o dito uso pode induzir o público em erro se a qualidade dos produtos fabricados por um dos *comproprietários* (ou licenciário), que apresenta o pedido de registo, é manifestamente inferior à dos outros produtos idênticos ou semelhantes produzidos pelos outros *comproprietários*. Por último, apesar de certos países exigirem, durante a vigência do registo, a menção *Marca Registada, Trade Mark* ou menções semelhantes, preceitua a alínea D) do art. 5º, que, a despeito da ausência desta menção, a marca deve ser, de igual modo, protegida.

Em terceiro lugar, parece, hoje, ser pacífica a ideia de que inexistente um absoluto carácter *unitário* da alegada *marca internacional* (salvo, segundo cremos, no domínio da *nóvel marca comunitária*), pois que, uma vez nascido o direito sobre a marca num dos países da União, se admite a apresentação, nos outros Estados, de pedidos de registo, com base no pedido do país de origem (de modo a evitar o uso irrestrito de poderes discricionários, por banda das Administrações dos outros Estados da União)<sup>(835)</sup>. Mas, por outro lado, uma vez obtido o registo em outros países da União, o direito de propriedade sobre a marca, de

<sup>835)</sup> Por isso, como se verá, a marca regularmente registada no país de origem será admitida outro Estado da União e *como tal* aí protegida [art. 6º – quinquies – A)-1].

que se é titular nesse Estado, filia-se jurídico-geneticamente no direito de propriedade já sobre ela criado no país de origem. E filia-se não no que diz respeito às suas vicissitudes, mas nos requisitos de que depende a concessão do registo. Todavia, uma vez registada em outro Estado, ainda que o direito de propriedade seja *o mesmo* – mas agora com uma protecção extraterritorial – essa marca *será considerada como independente das marcas registadas nos outros países da União, incluindo o país de origem* (art. 6º/3, da Convenção). E esta independência é reforçada pela afirmação contida no artigo 6º – quinquies – E), da Convenção de que a *renovação* do registo de uma marca no país de origem não implica a obrigação de renovar o registo nos outros países da União, em que tenha sido registada.

Em quarto lugar, o artigo 6º – quinquies – da Convenção impõe que qualquer marca, regularmente registada no país de origem, será admitida a registo e, *como tal*, protegida nos outros países de União. E mais precisa que *será considerado país de origem o país da União em que o requerente tenha estabelecimento a funcionar real e efectivamente* [art. 6º – quinquies – A)-1]. Não é preciso, pois, que aí tenha instalado a sede ou o estabelecimento principal, bastando que aí se situe uma *sucursal*. Ademais, na falta de estabelecimento num país da União, será considerado país de origem o Estado da União onde esteja domiciliado e, se não estiver domiciliado em qualquer destes países, será considerado país de origem, o país da sua nacionalidade, no caso de ser nacional de um país da União [art. 6º – quinquies – A)-2, idem – repete-se – do Acto de Estocolmo de 1967, ratificado pelo DL nº 22/75, de 22-1, que vigora, em Portugal, desde 30/4/1975]. Não pode, todavia, esquecer-se o eventual risco de, na decorréncia destas regras, se chegar ao paradoxal resultado de os nacionais ou domiciliados no país de origem do registo merecerem, nos países onde desejem que esse direito produza efeitos, melhor tratamento do que o dos respectivos nacionais. Assim, por exemplo, obtido o registo como marca, na Alemanha, da grelha dianteira de arrefecimento dos automóveis *Mercedes*, a protecção em Portugal dessa marca é irrecusável pois que ela dispõe de alguma eficácia distintiva [art. 6º – quinquies – B)-2]. Porém, se o pedido de registo tivesse sido, primeiramente, apresentado em Portugal nada garantia que fosse concedido, pois que sempre se poderia entender que a *forma do produto(a grelha) lhe conferia*

um valor substancial, carecendo, por conseguinte de eficácia distintiva (art. 166º/1, a, do Código da Propriedade Industrial). É certo que esta *desigualdade de tratamento*, decorrente da falta de uniformização, dos direitos nacionais, pelo que respeita aos requisitos de que depende a eficácia distintiva dos sinais foi suavizada pela Convenção. Com efeito, o art. 6º – quinquies – nas suas alíneas B) e C) prevê as excepções ao princípio da extensão automática extra-territorial da propriedade da marca nos outros países da União. Ora, na medida em que se constate a violação das *proibições absolutas* de registo aí previstas é que se pode dizer que a marca registada no país de origem não pode ser admitida a registo e *como tal* protegida nos outros países da União. Ou seja: o registo da marca num destes países apenas se recusará se suceder algumas das circunstâncias taxativamente previstas na Convenção. Daí que, apesar de o direito de um país prever uma dada circunstância que conduza à recusa de registo, pode suceder que, dada a prevalência do direito internacional pactício constante da Convenção, em face do direito interno ordinário, o registo nesse país não possa ser recusado posto inexistir qualquer causa de recusa de registo constante especificamente da Convenção.

Em quinto lugar, o art. 6º – sexies da Convenção, introduzido depois da Conferência de Revisão de Lisboa, de 1958, previu que os Estados da União deviam proteger as *marcas de serviços*. O que veio a suceder, entre nós, a partir do DL nº 176/80, de 30-5.

Depois, o art. 6º – septies, prevê a hipótese de ter sido concedido ao agente ou representante do titular de uma marca, o registo desta, em seu próprio nome, num ou em vários países da União, sem a autorização daquele titular. Prevê-se, por isso, que a concessão do registo de marca num destes países, não é opossível ao titular dela, autorizando-se que as legislações nacionais prevejam um *prazo razoável*, dentro do qual o titular da marca pode exercer direitos contra o agente ou representante. É por isso que o art. 214º/1, b, do Código da Propriedade Industrial faculta ao titular da marca a possibilidade de requerer a anulação do registo concedido, sem autorização dele, ao seu agente ou representante ou, em alternativa – art. 214º/3 – a transmissão do registo a seu favor (cfr., infra para mais desenvolvimentos).

Enfim, o art. 7º da Convenção, ao prever que a natureza do produto (e do serviço) assinalado pela marca pode obstar ao

registo dela, visa tutelar as situações em que, apesar da obtenção de registo no país de origem, a lei de um qualquer dos países da União proíbe a comercialização desse produto (ou serviço) marcado(s) – v.g., certas bebidas alcólicas, medicamentos, brinquedos. Deste jeito, o registo da marca internacional é concedido, tendo em vista a salvaguarda dos direitos do titular dela, na hipótese de a proibição de comercialização do produto (ou de prestação de serviço) ser levantada.

Após a conferência de revisão da União de Paris, ocorrida em Roma, em 1886, ponderou-se na possibilidade de se criar um sistema internacional de registo de marcas, que dispensasse a realização, pelos interessados, de tantos pedidos de registo, quantos os países onde intentariam ver a(s) sua(s) marca(s) protegida(s). Para remediar este inconveniente celebrou-se o Acordo de Madrid, de 14/4/1891<sup>(836)</sup>.

É preciso, *prima facie*, ser-se titular de uma marca registada num dos pouco mais de 30 países que já ratificaram o Acordo de Madrid<sup>(837)</sup>, quer se seja um nacional destes países, quer se seja estrangeiro mas se tenha domicílio ou estabelecimento sito nestes países.

O *registo internacional* é efectuado na *Secretaria Internacional para a Protecção da Propriedade Industrial*, com sede em Genebra. Se fôr realizado dentro dos primeiros seis meses subsequentes ao pedido de registo no país de origem, gozará do direito de prioridade estabelecido no artigo 4º da Convenção da União de Paris, sem que seja necessário juntar a cópia do pedido apresentado nesse país ou realizar qualquer outra das formalidades previstas na alínea D) desse artigo (art. 4º/2, do

<sup>(836)</sup> Ratificado, entre nós, pelo Decreto-lei nº 41 734 de 16/7/1958. Este Acordo foi, por seu turno, revisto em Bruxelas, em 1900, em Washington, em 1911, na Haia, em 1925, em Londres, em 1934, em Nice, em 1957, em Estocolmo, em 1967 e em Madrid, em 1989.

<sup>(837)</sup> Note-se que são, pelo contrário, mais de 100 os países que, hoje, fazem parte da União de Paris.

Acordo de Madrid). Tudo se passa, pois, como se o pedido de registo na *Secretaria Internacional* seja directamente realizado em cada um dos países aderentes ao Acordo de Madrid. Note-se, contudo, que os critérios para a apreciação da validade da marca são os do direito interno de cada um dos países aderentes. Além de que, nos termos da Revisão de Nice (1957) do Acordo de Madrid, uma vez decorrido um prazo de cinco anos sobre a data do registo internacional na *Secretaria Internacional*, este ganha autonomia em face do registo previamente feito no país de origem, desde que este registo tenha gozado de protecção legal durante o mesmo prazo. Ora, se isto suceder é bem de ver que a protecção decorrente do registo internacional pode ser invocada a favor de marca que já não goze de protecção legal no país de origem. Só nesta medida, portanto, é que o registo internacional confere um *direito autónomo* sobre a marca. Nos outros casos, o direito é o mesmo, simplesmente adquire eficácia extraterritorial, cujas vicissitudes, como já deixámos dito, estão na dependência do direito interno de cada um desses outros Estados. De todo o modo, o vocábulo *marca internacional* é equívoco: trata-se de uma *marca nacional* (registada no país de origem) que é objecto de um pedido de *registo internacional*, o qual dá (ou pode dar) origem a uma série de marcas nacionais, vigentes em qualquer dos Estados contratantes do Acordo de Madrid.

Diz-se – e com razão – que à *Secretaria Internacional* é atribuída uma *competência puramente administrativa* e não um poder de decisão sobre a protecção extraterritorial das marcas (assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 347), vale dizer, aprecia *questões de forma*, que não problemas que tocam o *mérito* ou o *fundo* do pedido, pois que esse é regulado apenas pelo direito interno do país onde a protecção seja pretendida. Vejamos porquê. Na verdade, o interessado deve, em primeiro lugar, obter a concessão do registo da marca no país de origem (art. 3º-1, do Acordo de Madrid). Seguidamente, a entidade administrativa deste país de origem (que, entre nós, é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial: arts. 197º e 199º, do Código da Propriedade Industrial) promove a notificação, em impresso próprio [que é redigido, se o país de origem for Portugal, em português] do pedido de registo internacional à *Secretaria Internacional*, atestando a regularidade do registo aí obtido. Após o que a *Secretaria Internacional* publica este pedido de registo

internacional numa folha periódica por si editada, com a data do pedido de registo (que será a do pedido de registo internacional no país de origem, desde que o pedido tenha sido recebido na *Secretaria Internacional*, no prazo de dois meses a contar dessa data). Depois, a *Secretaria Internacional* notificará as Administrações interessadas do registo internacional da marca. Cabe à *Secretaria Internacional* o exame do pedido do ponto de vista *formal*: se o requerente indicou os produtos ou serviços para as quais reivindica protecção, se se juntaram os eventuais exemplos coloridos, no caso de se reivindicar a cor como elemento distintivo da marca, se se pagaram as taxas devidas a este organismo internacional, etc. Após a notificação das diversas Administrações nacionais onde o registo se pretender fazer valer, estas, aplicando o seu direito interno, admitem ou recusam a protecção, nos seu Estados, da marca. Porém, a recusa só pode valer-se dos motivos atrás referidos, expressamente previstos na Convenção de Paris.

Pelo que concerne à transmissão destas marcas de registo internacional preceitua-se no art. 9º – bis/2 que *não será registada transmissão alguma de marca inscrita no registo internacional a favor de uma pessoa sem direito a depositar marcas internacionais*. Todavia, tal não obsta à validade da transmissão, em Portugal, de uma marca internacional a um não aderente do Acordo de Madrid: o adquirente não pode, por isso, reivindicar efeitos extraterritoriais a esta transmissão, decorrentes do Acordo de Madrid. Mas já no caso de ter sido transmitida a marca do país de origem, o transmitente perde todos os direitos sobre ela (salvo convenção expressa em sentido oposto), pois que a propriedade sobre a marca confere ao seu titular o direito de pretender estender a sua protecção no plano extraterritorial.

Considerando-se, porém, as várias razões que impediram a adesão massiva ao Acordo de Madrid, atenta a disparidade numérica entre os Estados aderentes ao Acordo de Madrid e à Convenção de Paris e, bem assim, a necessidade de conectar o sistema do registo internacional de marcas, inaugurado por este Acordo de Madrid, com o sistema da marca comunitária, no quadro da União Europeia, o dito



Acordo de Madrid foi modificado pelo Protocolo, concluído em Madrid, em 27/06/1989.

Vejam-se, pois, as alterações mais relevantes.

Aumentou-se, *prima facie*, para dezoito meses, o prazo máximo para que os Estados, onde se pretenda fazer valer o registo internacional, possam recusar o pedido de protecção extra-territorial da marca. O que se compreende à luz do direito interno de certos países não pertencentes à União de Paris que realizam uma fiscalização de mérito mais morosa – que inclui a publicação dos pedidos, para o efeito de se permitir a oposição de terceiros.

Consagrou-se a possibilidade de as Administrações nacionais dos países designados no pedido de registo internacional perceberem o montante total ou uma parte substancial das taxas exigidas por este registo internacional.

Porém, a alteração mais relevante consiste na faculdade de o requerente de registo de marca ainda não deferido em Portugal poder apresentar um pedido de registo internacional. Que é dizer: o pedido de registo internacional (que assegura a protecção da marca nos países que aderiram ou vierem a aderir ao referido Protocolo) pode fundar-se num pedido de registo nacional ainda não deferido. Conquanto Portugal ainda não tenha aderido a este Protocolo, o nº 2 do art. 196º do Novo Código da Propriedade Industrial (cfr., também o art. 194º) já prevê esta eventualidade, ao dispor que *o requerente de um registo de marca, de nacionalidade portuguesa ou domiciliado ou estabelecido em Portugal, pode assegurar nos termos do Protocolo (rectius, do Protocolo de Madrid de 1989) (...), quando ratificado por Portugal, a protecção da sua marca nos Estados que aderiram ou vierem a aderir a esse Protocolo.* A finalidade deste preceituado é a de ultrapassar as delongas e, por isso, os prejuízos daí decorrentes, que se constata para o obtenção da *primeira protecção* da marca nos ordenamentos nacionais, em termos de deixar de ser exigível a prévia obtenção de protecção num desses países para, no seguimento, poder ser formulado um pedido de registo internacional. Além de que, na medida em há numerosos países que ainda não aderiram ao Acordo de Madrid de 1891 (aí onde o procedimento de registo nacional tem uma demora superior a seis meses), só por esta via se pode manter o efeito útil do funcionamento do *direito de prioridade*.

Enfim, este Protocolo de Madrid permite a concatenação do sistema de registo internacional decorrente do Acordo de Madrid de 1891 e o novel sistema da *marca comunitária*. Vale isto por significar, por outro lado, que o espaço político-económico da *União Europeia* pode, assim, ser designado (talqualmente ocorre com um qualquer ordenamento nacional) pelo requerente como *território* onde ele pretenda obter a protecção da sua marca; que o mesmo é dizer: um pedido de registo internacional pode designar o espaço da *União* onde se pretenda obter protecção da marca. Obviamente que esta última faculdade aproveitará, primacialmente, ao Estados que não integrem a União Europeia, mas ratifiquem o Acordo de Madrid e o respectiva Protocolo.

O espaço económico da União Europeia origina, já hoje, relativamente aos Estados que a integram, um *direito autónomo e unitário* sobre a marca. Isto é: o direito de propriedade decorrente do registo de uma marca comunitária não se submete aos vários regimes jurídicos nacionais, no que toca ao nascimento (condições de admissão do pedido), à vida (v.g., transmissão, licenças, utilização) e à morte dela (renúncia, caducidade, nulidade, perda do direito de utilização). Antes pelo contrário, nos termos do nº 2 do art. 1º do Regulamento CEE nº 40/94, de 29/12/93<sup>(838)</sup>, *a marca comunitária tem carácter unitário e produz os mesmos efeitos em toda a comunidade: só pode ser transferida, ser objecto de renúncia, de decisão de extinção de direitos do titular ou de anulação, e o seu uso só pode ser proibido para toda a comunidade*<sup>(839)</sup>.

<sup>(838)</sup> In Jornal Oficial, L 11, de 14/1/1994.

<sup>(839)</sup> Era facto notório que o princípio da territorialidade do direito das marcas dificultava a *livre circulação dos produtos e serviços* se o mesmo sinal fosse propriedade de vários empresários, actuando de per se, com autonomia jurídica em cada um dos Estados-membros, pois que o pedido de registo, realizado em cada um daqueles Estados, poderia ser recusado em virtude da anterioridade de um sinal idêntico já protegido nesse país. Por outro lado, os requisitos procedimentais de que depende a concessão do registo eram (e ainda são) diferentes de país para país: por exemplo, enquanto que em Portugal, na Alemanha, na Dinamarca, na Irlanda e no Reino Unido se efectua, por banda da Administração Pública, um controlo (no âmbito do procedimento administrativo)

Acresce que, no reforço desta ideia, o nº 1 do art. 16º do referido Regulamento preceitua que (...) *a marca comunitária, enquanto objecto de propriedade, é considerada na sua totalidade e para o conjunto do território da comunidade como uma marca nacional registada no Estado-membro em que (...) de acordo com os procedimentos de registo deste Regulamento, o titular tenha a sua sede ou domicílio na data considerada [alínea a) do nº 1 do art. 16º] ou aí tenha um estabelecimento [alínea b) do referido nº 1].*

De resto, o Regulamento não descarta a adaptação deste regime unitário às disposições constantes da Convenção de Paris, relativas ao *direito de prioridade*. Na verdade, consigna-se no nº 1 do art. 29º que, *quem tenha depositado regularmente, uma marca ou para um dos Estados partes na Convenções de Paris (...) goza para efectuar o depósito de um pedido de marca comunitária para a mesma marca e para produtos ou serviços idênticos (...) de um direito de prioridade, durante um prazo de seis meses a contar da data do depósito do primeiro pedido.*

Subsiste ainda um outro tipo de direito internacional, de origem convencional, relativo ao direito das marcas. Com efeito, considerando a existência de certos países que nunca aderiram ao Acordo de Madrid, de 1891 (v.g., os

das condições de concessão de registo, o mesmo já não ocorre em Itália e nos países que integram o *Benelux*, enquanto que em França se processa um controlo prévio quanto à validade, mas já não no que toca a novidade da marca. Enfim, os empresários confrontavam-se, não raro, com a dificuldade de efectuar um depósito de registo de marca nalguns países da comunidade. Era o caso do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca que não eram partes do Acordo de Madrid, de 1891, sobre o registo internacional de marcas. Vide, para mais desenvolvimentos, THRIERR, *La marque européenne*, in *Travaux du Colloque de l'Unions des Fabricants*, Dezembro, 1974, vol. I, pág. 181 e segs.; MASSAGUER, *La propiedad industrial y la libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades durante el período de la CEE. Vulco Jurisprudencial: De Hag I a DE HAG II*, in *La importancia de la marca*, cit., pág. 165 e segs.; STROWEL, *Droit des Marques et Libre circulation des Merchandises: Exit le la Doctrine de L'Origine Commune*, in *L'ingénieur - Conseil*, 1991, pág. 193 e segs.; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, pág. 735 e segs..

E.U.A. e o Reino Unido), e a necessidade de, ao invés de se modificar este Acordo por forma a permitir certas adesões, se criar um outro sistema de registo internacional de marcas, foi concebido, no âmbito da Conferência de Viena de 1973, o *Tratado sobre o Registo de Marcas (Trade Mark Registration Treaty)*, em 12/6/1973.

Em traços largos, pode dizer-se que os países aderentes não ficam impedidos de ratificar o Acordo de Madrid (na versão que mais lhes aprouver). Assim, os nacionais ou domiciliados em Estados que tenham ratificado os dois instrumentos, podem livremente escolher a protecção jurídica de um ou do outro instrumento. Além disso, o pedido de registo internacional parece, também, aqui, assumir total independência em face dos registos nacionais em cada um dos países de origem, sendo requerido directamente à *Organization Mondiale pour la Propriété Industrielle*, com sede em Genebra, ainda que as leis dos Estados aderentes possam prever a obrigação de depósito prévio do pedido de registo nesses países.

#### ii) O direito de introduzir no mercado os produtos e serviços diferenciados pela marca

Nesta faculdade devem incluir-se tanto os actos de comercialização *stricto sensu*, como certas actividades auxiliares ou complementares da comercialização. Tome-se, por exemplo, o caso das marcas de produtos, por um lado, e as marcas de serviços, por outro.

Na verdade, quando a marca identifica serviços, ao seu titular fica salva a possibilidade de oferecer ou prestar serviços identificados pela referida marca. Esta faculdade revela o *lado positivo* do direito, isto é, as faculdades traduzidas nos *ius fruendi*. Mas, do mesmo passo, o titular dela tem o poder de requerer a proibição do uso que um terceiro faça, sempre que ofereça ou preste serviços do mesmo jaez, assinalados com um sinal igual, idêntico ou semelhante, que crie no espírito do consumidor um risco de confusão entre os sinais. Temos aqui a

*vertente negativa* do direito sobre a marca, vale dizer o *ius prohibendi* ou *excludendi* decorrente de se ser dono do sinal.

Mas, já quando a marca identifica produtos, é fácil notar que se alarga o conjunto das faculdades jurídicas de que dispõe o titular da marca. E esse alargamento verifica-se pelo que respeita ao lado negativo do direito. De facto, sempre que concorram os pressupostos genéricos de que depende a usurpação ou a imitação de marca – constantes do art. 193º/1, a, b, c, do Código da Propriedade Industrial – o seu titular dispõe uma ampla gama de poderes com vista a impedir que terceiros ofereçam ou comercializem produtos: é-lhe lícito impedir que terceiros importem ou exportem produtos com marca igual, idêntica ou semelhante (para produtos idênticos ou de afinidade manifesta) e, bem assim regularizar o *arresto* de mercadorias. Vale isto por dizer que estas faculdades asseguram ao titular da marca não só o uso exclusivo dela no mercado económico português, mas também permitem que o titular invoque o *ius excludendi*, mesmo naqueles casos em que os produtos assinalados por uma marca confundível se destinem à comercialização no estrangeiro. Ora, o exercício deste *ius prohibendi*, no sentido de impedir a exportação de produtos (idênticos ou afins, assinalados com sinais idênticos ou semelhantes) ou obstacular o seu trânsito no território português, é facilmente justificado na hipótese de, sobre a correspondente marca, coexistirem direitos de propriedade industrial paralelos e concorrentes (porém autónomos) em diferentes países<sup>(840)</sup>.

<sup>(840)</sup> De facto, se o registo internacional de uma marca, que já seja protegida no país de origem, é recusado pela Administração do país em que a protecção é requerida, com fundamento na lesão de direitos adquiridos por terceiros (decorrentes da existência de nomes, firmas ou denominações, insígnias, marcas, etc. confundíveis) – cfr., art. 6º – quinquies, B), § 1, da Convenção de Paris – maxime por virtude da existência de marca registada idêntica ou semelhante nesse país, passam a coexistir legitimamente, duas marcas iguais ou idênticas que, paralelamente, são protegidas no país do respectivo registo, mas já não no outro em que a protecção tinha sido requerida.

### iii) O direito de o titular da marca obter a renovação da vigência do registo

A duração do registo, concernente ao direito de propriedade sobre a marca, é de 10 anos contados da data da respectiva concessão, sendo, todavia, indefinidamente renovável por iguais períodos, contanto que o titular dela pague as respectivas *taxas* e cumpra as demais requisitos que obstaculam à declaração de *caducidade* do direito [v.g., uso sério da marca, inalterabilidade da marca, manutenção da eficácia distintiva], conforme decorre do disposto nos arts. 205º, 36º/b e 216º/1/2, todos do Código da Propriedade Industrial.

Parece-nos que, atribuindo a lei *eficácia constitutiva* ao registo de marca, a *renovação* do registo dela, decorridos que sejam 10 anos a contar da concessão do primitivo registo (ou das renovações subsequentes), faz nascer invariavelmente um *novo* direito de propriedade sobre a marca – cujo registo foi renovado – pese embora de igual conteúdo e extensão relativamente ao direito anterior, de que depende jurídico-geneticamente. Somente se estaria perante o mesmo direito de propriedade acaso se tivesse dito que o registo da marca se *prorroga*, indefinidamente, por iguais períodos<sup>(841)</sup>.

O que, bem se vê, se reveste de interesse prático para o efeito da duração dos contratos de *licença de uso* (ou *co-uso*) de marcas (vide infra pag. 781 e segs.). Com efeito, ainda que se estabeleça uma *licença de exploração* da marca por todo o tempo da sua duração (cfr., art. 30º/1), a *renovação* do registo da marca, decorridos dez anos, não implica, por conseguinte, a *renovação* dos direitos de que o licenciado desfrutava, pois que o direito de propriedade sobre a marca após a *renovação*, já não é o mesmo (ou seja, já é outro); que é dizer: trata-se de um direito novo – ainda

<sup>(841)</sup> Cfr., sobre isto, porém noutro sentido, THRIERR, *La notion de renouvellement de dépôt de marque existe-t-elle en droit français*, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1975, pág. 188 e segs.; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit.; entre nós, para o direito anterior, cfr., PINTO COELHO, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 472-473.

que com igual extensão e conteúdo – que é diferente daquele por cujo respeito a licença de exploração foi acordada. Se assim não fosse, e o licenciado não infringisse as cláusulas do contrato de licença de exploração (cfr., art. 213º, do Código da Propriedade Industrial), as licenças de marcas que estipulassem prazos de vigência correspondentes a todo o tempo de duração do registo da marca, transformar-se-iam, não raro, na prática, em licenças vitalícias, pois que também seriam objecto de *renovação automática*, uma vez verificada a (sucessiva) renovação do registo da marca.

O que vale por dizer que a *renovação* do registo da marca não acarreta, automaticamente, a renovação dos contratos de licença de exploração, que tenham um prazo de vigência correspondente ao tempo da duração do direito sobre a marca, salvo convenção das partes nesse sentido. Como quer que seja, havendo *ab initio* convenção das partes no sentido da *renovação da licença* ou, ainda, na hipótese em que, aquando do conclusão do contrato se estipule um prazo de duração da *licença* de exploração que seja superior a dez anos, está-se, no complexo negocial criado, perante a prestação de coisa futura que, neste domínio, não é proibida por lei (art. 399º do Código Civil), além de que o seu objecto é *determinável* (art. 280º/1, do Cód. Civil). Ou podem as partes entretecer uma *coligação negocial*, pela qual convencionam uma licença de exploração válida por todo o tempo de duração do registo, à qual se junta um contrato promessa bilateral, sob condição suspensiva (arts. 270º e segs. do mesmo código), mediante o qual as partes se obrigam (ou uma delas, tratando-se de promessa unilateral) a celebrar um contrato de licença de exploração), uma vez verificado o evento futuro e incerto da renovação do registo da marca.

É claro que se, antes de decorrido o prazo de duração do registo da marca, o titular dela *renuncia* aos seus direitos de propriedade industrial, o(s) licenciado(s) pode(m) substituir-se (*sub-rogação legal*, arts. 592º, 593º do Código Civil), querendo, àqueloutro, na conservação do registo da marca, conforme dispõe o art. 37º/5, do Código da Propriedade Industrial. Por conseguinte, o licenciado adquire, nesta eventualidade, os poderes decorrentes do registo da marca que àquele competiam, impedindo, desta sorte, a *caducidade* do registo.

Note-se que se abandonou no Novo Código da Propriedade Industrial a exigência imposta ao titular da marca, de requerer, nos últimos seis meses daquele prazo de dez anos, a renovação do registo, ou fazer o mesmo pedido até dois meses após o termo do prazo de dez anos (o que configurava a designada *renovação tardia*), talqualmente decorria do art. 125º do Código da Propriedade Industrial de 1940. Hoje, o registo renova-se automaticamente por iguais períodos, não carecendo o titular da marca de realizar qualquer diligência, a não ser declarar a intenção de uso (art. 195º). Pareceria, pois, à primeira vista que o legislador teria querido reforçar o sentido de que a caducidade da marca seria impedida por força da extensão ou alargamento do termo de vigência do direito. Numa palavra: tratar-se-ia, tão só, da *prorrogação* do *mesmo* direito de propriedade sobre a marca, atenta a inexistência de qualquer procedimento administrativo, provocado (pelo titular) ou de conhecimento oficioso da Administração, tendente a reapreciar os requisitos de *forma* e de *fundo* de que dependeria a concessão de um novo registo e, portanto, fazendo nascer um *novo* direito de propriedade. Todavia, presumindo-se que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9º/3, do Código Civil), não pode conceber-se que ele desconheça a diferença entre *prorrogação* e *renovação*, no quadro da eficácia dos direitos decorrentes de situações jurídicas várias. Sendo assim, a circunstância de, hoje, não ser exigido, por parte do titular, o pedido de renovação do registo, mas sim a *declaração de intenção de uso* – sendo que, por ela se opera a renovação automática<sup>(842)</sup> – não significa que o direito de propriedade,

(842) A renovação automática, apesar de operar automaticamente, não prejudica a possibilidade de o registo poder ser objecto de um pedido de caducidade, por virtude de alteração dos *elementos essenciais* do sinal.

criado pelo registo, seja *prorrogado* pela simples razão de que inexistente um outro procedimento administrativo de controlo, fiscalização e oposição, relativamente ao pedido de *renovação do registo*. Pensar deste modo é confundir *prorrogação* com *renovação*<sup>(843)</sup>, para mais numa área onde o registo é *constitutivo* de direitos.

Prevê-se, igualmente, a possibilidade de o registo ser *revalidado* (art. 9º/2, do Novo Código). O que acontece quando, tendo o registo caducado, por falta de pagamento de taxas, por força de decisão administrativa ou judicial (em sede de recurso), o anterior titular pretende obter uma nova *concessão*, ou seja, dispor de um *novo* direito de propriedade sobre o sinal. Direito este que, contrariamente ao que se passa nas situações de *renovação* automática do registo, não depende jurídico-geneticamente do anterior, podendo naturalmente possuir um novo conteúdo e extensão e ser revelado por um novo sinal<sup>(844)</sup>.

### iii) O direito de modificar a marca

Conquanto a lei (art. 210º do Código da Propriedade Industrial) disponha que a marca deve conservar-se inalterável, *ficando qualquer mudança nos seus elementos componentes sujeita a novo registo*<sup>(845)</sup>, o certo é que se prevê a possibilidade de a marca poder ser modificada.

<sup>(843)</sup> Navegando nesta indeterminação conceitual, cfr., CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 565.

<sup>(844)</sup> No direito anterior, a *revalidação do registo* podia ser requerida dentro do prazo de um ano, a contar do termo da sua duração, contanto que o requerente provasse que esteve impedido com *justa causa* de apresentar o pedido de renovação dentro do prazo legal (art. 126º, do Código da Propriedade Industrial de 1940). Hoje, já não faz sentido este condicionalismo, visto que o pedido de renovação do registo foi substituído pela declaração de *intenção de declaração de uso*.

<sup>(845)</sup> Regra esta que parece valer, igualmente, nos casos em que o registo da marca se *renova*, posto que, como vimos, se trata de um *direito novo*, mas com o mesmo conteúdo e extensão do direito de propriedade anterior, do qual depende jurídico-geneticamente. Assim, também, no regime da marca comunitária (art. 48º/1, do Regulamento nº 40/94, cit.).

E esta alteração tanto pode dizer respeito ao sinal, propriamente dito, como aos produtos que ela assinala.

Com efeito, mister é que, à luz do *princípio da identidade* da marca, não sejam alterados os *elementos essenciais* do sinal. Por consequência, fica salva a possibilidade de se efectuarem *simples modificações* que só afectem o material em que tiver sido cunhada, gravada ou reproduzida e a cor (e a tinta) – contanto que não inclua as características da marca<sup>(846)</sup>.

Igualmente, a lei prevê a inclusão de certas referências acessórias de que a marca pode ser objecto, pois que, nos termos do nº 3 do art. 210º do Código da Propriedade Industrial, *não prejudica a identidade da marca a inclusão ou supressão da indicação expressa do produto ou serviço a que a marca se destina; nem a alteração relativa ao domicílio ou lugar em que o titular está estabelecida (o que aproveita aos casos em que a marca é transmitida)*.

Mas, já pelo que respeita às *marcas nominativas*, o *princípio da identidade* só se projecta no que tange às expressões que a constituem, sendo, deste jeito, lícito ao titular *dar corpo* ou plasmar figurativamente essas palavras da forma que entender (v. g., letras maiúsculas ou minúsculas, com caracteres góticos, etc.) – cfr., nº 4 do referido preceito.

Acresce que, no caso de o titular alterar a composição do sinal ou o estender a novos produtos ou serviços, será preciso requerer um novo registo, pois que, apesar de o registo da marca não caducar automaticamente (arts. 216º/1, b e 36º/2), a modificação operada não deve ser oponível a terceiros (arts. 207º, 181º/1, b, f, g, i).

<sup>(846)</sup> De igual modo se crê que as *simples modificações da forma* (estética, ornamental ou funcional) do produto não prejudicam a *identidade da marca*, acaso aquela *forma* não tenha sido protegida como marca.

#### iiii) O direito de se dispor da marca

Ao invés do que se determina para os nomes e insígnias do estabelecimento – e bem assim para os logotipos e recompensas (art. 29º/4, do Código da Propriedade Industrial) – o titular de marca registada pode transmiti-la ou cedê-la, total ou parcialmente, a terceiros, independentemente da transferência do estabelecimento, desde que isso não induza o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos *caracteres essenciais* para a sua apreciação (art. 211º/2, do Código da Propriedade Industrial).

Do mesmo passo, a marca continua, no novo código, a incluir-se no *âmbito natural* de entrega do estabelecimento, visto que se preceitua, no nº 1 do art. 211º, que *o trespasse do estabelecimento faz presumir a transmissão (...) da propriedade da marca, salvo estipulação em contrário*.

No mais, igualmente, se atribuíram, neste preceito, alguns efeitos jurídicos ao mero *pedido (ou depósito) de registo*: no silêncio das partes, a posição decorrente do pedido de registo – e a expectativa jurídica que daí emerge, no sentido da concessão do registo – também se transmite para o adquirente do estabelecimento, a despeito de este, querendo, poder desistir do pedido que já tivera sido requerido pelo transmitente. Haverá, assim, nesta hipótese uma sub-rogação do adquirente do estabelecimento nos direitos procedimentais (e processuais, se houver recurso para os tribunais judiciais) de que o transmitente era já titular. Daí que quando, no art. 10º/1, do Código da Propriedade Industrial, se estatui que *têm legitimidade para praticar quaisquer actos jurídicos perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial aqueles que tiverem interesse (...)*, quer-se aí também abranger o adquirente de um estabelecimento comercial cujo transmitente já tivera depositado o pedido de registo de marca, salvo se as partes tiverem excluído do trespasse a sub-rogação do adquirente nos direitos procedimentais/processuais do transmitente.

O direito de propriedade sobre a marca pode ser objecto de *licença de exploração (ou licença de uso)*, admitindo a lei

que a *licença* possa outorgar-se para a totalidade ou para uma parte dos produtos e serviços, para certa zona ou em todo o território nacional, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior<sup>(847)</sup>, inclusivamente com carácter de *exclusividade*<sup>(848)</sup>. De resto, aceita-se, com algumas restrições, que o licenciado goza das faculdades conferidas ao licenciante. Mas, por outro lado, o titular da marca pode, ao invés, exercitar os direitos conferidos pelo registo contra o(s) licenciado(s) que infrinja(m) o clausulado no contrato de licença<sup>(849)</sup>.

Enfim, as marcas podem ser dadas em garantia (v.g., penhor, consignação de rendimentos) ou ser objecto de outras providências (arresto, penhora).

## 5. Obrigações do titular da marca

### i) Obrigações de uso de marca<sup>(850)</sup>

A projecção do direito de exclusivo sobre o público consumidor impõe ao titular da marca um *comportamento devido*, que o mesmo é dizer uma obrigação *de facere*, traduzida em actos (negócios jurídicos, actos jurídicos,

<sup>(847)</sup> Cfr., art. 30º/1, do Código da Propriedade Industrial.

<sup>(848)</sup> Vide, art. 213º/2 e 30º/7/8, do Código da Propriedade Industrial, a despeito de a lei, no nº 7 deste preceito, presumir que a licença não é exclusiva.

<sup>(849)</sup> Cfr., art. 213º/1, do Código da Propriedade Industrial. Vide, *infra*, para mais desenvolvimentos.

<sup>(850)</sup> Sobre isto, cfr., FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 239 e segs.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, 1984., pág. 402 e segs.; SEELIG, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1982, pág. 88 e segs.; BAUMANN, D., *L'obligation d'exploiter les marques en droit français et allemand*, 1978; OTERO LASTRES, in *La Ley*, 1987, 1, pág. 616 e segs.; MATHELY, *Le droit français...*, cit., pág. 422 e segs.; BRAUN, A., *Precis des Marques de Produits et de Services*, 2ª ed., Bruxelles, 1987, pág. 403 e segs.; SCHRICKER, in *GRUR int.*, 1969, pág. 19 e segs.; BAUMACH-HEFERMEHL, *Warenzeichenrecht*, München, 1985, § 5.

quase-negócios, factos voluntários) que objectivem um *uso sério* do sinal.

De facto, a obrigação de usar a marca já se estatuiu no nº 3 do art. 124º do Código da Propriedade Industrial de 1940, aí onde se previa que o registo caducava se a marca não fosse usada durante três anos consecutivos, salvo caso de força maior, devidamente justificado. De resto, os arts. 1º e 2º do Decreto-lei nº 176/80, de 30 de Maio, já haviam criado uma nova causa de caducidade do registo da marca: a falta de apresentação de uma declaração de intenção de uso da marca, de cinco anos, sem a qual esta se presumia não usada.

O Novo Código da Propriedade Industrial mantém a exigência de a marca ser, real e efectivamente, usada para assinalar os produtos ou serviços para que foi registada, sancionando a falta de uso da mesma, durante cinco anos, com a caducidade do registo (art. 216º/1, a), assim como conservou aqueloutro motivo de caducidade do registo, constante do Decreto-lei nº 176/80, decorrente da falta da *declaração de intenção de uso* (art. 195º/1).

Todavia, a despeito de algumas obscuridades no texto da lei, esta manutenção do regime do direito pretérito, no que de essencial diz respeito, esconde – ou melhor, desvela – uma regulamentação mais completa e de consequências mais vastas do que a que se abrigava no revogado regime. Evidentes razões práticas o impuseram: a efectivação da caducidade do registo da marca, mormente de marcas do registo internacional, em face da confrangedora inoperância dos pedidos e/ou declarações de caducidade e, bem assim, o interesse de terceiros em não ver recusados os seus pedidos de registo, atenta a *saturação* provocada por registos preexistentes não usados.

A obrigação decorrente do uso obrigatório do sinal registado na actividade económica é de fundamental importância na operatividade do Direito das Marcas, perante o *sector normativo* em que se revê, vale dizer, em face do recorte da realidade económica que abarca: a indústria, o comércio, a agricultura, os serviços, a silvicultura, a exploração florestal e a pesca (art. 2º do Código da Propriedade Industrial).

Vem isto para dizer que, entre nós, a *obrigação de uso* da marca cumpre várias funções, a saber:

- a) consolida o sinal enquanto *bem imaterial*, visto que, ao cumprir esta obrigação, o titular difunde a marca no mercado dos consumidores, habilitando o reforço da associação mental que estes fazem entre o sinal e o produto ou serviço marcado;
- b) aproxima a *realidade formal* do registo de marcas do *mundo real* da utilização das marcas no mercado. Onde, a situação ideal seria que no Instituto Nacional da Propriedade Industrial figurassem unicamente as marcas que tivessem um uso real e efectivo<sup>(851)</sup>;
- c) permite que os novos requerentes do registo de marcas obtenham a concessão do registo de marcas idênticas ou semelhantes a marcas não usadas, relativamente a produtos ou serviços idênticos de afinidade manifesta, ainda que o direito sobre o sinal não usado não tenha caducado. De facto, as expectativas dos novos requerentes aumentam na mesma proporção em que aumenta o número de marcas não usadas, propiciando-se, desta maneira, o reforço da liberdade de iniciativa económica;
- d) evita ou diminui registo de *marcas de defesa* ou *de reserva* destinadas, quer a *blindar* a marca que se pretende efectivamente utilizar, em face do registo de sinais próximos, no limiar da confundibilidade, quer a permitir uma futura exploração, em face de um presumível alargamento das actividades do titular.

<sup>(851)</sup> Independentemente de, no mercado económico, serem usadas marcas livres ou não registadas, posto que, entre nós, salvo algumas excepções, o registo é *facultativo*.

Com efeito, os princípios fundamentais que inspiram a figura do *uso obrigatório* da marca precipitam-se nos arts. 216º/1, a e 195º/1, do Código da Propriedade Industrial.

O primeiro refere que o registo caduca *se a marca não tiver sido objecto de uso sério, durante cinco anos consecutivos, salvo justo motivo e sem prejuízo do disposto nos n.ºs. 5 a 9*<sup>(852)</sup>. O segundo dispõe que, *de cinco anos, a contar da data do registo, salvo quando forem devidas as taxas relativas à renovação, deverá ser apresentada, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, uma declaração de intenção de uso da marca, sem a qual esta se presumirá não usada.*

A falta de cumprimento deste dever legal de uso da marca acarreta importantes e inovadoras consequências jurídicas.

Em primeiro lugar, a falta de uso da marca, consecutivamente pelo período assinalado, constitui, como já é sabido, uma causa de caducidade do registo, a qual é, neste caso, de *conhecimento provocado* por banda dos interessados e só produz efeitos depois de declarada em *processo* que corre os seus termos no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 36º/4), com possibilidade de recurso para o Tribunal da Comarca de Lisboa [e cuja decisão pode, depois, ser impugnada nos termos gerais da lei do processo, para o Tribunal da Relação de Lisboa e, se fôr caso disso, para o

<sup>(852)</sup> Ora, enquanto no n.º 5 do referido normativo se plasma que *é considerado uso sério da marca: a) a exportação de produtos ou serviços; b) o uso de modo que só em elementos que não alterem o carácter distintivo difira da marca na forma sob o qual foi registada*, no n.º 11 do mesmo preceito retira-se a ideia de que o uso de uma marca para um produto ou serviço determinado não serve para fazer supor o uso da mesma relativamente a produtos ou serviços da mesma classe da *Classificação Internacional* ou a produtos ou serviços idênticos ou similares abrangidos pelo pedido de registo; ou seja, o *dever de uso*, diz respeito unicamente ao uso dos produtos e serviços concretos assinalados pela marca, podendo, por tal, ser declarada a caducidade do registo da marca relativamente a produtos ou serviços para os quais ela não foi usada, apesar de ter sido registada para o efeito. Cfr., no entanto, infra, o que se diz sobre o *uso parcial* da marca.

Supremo Tribunal de Justiça (art. 43º do Código da Propriedade Industrial)].

Quando a decisão definitiva transitar em julgado, uma vez declarada a caducidade, a Secretaria do Tribunal *ad quem* enviará cópia da decisão ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que a publicará no *Boletim da Propriedade Industrial* (art. 287º/1, g, do Código da Propriedade Industrial) e a anotarà no competente registo (art. 44º, *idem*), o que conduzirá ao seu cancelamento.

Não tendo sido apresentada *declaração de intenção de uso* competirá, outrossim, ao titular da marca demonstrar que ela foi usada ou que se verificam as *causas justificativas* do seu não uso, posto que se inverte o ónus da prova, atenta a presunção legal de não uso estabelecida no art. 195º/1.

Acresce que o incumprimento deste *dever de uso*, na falta de declaração de intenção de uso, não é absolutamente irrelevante no quadro do procedimento administrativo, que corre no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de concessão de registo, requerido por terceiro. O requerente de uma marca posterior pode pedir a declaração caducidade de marca registada anterior não usada, relativamente à qual não fora efectuada a referida declaração de uso; ou contestar a oposição do titular da marca registada não usada, aquando do procedimento de concessão de registo, alegando e provando, pura e simplesmente, a falta de entrega da referida declaração, após o que o *Instituto* deverá declarar a caducidade daqueloutro registo (art. 155º/3, 2º parte), em procedimento próprio.

Em segundo lugar – naquilo que representa de inovador em face do direito anterior – a falta de apresentação da *declaração de intenção de uso*<sup>(853)</sup> desencadeia

<sup>(853)</sup> A qual, nos termos do art. 195º/2, deverá ser apresentada, seja dentro dos seis meses anteriores ao termo do período de cinco anos a que respeita, seja até seis meses seguintes ao termo desse quinquénio.



sempre a *inoponibilidade* dos direitos decorrentes da propriedade sobre o sinal em face de terceiros<sup>(854)</sup>. E pode até conduzir, se a falta de apresentação dessa declaração disser respeito ao primeiro quinquênio de cada período de dez anos [durante o qual o registo é válido (art. 205º)], à não *renovação* do registo por igual período de dez anos<sup>(855)</sup>. Mas, esclareçamos melhor o que antecede.

Na verdade, pode dizer-se que a falta de apresentação da referida *declaração de intenção de uso*, apesar de não implicar a imediata caducidade do registo, *paralisa* em grande medida a eficácia das faculdades jurídicas inerentes ao *já criado* direito de propriedade sobre a marca. Dito de outro modo: tendo já nascido o direito de propriedade sobre o sinal e funcionando a situação jurídica daí decorrente em pleno (posto que o direito esteja já plenamente formado: *jura perfecta*), um obstáculo, que diz respeito à falta de observância de uma *obrigação legal*, impede o funcionamento normal da situação jurídica já criada, ficando desta sorte, o direito de propriedade sobre a marca parcialmente *adormecido*, em *quiescência*<sup>(856)</sup>. Mas, se e quando o titular do direito *adormecido* sobre a marca fizer *prova do uso* da marca, cessa o obstáculo ao funcionamento normal do *ius fruendi* sobre ela, o qual revivescerá em pleno (art. 195º/4).

(854) Cfr., art. 195º/3, 1ª parte, do Código da Propriedade Industrial. O que implica, por exemplo, que o titular de uma marca *não oponível a terceiros* não poderá pedir a anulação de marcas registadas posteriormente incompatíveis com a sua ou *opor-se* a um pedido de registo posterior.

(855) Vide, art. 195º/5, apesar da incerteza e obscuridade que a letra da lei encerra.

(856) Sobre as situações jurídicas em quiescência, cfr., ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 100-101, 114-115, espec. pág. 158-159.

Dar-se-á, assim, a *revivescência* do direito de propriedade sobre a marca<sup>(857)</sup>.

Por outro lado, crê-se que a *declaração de intenção de uso*, que diga respeito ao segundo quinquênio incorpora, *tacitamente*, o pedido de renovação do registo por banda do titular, sabido como é que o novo código deixou de exigir a formulação expressa desse pedido. Ou seja: o comportamento do titular traduzido na *declaração de intenção de uso*, relativa ao segundo quinquênio, *pressupõe*, em circunstâncias adequadas, o pedido tendente à renovação do registo da marca. Que o mesmo é dizer: a emissão daquele acto (*declaração de intenção de uso*) só se *compreende* se tiver aquele (pedido de renovação do registo) como antecedente. Sendo assim, não pode dizer-se que a *renovação* do registo, por igual período de dez anos, seja sempre *automática*. Se assim fosse – e se a declaração de intenção de uso não *pressupusesse* o pedido tácito de renovação – mal se compreenderia a redação da lei quando no nº 5 do art. 195º se afirma: *Mesmo que a prova de uso da marca não tenha sido apresentada, a renovação poderá ser deferida (...)*. É facto que o nº 5 do referido normativo quadra àqueles casos em que não foi apresentada *declaração de intenção de uso*. Contudo, apesar disso, a simples circunstância de o titular ter pago as taxas em dívida, *pressupõe*, o pedido tendente à renovação do registo, caso em que a renovação pode ser deferida. Numa palavra: o pontual pagamento das taxas só se *compreende* na medida em que o titular não

(857) Assim, também, ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, cit., pág. 159. Esta situação de *paralisação* da eficácia do direito já adquirido sobre o sinal manifesta-se, por exemplo, na impossibilidade de se lançar mão de providências cautelares, de fundar a *oposição* a um pedido de registo de sinal idêntico, etc. Mas já não impede que o titular do direito *paralisado* se socorra da tutela subsidiária ou integrativa da *concorrência desleal* (arts. 260º e 25º/1, d, do Código da Propriedade Industrial e arts. 483º e segs. do Código Civil), desde que alegue e prove os respectivos pressupostos.

queira abdicar do uso da marca. Assim, solvendo as taxas (maxime, as que forem atinentes ao primeiro quinquénio), mas não apresentando, no final do primeiro quinquénio (ou até seis meses depois do termo do primeiro período de cinco anos), a referida *declaração de uso*, o Instituto *deverá* no final do segundo quinquénio renovar o registo da marca, sujeitando-o, porém, à inoponibilidade em face de terceiro até que o titular *faça prova* do uso da marca.

É facto que a lei ao utilizar a palavra *deferida* fá-lo *hoc sensu*. Isto é: não obstante ter havido declaração de intenção de uso, a *renovação* do registo não é automática, parecendo que *poderá* ser impedida se a marca, à data da expiração do prazo de vigência, já sofre de alterações que prejudique a sua identidade<sup>(858)</sup> ou não tenham sido pagas as taxas que forem devidas relativamente ao primeiro quinquénio. Se é facto que a *declaração de caducidade* da marca não pode operar, em regra, oficiosamente, mal se entenderia que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, conhecedor destas eventualidades, não pudesse sindicar o acto de renovação. De resto, conforme preceitua o art. 36º/1, a, os direitos de propriedade caducam *expirado o seu prazo de duração* – o que é a excepção – podendo *renovar-se*, no caso da marca (art. 205º) por iguais períodos de 10 anos – o que é a regra. Assim, a não renovação processa-se, na prática, e em regra, por via da caducidade e não através da renúncia tácita.

Mas, por outro lado, pese embora no primeiro quinquénio não tenha sido apresentada *declaração de intenção do uso* no prazo indicado e, por isso, não se figure um pedido tácito de renovação do registo, ainda assim o Instituto pode *conceder* ou *autorizar* a renovação dele – enviado os respectivos títulos – acaso o titular o requeira expressamente, formulando um pedido *ad hoc* nesse sentido.

Para o efeito da renovação do registo da marca e na altura em que tal ocorre, não se realiza qualquer exame

<sup>(858)</sup> Nesta hipótese, ficando impedida a renovação, será necessário requer um novo registo para o sinal modificado, que obedecerá ao trâmite procedimental geral (cfr., art. 10º/7, do Código da Propriedade Industrial).

prévio sobre a manutenção da observância das proibições absolutas e relativas do registo da marca.

Nos casos, por conseguinte, em que não é apresentada a *declaração de intenção de uso*, que devesse apresentar-se no primeiro quinquénio, estando pagas as taxas relativas ao primeiro quinquénio não se dá automaticamente a caducidade ou, dito de outro modo, a não renovação do registo, não devendo considerar-se que o direito se *perde* inexoravelmente<sup>(859)</sup>. É que, nesta hipótese, não tendo sido pedida nem declarada a caducidade – e não tendo o titular feito a *prova do uso* dela – o registo *pode* ser renovado. Todavia, uma vez renovado, ficará desde logo *paralisado*, em *quiescência*, inoponível perante terceiros; situação esta que só cessará quando o titular do novo registo cumprir o ónus da prova do uso da marca.

Daqui também decorre que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial não intervém *ex officio*, para o efeito de vigiar o cumprimento do ónus legal do uso da marca, posto que este não aprecia a falsidade ou a inexactidão das *declarações de intenção de uso*. Assim, uma vez feita a referida declaração e pagas as taxas devidas, dá-se, em princípio, a renovação do registo, sendo que, nesta hipótese, só através da declaração de caducidade por não uso, requerida por qualquer interessado, se pode destruir o direito sobre a marca, competindo aos terceiros interessados a prova de um facto negativo: o *não uso* da marca que se pretende ver cancelada. Já, porém, se não for apresentada a *declaração de intenção de uso* e atento o efeito *paralisante* que daí brota, é ao titular da marca (que, até, por hipótese, ainda assim, obteve a renovação do registo dela) que incumbe

<sup>(859)</sup> É claro que, na ausência deste documento ao Instituto é, como quer que seja, outorgado o poder de não renovar o registo (art. 195º/5, a *contrario*), parecendo que, nesta hipótese, a lei atribui *poderes discricionários* ao ente da Administração.

provar o *uso* efectivo do sinal, para o efeito da *revivescência* dos direitos de propriedade sobre ele<sup>(860)</sup>.

Resta saber – o que a experiência se encarregará de comprovar – se este mecanismo de *prova do uso da marca*, para o efeito de impedir a declaração de caducidade e permitir a *revivescência* do direito *adormecido*, se converterá num simples procedimento burocratizante ou, antes, num mecanismo eficaz e idóneo à remoção ou eliminação de uma grande parte das marcas registadas mas não usadas no nosso país.

Sabido que a lei portuguesa impõe, hoje, de cinco em cinco anos, a apresentação de uma *declaração de intenção de uso* da marca, sob pena, tanto da inoponibilidade em face de terceiros do direito da propriedade sobre a marca, como da possibilidade de se peticionar a caducidade da marca, não é menos verdade que, se essa declaração respeitar ao segundo quinquénio de vigência do registo, pode ela efectuar-se, ainda, num *período de graça* de seis meses, a contar do termo do período de dez anos. Ora, pode suceder que, após o decurso do prazo de dez anos, mas antes do esgotamento

<sup>(860)</sup> Flui, igualmente, que, tendo sido apresentada a *declaração de intenção de uso*, não é preciso fazer prova do uso da marca, pois que esta se presume usada (art. 195º/1, *a contrário* e nº 4 do mesmo preceito). Já, no direito espanhol, que, em 1988, ao revogar o *Estatuto sobre Propriedad Industrial*, de 1929, se adiantou à própria directiva comunitária sobre marcas (incorporado, entre nós, através do Novo Código da Propriedade Industrial de 1994), parece haver uma lacuna legal no funcionamento do mecanismo da renovação. De facto, se o art. 7º/2 da nova *Ley de Marcas* (Ley nº 32/1988, de 10 de Novembro, com início de vigência em 12/5/1989) poderia fazer supor que a falta de prova do uso da marca [realizada através de instrumento público onde se indica os produtos e serviços onde ela tem sido usada; medida esta que nem sequer consta da Directiva Comunitária de 21/12/1988] impediria a renovação, há quem entenda (cfr., PELLISÉ PRATS, *ob. cit.*, págs. 650-651; noutra sentida, porém, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, pág. 224) que, apesar da falta de prova do uso (visto que, no actual direito espanhol não cabe fazer *declarações de intenção de uso*), a renovação deve dar-se, contanto que o titular solicite e pague as taxas devidas. Sendo assim, para aquele autor, no caso de inexistir o referido documento público, mais não restará ao *Registo de la Propriedad Industrial* do que promover acção judicial tendente à declaração de caducidade, pois que, para tanto, a lei outorgar-lhe legitimidade, nos termos do art. 56º da referida lei.

do *período de graça* de seis meses, o titular transmita a outrem o seu direito sobre a marca. Será este negócio válido? Pensamos que sim. De facto, ele mais não transmitiu do que um *direito novo*; com igual conteúdo e extensão do anterior. Sendo assim, uma de duas: ou o adquirente ainda está a tempo de efectuar a dita declaração, sendo que, ao fazê-lo, impede o *adormecimento* ou a *paralisação* do direito (renovado) que adquiriu; ou já deixou decorrer mais de seis meses após o termo da validade do anterior direito sobre a marca, caso em que, para impedir seja pedida ou declarada a caducidade e, bem assim, obstar a inoponibilidade do direito que adquiriu perante terceiros, deverá fazer *prova do uso* da marca. Mas, uma questão ainda subsiste: a quem incumbe pagar as taxas relativas à *renovação* do registo? Sendo certo que as taxas atinentes à *renovação* do registo da marca podem ainda ser pagas, com sobretaxa, durante o prazo máximo de seis meses, a contar do termo da sua validade (art. 281º/1), crê-se que, na falta de disposição expressa, é o transmitente que as deve solver, porquanto a sua exigibilidade funda-se no gozo do direito anterior de que este era titular. Pode, contudo, no contrato de transmissão da marca, convencionar-se que será o adquirente a solvê-las, o que só produzirá efeitos perante o credor – justamente, o Instituto – se este der o seu assentimento.

Uma outra questão consiste em saber se o disposto no Novo Código da Propriedade Industrial, no que concerne à inoponibilidade, em face de terceiros, do direito de propriedade sobre a marca [por facto de não ter sido, atempadamente, apresentada declaração de intenção de uso] se aplica aos direitos de propriedade já constituídos, relativamente aos quais já corria o prazo (de cinco anos) para a apresentação dessa declaração, ou, pelo contrário, só é aplicável para o futuro, só se contanto para esse efeito os prazos de cinco anos que comecem a correr a partir do seu início de vigência (ou seja, a partir de 1/6/1995).

À luz das regras gerais, sobre aplicação das leis no tempo, constantes do art. 12º/2, do Código Civil, e à falta de específica previsão no diploma que aprova o Novo Código da Propriedade Industrial, a lei que regula, por forma diferente, o *conteúdo* e os *efeitos* do direito de propriedade sobre a marca aplica-se aos direitos *já constituídos* sobre a marca, isto é, às situações jurídicas reais que já existam à data do início de vigência da nova lei. Só haverá que ressaltar as situações de origem contratual (v.g., contratos de licença de marca, constituídos ao abrigo do revogado código de 1940), relativamente às quais – e só no que toca aos efeitos fixados contratualmente – se aplica a lei antiga. Sobre isto, em geral, cfr., BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, 1968, pág. 185 e segs.; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1989 (3ª reimpressão), pág. 233-234; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 61-62 (com a colaboração do Prof. HENRIQUE MESQUITA); em sentido diferente, no direito francês, a propósito da já revogada lei nº 91-7, de 4/1/1991, cfr., CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 586.

No âmbito do Novo Código Português da Propriedade Industrial dispõe-se unicamente, pelo que respeita às marcas, que *os registos concebidos antes da entrada em vigor do presente diploma manterão a validade que lhes era atribuída pela legislação anterior até à primeira renovação que ocorra depois dessa data, passando as futuras renovações a ser feitas pelo período de 20 anos* (art. 6º do Decreto-lei que aprovou o novo código) e que *aos pedidos de caducidade (...) ainda não decididos à data da entrada em vigor deste diploma, aplica-se o regime em vigor à data do pedido* (art. 7º do mesmo diploma preambular).

#### a) O uso sério da marca

Contrastando com o regime anterior, que, no nº 3 do art. 124º do Código da Propriedade Industrial de 1940, preceituava que o registo caducava se a marca não fosse *usada* durante três anos consecutivos, o novo regime consigna (art. 216º/1, a) que o registo caduca *se a marca não tiver sido objecto de «uso sério» durante cinco anos*

*consecutivos (...)*. Ao qualificar o *dever de uso* da marca através do adjectivo *sério*, a lei portuguesa adoptou uma formulação semelhante à que foi acolhida noutros ordenamentos, em recentes legiferações. Assim, o artigo L.714-5, 7ª alínea do *Código da Propriedade Intelectual*, de 1/7/1992 fala de *usage sérieux*<sup>(861)</sup>; o artigo 5º da Lei Uniforme do *Benelux* refere a obrigação de se realizar um *uso normal* da marca<sup>(862)</sup>; a lei espanhola de marcas, de 1988, obriga a que a marca seja objecto de um *uso efectivo y real en España*<sup>(863)</sup>; no domínio da marca comunitária fala-se em *utilização séria*.

É inegável que, talqualmente as leis referidas, o Novo Código da Propriedade Industrial reforçou o ónus do uso da marca registada, exigindo que este tenha que ser *sério*. Donde, os tribunais, se e quando apreciam este dever legal de uso (por ocasião v.g., de um recurso suscitado a propósito de uma declaração de caducidade), não devem atribuir relevo a um qualquer acto de uso da marca. Pelo contrário: deve exigir-se que o titular da marca faça um uso *qualificado* dela, uma utilização que ultrapasse um certo *quid mínimo*. Todavia, a nova lei não fixa – e bem – esse limite *pelo baixo*. Ou seja: não tipifica os actos de uso (*qualificado*) que são susceptíveis de impedir a caducidade da marca, limitando-se a plasmar, de modo aberto, não densificador, um *conceito jurídico indeterminado*.

<sup>(861)</sup> Cfr., THIERR, *Commento alla nuova francese sui marchi d'impresa*, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1991, nº 163 (trata-se é, certo, do comentário à Lei nº 91-7, de 4-1-1991).

<sup>(862)</sup> Cfr., BRAUN, *Precis des Marques...*, cit., pág. 405 e segs.

<sup>(863)</sup> Vide, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 146 e segs. Cfr., para o panorama no direito estrangeiro, cfr., CANEVARI, C., *La direttiva 89/104/CEE in materia di marchi d'impresa e la sua attriazione in Spagna, Francia, Danimarca e Grecia*, in *Giurisprudenza Commerciale, Diritto de Commercio internazionale*, Janeiro-Março, 1994, pág. 69 e segs..

Caberá, pois, à jurisprudência e à doutrina a tarefa de estabelecer, gradativamente, quais os actos ou as formas de utilização da marca que se incluem no *sector normativo* da lei.

A este propósito pode dizer-se, *prima facie*, que o uso da marca há-de ser *público* – ou, pelo menos, tendencialmente dirigido ao mercado económico – *real, continuado, inequívoco e territorial*. Mas, vejamos com mais cuidado, estes *índices de uso sério*.

Na verdade, a marca é usada *seriamente* sempre que dela se lança mão para assinalar produtos ou serviços que são, de facto, vendidos ou prestados no mercado económico. Ou seja: o protótipo de uso juridicamente relevante da marca é a venda de produtos ou a prestação de serviços identificados pelo respectivo sinal. Como quer que seja, o que vai dito ainda não chega para concretizar aquele conceito indeterminado, pois que a venda de produtos assinalados com marcas registadas pode ser esporádica, pontual ou, antes, duradoura e continuada, assim como podem vender-se pequenas ou grandes quantidades.

Por isso que cumpre esclarecer que o uso da marca é *sério* quando o seu titular, para além de operações esporádicas<sup>(864)</sup> ou pontuais, leva a cabo, de forma continuada, operações de venda do produto marcado: a continuidade das vendas (ou das prestações de serviços) implica que o uso da marca seja contínuo e, por isso, *real*<sup>(865)</sup>. Do mesmo passo, o uso será *sério* quando se alcança um número *mínimo* de produtos vendidos: para determinar o limite do uso, *pelo baixo*, é preciso quantificar o volume das

<sup>(864)</sup> Cfr., Tribunal de Milão, de 22/2/1990, in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1990, pág. 15.

<sup>(865)</sup> Assim, MATHÉLY, *Le droit français des signes...*, cit., pág. 430.

vendas do produto assinalado<sup>(866)</sup>. Só que esta quantificação é relativa ou variável, pois que se não deve lançar mão, exclusivamente, de critérios matemáticos. Outrossim, há que conjugar outros factores: a natureza e as características do produto marcado, a dimensão da empresa titular da marca.

Assim, pelo que respeita à natureza do produto ou serviço assinalado, há-de fazer-se um juízo *diferenciado* consoante a marca seja utilizada para identificar produtos ou serviços fabricados, distribuídos ou prestados em *massa* ou, antes, se se usa para assinalar produtos ou serviços *especializados* que, naturalmente, têm menor procura. Cabe, destarte, ter presente a maior ou menor amplitude do círculo de potenciais adquirentes do produto ou do serviço. Daí que se o produto ou o serviço interessam, potencialmente, a um elevado número de consumidores terá que se exigir um volume elevado de vendas ou de prestações de serviços. Pelo contrário, se o mercado dos produtos ou serviços assinalados se circunscreve, por natureza, a um círculo mais pequeno de potenciais consumidores, um reduzido volume de negócios chegará para cumprir o ónus do uso sério da marca registada<sup>(867)</sup>.

O critério decisivo é, pois, neste domínio, o grau de penetração da marca no correspondente círculo de consumidores (finais ou intermédios): quanto mais pequeno seja esse círculo, menor deverá ser o volume de negócios a exigir para o efeito de impedir a caducidade por falta de uso da marca.

<sup>(866)</sup> Saliendo este aspecto, cfr., CHRICKER, in *GRUR int.*, 1969, pág. 21 = in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1978, II, nº 173.

<sup>(867)</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Grenoble, de 26/5/1986, in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1986, III, nº 398, pág. 347. De todo o modo, isto será matéria de facto que cabe apreciar, fundamentalmente, aos tribunais de 1ª e 2ª instância; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 590; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit., pág. 419-420; SCHRICKER, *GRUR int.*, loc. cit.

De resto, a venda dos produtos ou a prestação dos serviços pode revestir matizes várias: numa empresa de vendas por televisão, catálogo, telefone, computador, etc., a marca será objecto de *uso sério* se figurar ou for visualizada no programa televisivo de vendas, se constar do catálogo, ou do *menu* do programa informático, etc..

Mas, já certos *actos preparatórios* de uso (cfr., *infra*), por si só, não são suficientes para aquele efeito: v.g., a simples etiquetagem ou rotulagem dos produtos, a mera actividade de prospecção da procura do produto no mercado do consumo, a apresentação de guias de transporte das mercadorias, etc..

Por outro lado, como se disse, é preciso ter em conta a dimensão da empresa do titular da marca registada. De facto, bem se compreende que, para efeitos de se concluir que uma marca é objecto de *uso sério*, se não possa exigir idêntico volume de negócios, tanto a uma grande empresa, como a uma pequena ou média empresa. Por isso que o *princípio da igualdade de tratamento* impõe a aplicação de modelos diferenciados de avaliação do *uso* da marca, consoante a dimensão organizativa do titular dela: uma grande empresa, apoiada, v.g., nas suas próprias redes de distribuição e em recursos financeiros próprios, conseguirá, facilmente, realizar um certo volume de negócios que uma pequena ou média empresa só a muito custo logrará atingir.

Porém, ainda que este seja o protótipo do acto de uso da marca juridicamente relevante, não é o único que *indicia* o *uso sério* do sinal. De facto, deve, igualmente, considerar-se relevante o *uso publicitário* da marca.

É inegável – conquanto já seja banal dizê-lo – que na odierna sociedade de produção, distribuição e comercialização *em massa*, a introdução dos produtos ou dos serviços no mercado é, não raro, acompanhada de amplas campanhas de promoção e publicitação, aí onde o protagonismo

principal cabe à marca. Não há dúvida que a *publicidade*, realizada ao derredor da marca, é, por via de regra, o mecanismo que mais eficazmente contribui para a difusão e reconhecimento da marca por banda dos consumidores. Donde se defenda, neste domínio, um critério amplo e permissivo que sustenta o entendimento de que a utilização da marca na promoção dos produtos e serviços implica o *uso sério* dela. Consequentemente, haverá *uso sério* sempre que a marca seja publicitada previamente à comercialização dos produtos, isto é, sempre que haja uma conexão *directa* da marca publicitada com a subsequente venda dos produtos *marcados*. Porém, ainda assim, quando a publicidade não se concatene de modo directo com uma campanha de vendas, pode suceder que o titular da marca demonstre que está a diligenciar *séria e eficientemente* para iniciar o processo de fabricação ou comercialização, caso em que se deve reputar cumprido o dever legal de uso.

Demais, pode suceder que, em certos segmentos do mercado, a marca seja usada na publicidade sem que, depois, se deva seguir a fabricação ou comercialização em massa. É a hipótese de a marca ter sido registada para assinalar certos produtos ou serviços *especializados*, de elevado custo, que não têm procura no mercado económico final (ou se têm, ela é diminuta) e que são fabricados, comercializados ou prestados por encomenda. Neste caso, a marca é, igualmente, objecto de *uso sério*.

Enfim, a utilização da marca com fins publicitários pode, noutras eventualidades, servir para auxiliar o juízo que se faça sobre o *uso sério*. É o que sucede quando as empresas, com a finalidade de introduzir produtos no mercado, realizam *provas de venda* (*test sales*). Vale isto por dizer que a marca registada é objecto de *uso sério* quando o titular efectua estas *provas de venda*, em determinada

zona circunscrita, acompanhadas por uma adequada campanha publicitária<sup>(868)</sup>.

De resto, este uso publicitário da marca pode ajudar o intérprete a concluir pela existência de *uso sério* quando o volume de negócios do titular se *aproxima*, mas fica á quem daquele *quid mínimo* que, sem a publicidade, se reputa necessário, à luz da natureza do produto marcado e da dimensão da empresa do titular.

O *uso sério* não tem que ser *peçoal* ou *directo*. Vem isto por significar que a utilização da marca pode ser feita através da actividade de fabricação, e/ou distribuição de um *licenciado* (exclusivo ou não), isto é, todo aquele que está contratualmente autorizado, pelo titular da marca, a explorar, total ou parcialmente, durante certo tempo, os direitos decorrentes do sinal<sup>(869)</sup>. Se o uso, feito por este, é *real* e *efectivo*, pouco importa, até, que o contrato seja nulo (por que não reduzido a escrito, conforme impõe o n.º 3 do art. 30.º do Código da Propriedade Industrial), pois que mister é que a marca esteja, com o *consentimento* do seu titular, a servir a função para que naturalmente tende<sup>(870)</sup>.

<sup>(868)</sup> Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão, de 9/6/1978 (in GRUR, 1978, pág. 642 e segs.), que outorgou relevância a determinados *test sales*, realizados pelo titular da marca, ao salientar que não se tratava de um *uso aparente* da marca, com fins puramente emulativos. Também, neste sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Fundamentos...*, cit., pág. 416 e segs. Contudo, a situação é controvertida; vide, em sentido oposto, Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Paris, de 16/12/1986, in Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire, 1987, III, n.º 411, pág. 185.

<sup>(869)</sup> Mas, já não haverá *uso sério* se é um *promitente-licenciado* que, sem a *autorização* do *promitente-licenciante*, começa a usar a marca.

<sup>(870)</sup> Pode, no entanto, suceder que, fraudando a lei, o titular se conlua com um terceiro, usurpador da sua marca, no sentido de, simuladamente, alegar e demonstrar o pretenso *uso sério*. Prática condenável esta que, sendo até do conhecimento officioso (arts. 240.º/2, 286.º, do Código Civil e arts. 264.º/3 e 664.º do Cód. Proc. Civil), não traduz *uso sério* da marca.

Apesar de o Novo Código da Propriedade Industrial prever, expressamente, que o *consentimento* do titular, para efeitos de impedir a caducidade, só é relevante no domínio das *marcas colectivas* (art. 216.º/6), cremos que se não deve interpretar *a contrário* esse preceito, em termos de se entender que o uso sério da marca feito por terceiros, com o consentimento do titular, não impede a caducidade. É que, para além da circunstância do argumento *a contrário* dever ser utilizado com muita prudência, parece que a *norma excepcional*<sup>(871)</sup> do n.º 6 do art. 216.º do Cód. Proc. Civil, comporta uma *interpretação extensiva*, devendo por ela ser abrangidos todos os casos em que, de forma genérica, a marca é utilizada por terceiros com a *autorização* inequívoca (gratuita ou onerosa) do titular dela. Em conclusão: o registo da marca (*específica*, de base, colectiva, de certificação) não caduca se a exploração dela é assegurada, por qualquer título, por um terceiro, autorizado pelo titular.

Mas, pelo contrário, a simples existência de um contrato de transmissão de marca (art. 29.º/1, do Código da Propriedade Industrial) é, juridicamente, indiferente e anódino, não constituindo, por si só, uma *circunstância-índice* de exploração.

Dissémos, atrás, que o uso da marca tem de ser *inequívoco*. Isto quer dizer que o uso do sinal há-de ser identificado e reconhecido pelo público como um uso que assinala produtos ou serviços ou a origem empresarial deles e não um uso que se prende com a identificação do estabelecimento ou com a pessoa do empresário ou, ainda com prémios, condecorações de mérito, diplomas e atestados

<sup>(871)</sup> Pode, inclusivamente, entender-se que essa norma excepcional só o é na *aparência*, na medida em que pode representar, outrossim, o afloramento de uma *regra* que, por inadvertência, recebeu do legislador apenas uma expressão *avulsa*.

de louvor ou com a empresa *in totum*. Ou seja: o sinal, registado como marca, não pode ser usado como nome ou insígnia do estabelecimento, firma, recompensa ou logotipo. É o que acontece quando, por exemplo, o titular da marca utiliza o sinal nas facturas que emite ou na correspondência, que não para identificar os produtos que comercializa, mas sim para identificar a sua empresa<sup>(872)</sup>.

Temos, igualmente, um *uso equívoco* quando a marca é somente utilizada nos meios académico-científicos, designadamente em teses, artigos científicos, monografias.

O dever de *uso sério* da marca relaciona-se com a utilização de que ela seja objecto num certo espaço físico; que o mesmo é dizer que a utilização do sinal se faz ao arrimo da *princípio da territorialidade* da marca.

Flui daqui que o uso da marca deve, por via de regra, ocorrer em Portugal, nos domésticos circuitos de distribuição e comercialização, independentemente de só relevarem em certa zona delimitada do território português. Ora, isto significa que a exploração que dela se faça no estrangeiro (ou v.g., em embaixadas sitas em Portugal) é inoponível para efeitos de impedir a caducidade (mesmo, segundo se crê, que a publicitação da marca se faça em revistas estrangeiras com tiragem em Portugal).

Só que, em atenção aos legítimos interesses das empresas exportadoras, estabelecidas em Portugal ou que, de igual modo, incorporem (para além da marca) trabalho seu no produto, a alínea a) do n.º 5 do art. 216.º do Código da Propriedade Industrial preceitua que é considerado *uso sério* da marca a exportação de produtos ou serviços. Não se

<sup>(872)</sup> Por vezes, é difícil constatar esta utilização equívoca, maxime no domínio das *marcas de serviços*. Cfr., CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 590.

plasmou, pois, o entendimento mais restritivo de só considerar uso sério a utilização da marca em Portugal, relativamente a produtos ou serviços destinados exclusivamente à exportação.

Como quer que seja, para que haja *uso sério* basta, tão-só, que a actividade em Portugal consista na oposição da marca nos produtos, independentemente de estes terem sido fabricados no estrangeiro. Desta maneira, os produtos doravante *marcados* não se colocam, nesta hipótese, nos circuitos comerciais portugueses, isto é, os circuitos do país exportador.

É óbvio que, na eventualidade de a empresa titular da marca registada destinar à exportação apenas *uma parte* dos seus produtos, deve computar-se o volume das exportações para o efeito de se concluir, em geral, que o volume de negócios da empresa alcança aquele *limite pelo baixo* que traduz o *uso sério* da marca e impede a sua caducidade.

Se o que *pode o mais também pode o menos* (argumento *a maiori ad minus*), certo é que a produção em Portugal, por parte de uma empresa contratada para o efeito, de produtos destinados exclusivamente a serem exportados, conforme as instruções do titular da marca (que tenha a sua sede no estrangeiro), parece configurar *uso sério* do sinal. Contudo, não é de excluir, no âmbito do *registo internacional de marcas*, o pedido de caducidade em Portugal, do registo de uma marca protegida também em território português, por falta de *uso sério* no nosso país.

Já, se se tratar de uma marca comunitária, dado o carácter unitário da protecção do registo, a declaração de caducidade, decorrente da não *utilização séria na comunidade*, produzirá efeitos em todos os Estados aderentes (cfr., art. 50.º/1, a e art. 1.º/2, do Regulamento n.º 40.º/94, de 29/12/1993).



O uso da marca é, normalmente, *público*, posto que identificado por um *auditório* mais ou menos vasto de consumidores. Todavia, o *uso sério* não implica, em absoluto, um *uso público*; *uso sério* não é exactamente igual a *uso público*, isto é, o *uso sério* da marca não significa sempre que o uso seja *público*. Mas vejamos.

Por via de regra, a marca registada não é objecto de *uso sério* se os produtos por ela assinalados não são introduzidos, no mercado, através dos competentes canais de distribuição e comercialização. É o que sucede, *prima facie*, quando o titular da marca restringe a sua actividade à mera adopção de medidas preparatórias, tais como a encomenda do desenho da marca, a confecção das etiquetas (nas quais se incorpora o sinal), sem que, paralelamente, o publicite ou promova. Tão pouco haverá *uso sério* na hipótese em que o titular, apesar de apôr a marca nos produtos, os armazena ou mantém armazenados. Noutros casos, ocorrerá um uso meramente *interno* – e, por consequência – irrelevante juridicamente para impedir a caducidade – sempre que o dono da marca envia as mercadorias fabricadas ou importadas para locais de venda da própria empresa, aí onde, não obstante, permanecerem armazenadas, não entram nos circuitos de comercialização<sup>(873)</sup>.

É, ainda, duvidoso que a venda (intermédia) dos produtos marcados realizada pela *sociedade-mãe* – titular do sinal – a uma *filial* seja relevante para o efeito de considerar que existe *uso sério*. Tudo dependerá, entre outras circunstâncias, do grau de autonomia económica e liberdade jurídica de actuação dos órgãos de administração desta

<sup>(873)</sup> Está-se, neste caso, perante uma prática a que nos E.U.A. se dá o nome de *sweetheart shipments*, sendo, não obstante (enquanto *uso interno* da marca), considerado irrelevante. Cfr., MC CARTHY, *Trademarks...*, § 16.2.

outra<sup>(874)</sup>. De facto, se se puder concluir que a filial actua, no mercado económico, de forma autónoma, adoptando com ampla liberdade, a sua política de gestão e, portanto, de tomada de decisões, deve entender-se que se está perante uso sério da marca.

Outras eventualidades subsistem em que é duvidoso estar-se em face de um *uso sério*. Estamos-nos a referir aos produtos que só são vendidos em locais relativamente aos quais o acesso do *público* é restringido ou fortemente condicionado [v.g., cooperativas de consumo, quartéis, locais de venda da própria empresa mas só a trabalhadores seus, etc.].

A este propósito cabe dizer que, em princípio, inexistente *uso sério* da marca se os produtos são vendidos exclusivamente aos trabalhadores (e respectivos famílias) do titular da marca. Mas, ao invés, a marca já será *usada seriamente* quando os produtos que assinala se vendem exclusivamente em locais, aos quais têm acesso – por que se associem ou lhes seja, por outro meio, franqueado o ingresso – grupos mais ou menos abertos de consumidores<sup>(875)</sup>.

Em conclusão: o *uso é sério*, neste sentido, se houver uma qualquer relação de natureza comercial (não necessariamente uma aquisição) com uma clientela mais ou menos ampla.

Com efeito, como se disse, podemos hipotizar um *uso público* que não constitui um *uso sério* (um *anúncio* isolado num jornal),

<sup>(874)</sup> É claro que estamos só a considerar a hipótese em que a sociedade-mãe se limita a vender os seus produtos às filiais para consumo interno destas. É que, se as filiais revenderem, *uno actu*, esses produtos, não há dúvida de que a marca é objecto de uso sério [contanto que se atenda ao volume de vendas, à natureza do produto e à dimensão da empresa].

<sup>(875)</sup> Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Federal Alemão de Patentes, de 1/10/1980 (in GRUR, 1981, pág. 523 e segs.), que considerou que uma marca estava a ser explorada na medida em que identificava produtos vendidos nas lojas do Alto Comissariado Militar Norte-Americano, na Alemanha.

assim como um *uso não público* que é um *uso sério* (v.g., ensaios, testes de venda, que ocorram antes de comercialização). Não deve, pois, confundir-se *uso sério* com *exploração pública*.

#### b) O uso parcial

Um dos problemas essenciais que a figura do *dever de* *so* da marca coloca, é, justamente, determinar até que ponto é juridicamente relevante um *uso* que não abranja a totalidade dos produtos ou serviços por cujo respeito o registo foi efectuado. O que pode acontecer por variadas razões. Pense-se, por exemplo, naquelas hipóteses em que se regista uma marca para uma determinada classe de produtos ou serviços, no quadro da Classificação Internacional dos Produtos e Serviços<sup>(876)</sup>. Ora, pode suceder que esta marca seja tão-só utilizada para assinalar uma *parte* do conjunto daqueles produtos ou serviços, incluídos na mesma *classe*, para que o registo foi efectuado. Em segundo lugar, outros casos se surpreendem em que o mesmo sinal é registado como marca para várias *classe* daquela Classificação Internacional. Pode, igualmente, acontecer que o titular não explore a totalidade dos produtos ou serviços das diferentes classes, por cujo respeito o registo foi concedido. Neste último caso, o problema está, pois, em saber até que ponto o uso da marca, relativamente a produtos e a uma *classe*, estende, ou não, os seus efeitos às restantes *classes* para que, igualmente, tivera sido realizado.

Neste domínio, perspectivam-se dois grandes modelos.

O primeiro, vigente há muito no ordenamento alemão, ancora-se num critério restritivo: o dever de uso acha-se imprido, tão-só, relativamente à utilização da marca nos

<sup>876)</sup> Aprovado para ratificação pelo DL nº 138/81, de 5-11. A versão original deste Acordo celebrado em Nice, em 15/6/1957) foi entre nós, aprovada para ratificação pelo DL nº 41735 16/5/1958. Posteriormente, o seu texto foi revisto em Estocolmo (em 14/7/1967) e em Genebra (em 13/5/1977), sendo este o que o aludido diploma aprovou.

produtos e serviços concretos para que foi registada; que o mesmo é dizer que o uso dela, em certos produtos ou serviços da classe ou classes para que foi registada, não estende os efeitos impeditivos da caducidade relativamente aos restantes produtos ou serviços da mesma classe ou de outras classes, para que também tivera sido registada<sup>(877)</sup>.

É bem de ver que este sistema favorece, inequivocamente, os interesses dos concorrentes – actuais ou futuros – do titular da marca registada, que, desta forma, ficam habilitados a pedir a declaração de caducidade da marca respeitante aos produtos e serviços, relativamente aos quais ela não foi *usada seriamente* [e, desde forma, pedir a concessão do registo de marcas idênticas ou semelhantes, que, não fora a declaração de caducidade, não seriam registáveis à luz do princípios da novidade e da especialidade].

O segundo, vigente no direito espanhol e, até há pouco, no ordenamento francês, conforta-se num critério mais permissivo, a saber: o uso da marca registada estende os efeitos impeditivos da caducidade para além dos produtos por cujo respeito foi objecto de *uso sério*. Dito doutra maneira: a marca reputa-se usada relativamente à totalidade dos produtos ou serviços da classe para que foi registada, apesar de ter sido objecto de uso tão-só relativamente a alguns deles. Mas não só: a marca considera-se, também, usada relativamente aos produtos e serviços *similares* ou de afinidade manifesta de outras classes para que, igualmente, tivera sido concedido o registo.

Facilmente se intui que este segundo sistema aligeira – e fá-lo consideravelmente – o dever legal de uso da marca; o que redundará em benefício do titular, pois que desaparece

<sup>(877)</sup> Sobre este modelo, vide, BAUMBACH-HEFERMEHL, *ob. cit.*, § 5, nm. 54 e segs., pág. 421 e segs.

a *espada de Dâmocles* de eventuais pedidos de caducidade para uma parte dos produtos ou serviços relativamente aos quais o sinal registado não foi usado. Em contrapartida, os concorrentes verão diminuídas as possibilidades de registar novas marcas.

O novo direito português das marcas inclinou-se para aquele primeiro modelo<sup>(878)</sup>.

Com efeito, conforme estatui o nº 11 do art. 216º do Código da Propriedade Industrial, *quando existam motivos para a caducidade do registo de uma marca apenas no que respeita a alguns dos produtos ou serviços para que foi efectuada, a caducidade abrangerá apenas esses produtos ou serviços*<sup>(879)</sup>. Rejeitou-se, pois – e bem – tanto a *ficção*, de que o uso (parcial) de uma marca em relação a um (ou só a alguns) dos produtos (ou serviços) para que foi registada é visto como um *uso total* relativamente a todos eles, como a ideia de que o *uso* de uma marca num produto (ou serviço) determinado dá por cumprido o dever de uso relativamente a produtos ou serviços *similares*, pertencentes a outras classes, que estejam igualmente abrangidos no mesmo registo. Rejeição esta que bem se compreende à luz de um critério *funcional*, que preside à outorga das faculdades que os titulares das marcas são livres de exercer: as marcas servem para distinguir produtos ou serviços de uma *actividade* económica ou profissional, em início ou já iniciada. Ora, se esta *actividade* não se inicia, não faz sentido manter um direito de propriedade sobre sinais *inactivos*; ou,

<sup>(878)</sup> Que, aliás, já constava da Directiva Comunitária de Marcas, de 1988 (art. 11º/4) e, hoje, é dominante nos países da *União Europeia*, à excepção, por ora, da Espanha (cuja reforma do direito das marcas, pese embora, seja contemporânea dos trabalhos preparatórios que conduziram à referida directiva, seguiu uma via autónoma).

<sup>(879)</sup> É este, também, o regime que vigora no domínio da marca comunitária, nos termos do nº 2 do art. 50º do Regulamento (CEE) nº 40/94.

doutro modo: só faz sentido manter o *licere*, decorrente do direito de propriedade sobre o sinal, em relação às concretas *precipitações* ou *objectivações* que dele se faça no mercado económico, em termos de o objecto do direito sobre a marca dever sofrer as limitações ou as *amputações* que hajam de ser razoavelmente exigidas em função do seu *real* contacto jurídico-mercantil com um auditório mais ou menos vasto de consumidores. Isto é: o direito sobre a marca é, neste particular, um direito de propriedade *funcionalizado* a que os consumidores dão, quotidianamente, *vida*, mas que deve *morrer* se e quando os interesses dos *concorrentes* sobrelevam a *vida* que aqueles lhe vinham assegurando.

Objectar-se-á dizendo que o acolhimento desta posição conduzirá a um resultado paradoxal: o terceiro que utiliza um sinal igual ou idêntico para produtos ou serviços idênticos ou afins viola, com essa *imitação*, os direitos do titular da marca, ao passo que este, ao usar o *seu* sinal somente em *alguns* produtos para que foi registado ou ao usá-lo só em produtos similares pertencentes a outras classes que estejam abrangidos no mesmo registo, não pode impedir a *caducidade* da sua marca relativamente aos produtos em que ela não é usada. Pareceria, pois que, o que *pode o mais também pode o menos*. Todavia, isto não é assim. Na verdade, não pode confundir-se o *objecto* do direito de propriedade sobre a marca – aqui onde se decide a questão da caducidade do direito pelo *não uso* – com os efeitos desse direito (onde se inclui o *licere*), isto é, com o conjunto da faculdade jurídicas que se revêem na (maior ou menor) área de protecção (*círculo de proibição*) outorgada ao titular. Ora, é tão-só nesta última dimensão que se joga o problema da *imitação* ou *usurpação* da marca. Numa palavra: enquanto a caducidade tem a ver com o *objecto* do direito, a *imitação* ou *contrafacção* atina ao *círculo de proibição* do direito.

### c) Causas de justificação da falta de uso sério

Circunstâncias há em que a falta de *uso sério* da marca não é imputável ao seu titular. Ilegítimo seria, destarte,

sujeitá-lo a ver contra si julgado procedente um pedido de caducidade quando a falta de uso se devesse, portanto, a uma circunstância alheia ao seu comportamento.

Neste sentido, a alínea a) do nº 1 do art. 216º do Código da Propriedade Industrial prevê a caducidade da marca se ela não tiver sido objecto de uso sério, durante cinco anos consecutivos, salvo *justo motivo* (...).

Esta formulação é praticamente idêntica à que se consigna no § 1 do art. 10º da Directiva Comunitária sobre marcas de 1988<sup>(880)</sup>, e coincide, hoje, com a redacção da nova Lei Francesa sobre Marcas, onde se fala de *justes motifs* (art. L.714-5); e, bem assim, como o art. 5º da Lei Uniforme dos países que integram o *Benelux*<sup>(881)</sup>; assim como com a lei espanhola de 1988, que permite se impeça a caducidade da marca quando o titular demonstre que existem *causas justificativas de la falta de uso* (art. 53º/1) e com o Regulamento da Marca Comunitária (art. 50º/1, a), que alude aos *motivos justos para a sua não utilização*.

Apesar das diferenças de estilo e construção na terminologia das leis que, hoje, regem esta matéria, não há duvida que, para impedir a declaração de caducidade por falta de uso, em todas elas se exige que o titular da marca alegue e prove a existência de acontecimentos que, não lhe sendo *imputáveis*, obstaculam ao cumprimento do dever legal de *uso sério*. Quer se fale em *justo motivo*, *causa justificativa*, *força maior*<sup>(882)</sup>, *excusa legítima* ou outras fórmulas equiparáveis, decisivo é que se prove que a marca

<sup>(880)</sup> Aí onde na parte final se prevê que a marca ficará submetida às sanções previstas na presente directiva, salvo se existirem causas que justifiquem a falta de uso.

<sup>(881)</sup> O § 3 do art. 5º da Lei Uniforme prevê que a marca se extinga quando, *sem justa causa*, não tenha sido usada.

<sup>(882)</sup> Como se estabelecia, em Espanha, no já revogado Estatuto sobre Propriedad Industrial, de 1929.

não foi objecto de *uso sério* devido a circunstâncias que não possam ser imputáveis ao titular.

Na formulação legal (*justo motivo*) tanto cabem circunstâncias (*de facto*) atinentes a ocorrências da vida real, como circunstâncias (*de direito*) decorrentes de obstáculos legais ou administrativos.

Nas primeiras incluem-se os factos subsumíveis ao clássico conceito de *força maior*: *guerras, catástrofes naturais, terremotos, inundações*<sup>(883)</sup>.

As segundas abarcam as disposições da lei ou os actos administrativos, por virtude dos quais se proíba a fabricação ou venda, em Portugal, dos produtos marcados, se encerre a empresa do titular, se denegem autorizações *constitutivas* ou *permissivas* (v.g., para a comercialização de certos produtos, para a prestação de certos serviços, para a abertura de estabelecimentos), etc..

Mais problemáticas se afiguram as *causas* que, em geral, dizem respeito às condições do mercado. E colocam elas mais reticências na medida em que grande parte delas decorre da normal assunção dos *riscos empresariais*. Há, por isso, que privilegiar soluções *diferenciadas*. Assim, por exemplo, não deve proceder a alegação de escassez ou a grande dificuldade de obtenção de matérias-primas necessárias à obtenção do produto marcado se tal for devido a razões de ordem económica geral (v.g., ciclos económicos recessivos, concorrência aguerrida<sup>(884)</sup>). Mas já quando essa

<sup>(883)</sup> Note-se que estas ocorrências da vida real, vale dizer estes factos naturais e/ou involuntários podem, igualmente, dizer respeito à pessoa do titular (v.g., morte do titular, no caso de os herdeiros não continuarem o uso de que ela era objecto; doença do titular que, razoavelmente – e de acordo com a dimensão da empresa e com a natureza dos produtos ou serviços – o impedem de assegurar, temporariamente o uso dela, etc.).

<sup>(884)</sup> Assim, também, SCHRICKER, in GRUR int., 1969, pág. 26; entre outros, Acórdão da *Cour de Cassation*, de 3/5/1981, in *Juris Classeur Periodique*, 1981, IV, pág. 180; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 266.

dificuldade é consequência de guerras, catástrofes naturais, embargos económicos, etc., pelas quais se suprime ou condiciona fortemente o afluxo ou a disponibilidade de matérias-primas, parece que nada impede a alegação procedente de *justo motivo*.

Já se pôs a questão de saber se a falta de uso da marca devida a um facto voluntário do titular dela (que, neste sentido retirou o produto do mercado), decorrente da actividade (ilícita) de um concorrente que colocava no mercado produtos *similares* com um sinal *idêntico*, constituía, ou não, *justo motivo* que impedia a caducidade (entre outros, Acórdão do *Tribunal de Grande Instance* de Paris, de 2/10/1986, in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1987, III, nº 406, pág. 78). Crê-se que factos voluntários de outrem, traduzidos em imitação ou usurpação da marca registada, não são *justo motivo* que implique a caducidade por não uso sério, pois que, perante essa eventualidade, o titular não deve abster-se de usar a marca, mas antes – usando-a – desencadear os mecanismos legais competentes, no sentido de o usurpador (ou imitador) ser condenado a obster-se de usar um sinal igual ou idêntico ao seu. No fundo, a defesa do seu direito de propriedade não passa pela abstenção do uso da sua marca, outrossim pela abstenção do uso, por outrem, de marca imitada ou usurpada.

Outras vezes invocam-se *obstáculos judiciais* no sentido de justificar a falta de *uso* da marca. Cumpre distinguir: se ao titular da marca registada, que seja parte na acção, falte o interesse em agir ou a legitimidade activa ou, ainda, sempre que ele se conlua com terceiro, fazendo uso anormal do processo, não parece que a pendência de acções judiciais constitua *justo motivo* de falta de uso da marca.

Noutros casos, a *fase judicial* do pedido tendente à caducidade pode ser suspensa devido a *questões prejudiciais*, discutidas noutro processo, aguardando-se a resolução desses conflitos de interesses, que, uma vez resolvidos, podem influir no mérito do pedido de caducidade.

Note-se que a recusa de registo de uma marca não entra sequer nas circunstâncias atrás aludidas que é lícito invocar para justificar a falta de uso. De facto, o uso ou falta de uso de um sinal, cujo registo for recusado, é, neste particular, irrelevante, pois que não se pode pedir (e declarar) a caducidade de um direito que nunca existiu; isto é, a *marca de facto* – a marca não registada – não caduca, justamente, porque nunca sobre ela se formou um direito de propriedade.

O que, neste particular, se pode discutir é a questão de saber se os limitados direitos daquele que *usa* marca não registada, por prazo não superior a seis meses (art. 171º/1, Código da Propriedade Industrial), estão, ou não, dependentes do *uso sério* consecutivo durante esse prazo. Isto é: será que esse prazo de seis meses se *suspende* ou *interrompe* ocorrendo uma das aludidas circunstâncias. Crê-se que esse prazo se não *suspende* durante o tempo em que o titular esteve impedido de fazer valer o seu direito por motivo de *força maior*, pois que, tratando-se de um prazo de caducidade (cfr., art. 298º/2, do Cód. Civil), o Código da Propriedade Industrial não determina expressamente que ele seja objecto de suspensão ou interrupção (cfr., art. 328º, do Cód. Civil). Donde, começando a correr o referido prazo de seis meses a partir do momento em que se usa *seriamente* a marca não registada, o usuário dela deve diligenciar, adentro desse prazo – que se não suspende nem interrompe – no sentido de exercer o direito de prioridade, registando a sua marca (apesar de, por qualquer motivo, e adentro desse período temporal, ficar impedido de a utilizar). Mais justo e coerente teria sido, porém, prever causas específicas de *suspensão* da contagem deste prazo.

Não parece, igualmente, que possa constituir *justo motivo* de não exploração da marca registada a circunstância de existirem recomendações de Associações de Consumidores ou de profissionais (v.g., comerciantes, industriais, agricultores, artífices, etc.) a aconselhar a

cessação de produção, comercialização ou aquisição do produto ou serviço<sup>(885)</sup>.

Cumpra salientar que, para ser tomado em consideração, é preciso que o *justo motivo* de falta de *uso sério* ocorra num qualquer momento que se situe dentro do período de caducidade por não uso, *que se já tenha iniciado*. São, portanto, irrelevantes circunstâncias justificativas do não uso que se tenham verificado em momento *anterior* ou *posterior* ao período *consecutivo* de cinco anos de que depende a possibilidade de se pedir a declaração de caducidade.

Questão diversa é dilucidar o modo como se conta o prazo de cinco anos de não uso em face da ocorrência de um justo motivo de impedimento da caducidade. Que o mesmo é averiguar: será que a alegação e prova de um justo motivo *interrompe* o referido prazo de cinco anos, que se já tinha iniciado? Ou será que o suspende? No primeiro caso, a existência de um *justo motivo* inutiliza, para o efeito da declaração de caducidade do registo, todo o tempo decorrido anteriormente, começando a correr novo prazo a partir do acto interruptivo. No segundo caso, a verificação do *justo motivo* suspende a contagem daquele prazo, que somente é *retomada* após a cessação das *circunstâncias justificativas* da falta de uso, contanto-se, deste modo, todo o tempo decorrido anteriormente ao *facto suspensivo*. Que é dizer: neste últimos caso, o referido prazo de cinco anos não *corre* contra o titular enquanto se verificar o justo motivo de falta de uso.

<sup>(885)</sup> Mais duvidoso é a hipótese em que a recomendação emana de órgão da Administração Central, directa ou indirecta (v.g., o Instituto do Consumidor). No sentido em que tal eventualidade é *justo motivo*, cfr., Sentença do Tribunal de Paris, de 10/1/1991, in *Propriété Industrielle - Bulletin Documentaire*, 1991, III, n.º 498, pág. 236; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 594.

A lei seguiu aquela primeira solução, na medida em que tratou as hipóteses, de facto ou de direito, que originam um *justo motivo* de falta de uso como circunstâncias que *interrompem a caducidade*, inutilizando todo o prazo de *falta de uso* decorrido até aí. Na verdade, não tem outro sentido, senão este, a afirmação, de que o *registo caduca*: *a) se a marca não tiver sido objecto de uso sério durante cinco anos consecutivos (...)*.

#### d) A declaração de caducidade por falta de uso

Como já se sabe, a mais importante sanção que pode ser imposta ao titular de uma marca registada não usada é a caducidade do registo que a ela respeita.

Pelo que à *legitimidade activa* concerne, têm interesse directo em demandar, em princípio, todos aqueles que exercitam a sua actividade para áquem do *círculo de proibição* formado pelo registo cuja caducidade se pretende ver declarada. É, pois, o *princípio da especialidade* que qualifica a relação material controvertida que surge em juízo<sup>(886)</sup>. E o interesse tanto pode ser de ordem patrimonial como de jaez moral<sup>(887)</sup>.

Note-se que não se deve somente outorgar legitimidade activa aos titulares de marcas registadas que se situem adentro do *princípio da especialidade* da marca cuja caducidade é requerida. São, também, parte legítimas os titulares de firmas ou denominações sociais idênticas ou confundíveis, cuja actividade seja a fabricação ou comercialização de produtos iguais ou afins.

<sup>(886)</sup> Terá, ainda assim, legitimidade activa todo aquele peticionante de caducidade que, apesar de não usar o seu sinal para os produtos por cujo respeito foi registado, é titular de um registo para produtos idênticos ou similares aos do titular da marca cuja caducidade é requerida.

<sup>(887)</sup> Interesse moral tê-lo-ão, em regra, as pessoas colectivas sem escopo lucrativo (v.g., associações), que sejam titulares de marcas (confundíveis ou não) que assinalam produtos idênticos ou afins.

Ponto é que haja um *risco de confusão*. E são-no, igualmente, os titulares de nomes ou insígnias, relativamente aos quais a marca em causa seja susceptível de induzir o consumidor em erro ou confusão<sup>(888)</sup>.

De facto, não havendo para a caducidade da marca, uma disposição como a do n.º 2 do art. 34.º do Código da Propriedade Industrial, no domínio da *declaração de nulidade e de anulação* dos registos [que refere que a *acção deve ser intentada pelo Ministério Público ou por qualquer interessado contra o titular inscrito do direito (...)*], pode sempre invocar-se o n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art. 10.º do mesmo diploma, que rege a respeito da legitimidade, em geral, para se reguerer ou *promover* actos perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ao preceituar que *têm legitimidade para praticar quaisquer actos jurídicos (...)* aqueles que *tiverem interesse relativamente aos actos referidos* e que *os termos e actos do processo só podem ser promovidos: a) pelo próprio interessado ou titular do direito*<sup>(889)</sup>.

Pode perguntar-se se o *Instituto Nacional da Propriedade Industrial* pode, *ex officio*, desencadear a declaração de caducidade.

A despeito de noutros ordenamentos se outorgar expressa legitimidade activa ao órgão de Administração para o efeito competente – como é o caso do ordenamento espanhol (art. 56.º da *Ley de Marcas*, de 1988) – pensa-se que, entre nós, tal não pode admitir-se.

<sup>(888)</sup> Pode, sem dúvida, dizer-se que, em princípio, também têm legitimidade activa todos os titulares dos sinais previstos no art. 189.º do Cód. Prop. Ind., que não autorizaram o titular da marca a incluir nela os seus sinais, pese embora, a lei também, lhes outorgue legitimidade para requerer a anulação da marca (arts. 34.º/2 e 33.º do Cód. Prop. Ind.).

<sup>(889)</sup> Isto é, pelo *titular do direito* de requerer a declaração de caducidade.

Em primeiro lugar, ao invés das declarações de nulidade ou de anulação – que só podem resultar de *declaração judicial* em acção especialmente intentada nos tribunais judiciais, pelo Ministério Público ou por qualquer interessado (art. 34.º/1/2, do Cód. Prop. Ind.) – a declaração de caducidade é *apresentada* no referido Instituto, correndo nele os seus termos (n.ºs 2 e 4 do art. 36.º do aludido diploma)<sup>(890)</sup>. Quer isto dizer que a declaração de caducidade, não carecendo de declaração judicial para ser eficaz, é de *conhecimento provocado*, mediante o desencadeamento, pelos interessados, de um procedimento administrativo, que se desenvolve no *Instituto*, com contraditório assegurado e que culmina num *acto final*, pelo qual o Instituto decide, ou não, pela declaração de caducidade (n.ºs 5 e 6 do art. 36.º, do referido código).

Em segundo lugar, mal se vê que o referido *Instituto* tenha uma *interesse directo* em desencadear oficiosamente o procedimento tendente à declaração de caducidade por falta de *uso sério* da marca, a não ser que se entendesse – o que não parece ser o caso – que a Administração, através da acção do *Instituto*, tivesse um interesse, digno de tutela, qual fosse a *remoção* ou a *limpeza* de registos que se tivessem mostrado inúteis, por que *inactivos*, no mercado. Só que é bem de ver que este *interesse* não pode ser elevado à categoria de interesse público, digno de tutela, para o efeito em análise. É que, a partir do momento em que o *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*, por mor do controlo e observância dos requisitos de que depende a concessão do registo de marcas, admite o registo de uma marca, passa a vigorar a presunção de que a marca é *nova e distinta* de outra anteriormente registada (art. 204.º do Cód. Prop. Ind.).

<sup>(890)</sup> A lei, aliás, na parte inicial do n.º 2 do art. 36.º, refere-se, explicitamente aos *pedidos* de caducidade.

Assim, havendo a suspeita de alguma causa de *anulabilidade* do registo (arts. 214º e 33º do mesmo código) incumbe aos *interessados* a alegação e prova dessas eventualidades. Um dos *interessados* é, neste particular, o próprio Instituto, na medida em que qualquer das causas de anulabilidade (ou nulidade: art. 32º, idem) do registo é *coetânea* do momento da concessão, que o mesmo é dizer: o registo (e o direito) *nasceu* ferido de um *vício*, de uma invalidade contemporânea daquele momento, à qual vai associado um desvalor originário, que se situa no campo da *formação* do próprio direito sobre o sinal. É, pois, natural que, competindo ao *Instituto* a função de *examinar previamente* (quanto à *licitude, verdade e novidade*, aqui incluída a *capacidade distintiva* e a *especialidade*) os requisitos de admissibilidade do sinal (para o efeito de conceder o registo requerido), lhe deva ser outorgado interesse directo em demandar judicialmente o titular de uma marca registada cuja anulação se pretende ser declarada. Pois não tivesse o Instituto concedido o registo e já não seria preciso remover do mundo do direito uma marca que nem sequer devia ter *nascido*, mas que *nasceu* por falta de diligência ou descuido daquele ente (e de terceiros que, podendo opor-se ao pedido de registo, não o fizeram). Mas, ao invés, já no que toca à *declaração de caducidade* não parece que subsista qualquer *interesse público*, digno de tutela, que leve a outorgar ao Instituto *inquisitoriedade* suficiente para desencadear oficiosamente o respectivo procedimento. De facto, estamos, nesta hipótese, perante um registo *válido*, apto a produzir efeitos jurídicos, mas em relação ao qual se verifica uma circunstância superveniente (a falta de *uso sério* da marca) que impede (ou pode impedir) essa produção (ou impede a continuação da produção de efeitos para que,

naturalmente, o registo válido da marca tende). Ora, esta circunstância<sup>(891)</sup> só é do interesse dos demais agentes económicos que, em princípio, concorram em áreas próximas, mais ou menos remotas, no mercado. Não é do interesse do *Instituto*, a não ser que nos situássemos num qualquer paradigma de dirigismo económico do mercado.

Não deve confundir-se, neste particular, o *princípio do conhecimento oficioso da caducidade* pelo juiz, que vigora em matéria de direitos indisponíveis (art. 333º/1, do Código Civil), com o problema do *impulso procedimental*, estando em causa a caducidade da marca, tendente à sua declaração. A lei parece ter querido outorgar aos *interessados* (à luz do *princípio do dispositivo*) a faculdade de desencadear a declaração de caducidade da marca, através, *prima facie*, de um *procedimento administrativo*, que não mediante um *processo* jurisdicionalizado (e heterocompositivo). É claro que da decisão administrativa sobre a caducidade haverá a possibilidade de recurso (no prazo de três meses a contar da data da publicação do despacho no Bol. da Prop. Ind.) para os tribunais judiciais.

Claro é, igualmente, que não é pensável que, no âmbito de um recurso jurisdicional sobre um despacho do Instituto (que não diga respeito à caducidade da marca), os recorrentes possam levantar a questão da caducidade da marca, porquanto se trata de *matéria nova*, que está para além do *thema decidendum*. A não ser, obviamente, que se entenda constituir matéria do *conhecimento oficioso* do juiz, por que versando sobre *direitos indisponíveis*; o que não parece ser o caso, dado o regime estatuído no nº 7 do art. 36º do Cód. Prop. Ind. (*Se, antes da decisão, ocorrer desistência do pedido, o processo de caducidade extingue-se*), à luz do regime genérico constante do nº 1 do art. 299º do Cód. Proc. Civil.

<sup>(891)</sup> E, bem assim, todas as demais que possam conduzir à caducidade do registo. Todavia, a questão é mais duvidosa quanto à causa de caducidade prevista na alínea b) do nº 1 do art. 36º (falta de pagamento de taxas). É que, a falta de pagamento das taxas devidas à renovação do registo da marca (ainda que se dê a falta de pagamento da sobretaxa, que podia ter sido paga até seis meses a contar do termo de validade do registo) implica a caducidade do mesmo (art. 280º/2, b e 281º/1), sendo que, nesta hipótese, seria absurdo não atribuir poderes ao Instituto para desencadear oficiosamente o procedimento tendente à declaração de caducidade.



Pelo que concerne à alegação e prova da falta de *uso sério* da marca registada, cabe distinguir: se o titular da marca registada, cuja caducidade é requerida, não tiver apresentado, tempestivamente, a *declaração de intenção de uso* (art. 195º/1), cabe tão-só ao requerente alegar e provar essa falta de apresentação, ficando o titular da marca, querendo, com o ónus de demonstrar que *utiliza seriamente* na sua actividade económica (v.g., através de facturas, catálogos, testemunhas, etc.), ou que existe *justo motivo* para a falta de uso dela<sup>(892)</sup>; se o titular da marca tiver junto, intempadamente, a *declaração de intenção de uso*, poderá parecer à primeira vista, que cabe ao requerente a alegação e prova da falta de *uso sério* da marca registada, porquanto tal se apresenta como *facto constitutivo* do seu direito de requerer a declaração de caducidade (art. 342º do Cód. Civil), sendo que, na dúvida sobre a inexistência de *uso sério* do sinal, o pedido deve ser julgado improcedente<sup>(893)</sup>.

Todavia, à falta de expressa previsão na lei – como aliás ocorre na lei francesa sobre marcas (artigo L.714-5, enúltima alínea) e na homónima lei espanhola (art. 53º/a, *ex si* do art. 4º) – crê-se que, nalgumas hipóteses, deve

<sup>(892)</sup> Isto é assim, na medida em que, presumindo a lei, na falta de apresentação da declaração de intenção de uso, que a marca não é usada, se inverte o *onus da prova*, ao abrigo do disposto nos arts. 344º/1 e 350º, ambos do Cód. Civil. Logicamente, o titular da marca pode, também, mostrar que iniciou ou reatou o uso de boa fé da marca nos três meses imediatamente anteriores à introdução do pedido de caducidade. Vale dizer: pode demonstrar que já iniciou ou reatou o *uso sério* da marca, antes da introdução do pedido de caducidade ou que, ainda que o não tenha feito somente nos três meses imediatamente anteriores à introdução do pedido de caducidade, estava de *boa-fé* (isto é, fê-lo, não porque tomou conhecimento de que poderia vir a ser introduzido um pedido de caducidade, mas por razões que se prendem unicamente com a causa da sua actividade económica), conforme decorre dos nºs 8 e 9 do art. 216º do Código de Propriedade Industrial.

<sup>(893)</sup> Assim, em geral, ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, p. 290; ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, 1985, pág. 460.

caber ao titular da marca, cuja caducidade se requer, a demonstração de que a mesma foi (por si ou por outrem, devidamente autorizado) seriamente utilizada. De facto, considerando que se está perante uma *declaração de inexistência de um facto* (isto é, o *uso sério* da marca) traduzida (se como tal for provavelmente verificado) na caducidade do registo da marca do requerido (ou demandado), não repugna aplicar o disposto no nº 1 do art. 343º do Cód. Civil, que consagra uma *inversão do ónus da prova*<sup>(894)</sup><sup>(895)</sup>. Ademais, é intuitivo que demonstrar a *existência* do *uso* da marca é bem mais fácil do que demonstrar a *inexistência* desse facto, para o que será necessário eliminar todas as causas possíveis da sua produção, a não ser que os juízes, temperando este rígido critério, se bastem com o *afastamento relativo* das causas possíveis de eventuais utilizações da marca. Numa palavra: certas hipóteses se devem configurar em que não deve ser ao requerente do pedido de caducidade que incumbe a prova de um *facto negativo* – qual *probatio diabolica* – mas, sim, deve ser o requerido (o titular da marca, contra o qual se pretende ser afirmada a *falta de uso sério*) que deve demonstrar que *utiliza* a marca de modo *sério*, o que, aliás, para ele, acaso isso seja verdade, é fácil fazer através, v.g., de pedidos de encomenda do produto, exame à escrituração mercantil, facturas, actos de promoção e publicitação do produto marcado, etc.

<sup>(894)</sup> Art. 343º/1: *Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.*

<sup>(895)</sup> Ainda no domínio da lei espanhola de marcas de 1929, cfr., no sentido do texto, Acórdão do Tribunal Supremo, de 30/10/1986, in *Actas de Derecho Industrial*, 1987-1988, pág. 342 e segs.; na doutrina, vide, AREAN LALÍN, in *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propriedad Industrial*, nº 4, pág. 31 e segs.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pag. 269; OTERO LASTRES, in *La Ley*, 1987, I, pag. 616 e segs.; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété* cit., pag. 596-597 (que cita no mesmo sentido um Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Bordéus, de 24/3/1980).

Ora, crê-se que esta *inversão do ónus da prova* se dá, sempre que o requerido-titular da marca registada (ou até um terceiro que, com o seu consentimentos, tem poderes para utilizar a marca dele) – alardeia, arroga ou afirma, antes da instauração do pedido, actos de *utilização séria* da marca, cuja inexistência o requerente pretende seja declarada<sup>(896)</sup>. Mister era que esta inversão do ónus da prova tivesse sido – o que não aconteceu – consagrada genericamente no Novo Código da Propriedade Industrial<sup>(897)</sup>.

E, também, se dá, em geral, quando o requerido, titular da marca, cuja caducidade por falta de uso se pede, tiver culposamente impossibilitado a prova do facto (negativo) ao requerente (v.g., tiver destruído a escrituração mercantil ou as facturas que pudessem ser objecto de prova pericial: art. 570º/1 e segs., do Cód. Proc. Civil), conforme estatui o nº 7 do art. 344º do Código Civil.

No que ao *efeitos* da declaração de caducidade diz respeito, a lei prevê a eficácia *ex nunc* dessa declaração, ou seja, a caducidade só produz efeitos, quanto a terceiros, depois de anotada no registo (nº 3 do art. 36º do Cód. Prop. Ind.) – sendo esse facto publicado no Boletim da Propriedade Industrial (art. 287º/1, g, do mesmo diploma) – mesmo que tenha havido recurso da decisão do Instituto para os tribunais judiciais.

A marca cuja caducidade tenha sido declarada desaparece do mundo do direito.

<sup>(896)</sup> Neste sentido, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual...*, cit., pág. 461; também, VAZ SERRA, *Provas (direito probatório material)*, in Bol. Min. Just., ano 110º, pág. 131.

<sup>(897)</sup> Compreende-se, de certo modo, que o não tenha sido, uma vez que sairia *enfraquecido*, na sistemática do código, o regime sancionatório decorrente da falta de apresentação da *declaração de intenção de uso*.

Não haverá, nesta hipótese, lugar à *revalidação* do registo, durante o prazo de um ano a contar da data de publicação do aviso de caducidade (art. 281º/3), porquanto tal faculdade só é extensiva a registos caducos por falta de pagamento de taxas e não a registos caducos por falta de uso sério.

Portanto, só por *nova* concessão pode o ex-titular da marca declarada caduca obter a protecção jurídica daquele outro sinal. E isto, aliás, sem prejuízo de direitos que terceiros tenham, entretanto, obtido. O que, bem se vê, pode inviabilizar a (re)concessão do registo, *que tale*, do sinal declarado caduco por falta de uso.

Pode, no entanto, suceder que, no decurso de um *processo* tendente à declaração de caducidade, o requerido e o requerente *transijam* sobre o objecto da pretensão (art. 1249º do Cód. Civil), pondo fim ao litígio<sup>(898)</sup>. Ora, não raro, poderá suceder que o requerido se comprometa a *renunciar* parcialmente ao registo da marca, justamente, em relação somente a certos produtos para os quais o registo tenha sido concedido, posto que não usados. De resto, a *renúncia* parcial é, neste domínio, válida (art. 37º/2, do Cód. Prop. Ind.).

Há, enfim, certas *circunstâncias impeditivas* que obstaculam a declaração de caducidade da marca por falta de *uso sério*.

Com efeito, a falta de uso é inoperante para efeitos de caducidade sempre que o titular da marca demonstre que *iniciou* ou *reatou* o *uso sério* dela, antes da propositura do pedido de caducidade (nº 8 do art. 216º, do Cód. Prop. Ind.).

<sup>(898)</sup> Ao requerido não é lícito – por que se convença da sua falta de razão quanto ao uso sério da sua marca – na pendência do processo de caducidade, requerer um *novo* registo para os produtos, relativamente aos quais o uso da marca é controvertido. É que, nos termos do art. 184º do Cód. Prop. Ind. (*princípio da unicidade do registo*), à *mesma* marca, *destinada ao mesmo produto ou serviço*, só *pode ter um registo*. Isto é: enquanto a marca não for declarada caduca, não podem os respectivos produtos ou serviços, ser objecto de um novo pedido de registo.

Fixa-se, porém, um *período de suspeição*, com a duração de três meses, adentro do qual é relevante (ou pode, virtualmente, sê-lo) a circunstância de haver início ou reinício do uso da marca. Neste sentido, prescreve-se no nº 9 do art. 216º que *o início ou o reatamento do uso nos três meses imediatamente anteriores à introdução do pedido de caducidade (...) não será, contudo, tomado em consideração se as diligências para o início ou reatamento do uso só ocorrerem depois de o titular tomar conhecimento de que pode vir a ser introduzido um pedido de caducidade*. Quer isto dizer que a lei considera o início ou reatamento do uso feito durante esse prazo como *facto irrelevante*, que não impede a declaração de caducidade (a provarem-se os demais requisitos de que ela depende). Trata-se, pois, de uma fronteira temporal, aí onde a lei releva a *má-fé* do titular da marca. Note-se, porém, que a lei não exige que o início ou o reatamento da marca seja feito com a *intenção de prejudicar* o(s) futuro(s) requerente(s) ou com a *consciência do prejuízo*, pois que se contenta com o mero *conhecimento*, por parte do titular, de que pode vir a ser introduzido, por outrem, um pedido de caducidade. A lei basta-se, por conseguinte, com o conceito psicológico de *conhecimento* da possibilidade de instauração, contra o titular da marca, de pedidos de caducidade. Crê-se, porém, que é mister temperar este *conceito psicológico* do conhecimento com uma nota *objectiva*, a saber: não é *qualquer* conhecimento sobre uma actuação futura de outrem que torna irrelevante o início ou reatamento do uso nesses três meses imediatamente anteriores à introdução do pedido de caducidade; é preciso que seja legítimo, razoável, em face das circunstâncias do caso e à luz das *normas e usos honestos* daquele ramo de actividade económica, que, na determinação da vontade de iniciar ou reatar o uso da marca, tenha sido decisivo ou, pelo menos,

relevante o conhecimento de que podia vir a ser introduzido um pedido de caducidade<sup>(899)</sup><sup>(900)</sup>. Pode, por exemplo, dar-se o caso de o titular, por circunstâncias do mercado, tendo estado, quanto à marca em causa, *inactivo*, há já cinco anos, concluir um negócio que o obrigue reiteradamente a fabricar ou comercializar os produtos com essa marca, apesar de nesse *período de suspeição* ter chegado ao seu conhecimento a notícia de que pode vir a ser introduzido o referido pedido. Se assim não se entender, tudo se passa como se, na prática, a 2ª parte do nº 9 do art. 216º do Cód. Prop. Ind., tivesse consagrado uma presunção *iure et de iure* de *má-fé* do titular da marca.

Dito isto, pode, pois, concluir-se que a falta de *uso sério* da marca, sem *justo motivo*, durante cinco anos consecutivos não acarreta, inexoravelmente, a declaração de caducidade do registo. Ao invés, o titular da marca registada deste jaez pode *sanar* a presuntiva inevitabilidade da declaração de caducidade, se iniciar ou reatar o uso dela, em Portugal, antes de ser introduzido o pedido de caducidade<sup>(901)</sup>. Os actos por que se materializa o *uso sério* ou o *reinício do uso sério* traduzem-se, obviamente, no mesmo tipo de actos dos atrás

<sup>(899)</sup> Assim, apesar de o titular ter tomado conhecimento de que pode vir a ser introduzido um pedido de caducidade, o início ou reatamento do uso da marca pode dever-se a outras circunstâncias, na medida em que se entenda objectivamente que esse conhecimento não deva ter, no titular, a *ressonância ética*, do ponto de vista psicológico, que o leve a motivar-se em termos de *também* por causa disso, iniciar ou reatar o uso da marca.

<sup>(900)</sup> O problema pode, nem sequer, chegar a ser levantado se as diligências para o início ou reatamento do uso, ocorridas neste *período de suspeição* nada tiverem a ver com o inexistente conhecimento de que pode vir a ser introduzido o pedido de caducidade. De facto, não havendo esse *conhecimento* o início ou reatamento do uso sério da marca é sempre *facto impeditivo* se ocorrer *antes* da introdução do pedido de caducidade.

<sup>(901)</sup> No mesmo sentido vai a alínea a) do nº 1 do art. 50º da Regulamento sobre a marca comunitária. Com uma diferença: a caducidade do registo pode dar-se na sequência de pedido reconvençional em acção de contrafacção de marca; além de que se consagra um *período de suspeição* que abarca os três meses anteriores à apresentação do referido pedido reconvençional.

analisados, para o efeito do cumprimento do dever legal de *uso sério* das marcas registadas. Por este motivo não relevam as medidas simplesmente *preparatórias* que não cheguem a plasmar um verdadeiro *uso sério*, porquanto, para beneficiar da *sanatio* legalmente prevista, no n.º 8 do art. 216.º do Cód. Prop. Ind., o titular terá que complementar essas diligências ou medidas preparatórias, ao menos, com a promoção publicitária da marca.

Não se olvide, porém, que as medidas preparatórias tendentes ao início ou reatamento do uso são relevantes, como se viu, no período de *suspeição* consignado no n.º 9 do art. 216.º, do mesmo código.

#### ii) Obrigação de pagamento de taxas

Em contrapartida dos actos de concessão do registo de marcas e, bem assim, das suas *renovações* e *revalidações*, são devidas certas quantias, que a lei designa por *taxas*<sup>(902)</sup> e que estão fixadas por Portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Indústria e Energia, constituindo receitas próprias do *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*.

Não se devem confundir estas *taxas* com as despesas decorrentes da realização de *vistorias*, de *conhecimento provocado*, que se incluem na *fase instrutória* de qualquer dos procedimentos administrativos – maxime, o de concessão de registos – que têm lugar no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (cfr., arts. 20.º, maxime n.ºs 3 e 5 e 283.º/3, do Cód. Prop. Ind.).

Quanto aos *meios de pagamento*, abandonou-se o tradicional meio de pagamento através da inutilização de

<sup>(902)</sup> Cfr., art. 278.º do novo código, que corresponde ao art. 255.º do Cód. Prop. Ind. de 1940.

estampilhas fiscais, coladas nos requerimentos em que se solicitava a prática dos actos que lhes dava origem. Doramente, as taxas são pagas através de numerário, cheque ou vale de correio (art. 279.º/1, do Cód. Prop. Ind.)<sup>(903)</sup>.

Pelo que concerne à *tempestividade* do respectivo pagamento, as taxas relativas à fruição do registo de marca devem ser pagas juntamente com as taxas devidas pela concessão desse registo, após a data da concessão e até ao prazo máximo de seis meses a contar da data de publicação dessa concessão no *Boletim da Propriedade Industrial*. Já as taxas relativas à *renovação* do registo da marca devem ser pagas durante os últimos seis meses do seu prazo de validade (art. 280.º/2, a, b, do mesmo código)<sup>(904)</sup>. A lei permite, todavia, o *retardamento* – a envolver a mora e os efeitos sancionatórios daí decorrentes – do pagamento, pois que aquelas taxas podem ainda ser pagas, com *sobretaxa*, durante os seis meses subsequentes ao termo de validade do registo de marca, sob pena de caducidade (arts. 281.º/1 e 36.º/1, b, do aludido código).

Quer isto, entre outras coisas dizer, que a falta de pagamento das taxas concernentes à *renovação* dos registos de marcas não impede essa renovação. Todavia, se não forem pagas no prazo máximo de seis meses, a contar do termo de validade do *registo renovado*, tal implica a *caducidade* do *novo* registo (que, como sabemos, tem um conteúdo e extensão idêntico ao do registo anterior, do qual depende jurídico-geneticamente).

Mas, a falta de pagamento das taxas que devam ser pagas com as do respectivo registo até ao prazo máximo de seis meses a

<sup>(903)</sup> É preciso, no entanto, dizer que o abandono daquele meio de pagamento se deu ainda na vigência do Cód. Prop. Ind. de 1940, por força da nova dada pelo DL n.º 27/84, de 18-1 ao art. 256.º daquele código.

<sup>(904)</sup> Parece que nada obsta ao pagamento antecipado, se tal for aceite pelo Instituto, com o que isso implica em termos de *perda do benefício do prazo*, a não ser que o processamento antecipado dessas importâncias, por que sujeito às regras da contabilidade pública aplicáveis ao Instituto, não seja possível. Vide, neste sentido, o § único do art. 257.º do Cód. Prop. Ind. de 1940.

contar da data de publicação dessa concessão no Bol. Prop. Ind., parece que impede a *renovação* do registo, se a caducidade não tiver, entretanto, já sido declarada.

Uma vez declarada a caducidade do registo da marca por falta de pagamento de taxas, pode requerer-se a sua *revalidação*, durante o prazo de um ano a contar da data de publicação do aviso de caducidade (art. 281º/3, do referido código), mas sem prejuízo de direitos que terceiros tenham, entretanto, obtido sobre esse sinal, que se transformara em *res nullius*. Só que essa *revalidação* apenas será *autorizada* contra o pagamento do *triplo* das taxas em dívida (art. 281º/4, *idem*).

Apesar de os termos dos prazos de pagamento da *renovação* e/ou *revalidação* do registo de marcas serem, por parte do *Instituto*, pontualmente recordados aos respectivos titulares com a antecedência julgada conveniente, estes não se podem prevalecer da falta de aviso como justificação da falta de pagamento das quantias em que essas taxas se traduzem, conforme o disposto nos nºs 2 e 3 do art. 9º<sup>(905)</sup> do Código da Propriedade Industrial.

Acresce que, a recusa de registos de marca não acarreta, hoje<sup>(906)</sup>, a restituição das taxas que tenham sido legalmente exigidas, pois que, tão-só são devolvidas as que se reconhecer terem sido pagas indevidamente (art. 283º/1/2, do mesmo código).

Várias situações se figuram em que, em geral, o direito sobre a marca é objecto de controvérsia, podendo até suceder

<sup>(905)</sup> Corresponde *lato sensu* ao preceituado no art. 254º do Cód. Prop. Ind. de 1940.

<sup>(906)</sup> Cfr., o regime diverso previsto no art. 258º, § 1 e 2, do Cód. Prop. Ind. de 1940, na redacção que perdurou até 1983, quando, de resto se alterou a redacção daquele preceito por força do DL nº 27/84, de 18-1. O Novo Cód. Prop. Ind. manteve, portanto, o regime que, neste particular, já se acolhia no anterior código, após 1984.

sem que tenha sido feito o registo, nenhuma *protecção específica* goza o utilizador da marca<sup>(924)</sup>. O que não quer dizer – como se verá a seguir – que não lhe aproveita nenhuma *protecção genérica*.

iiii) Com efeito, e por último, o titular da *marca livre* (não registada)<sup>(925)</sup>, que tenha deixado transcorrer o referido prazo de seis meses, pode socorrer-se do disposto na alínea d) do nº 1 do art. 25º do Novo Cód. Prop. Ind.<sup>(926)</sup>, que autoriza a recusa do registo de marca, se se reconhecer que o requerente pretende fazer concorrência desleal ao titular da *marca livre* ou que esta é possível independentemente da sua *intenção*. Note-se que esta disposição nada tem a ver com a tutela específica do direito de propriedade sobre a marca, porquanto esse direito inexistente. Protege-se, sim, *integrativa* ou *subsidiariamente*, os produtos ou os serviços do titular desta *marca livre* contra actos traduzidos em pedidos de registo de marcas susceptíveis de criar confusão com aqueles e com o crédito daquele titular. No fundo, uma protecção contra actos de *parasitismo*, como tal, *contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica* (art. 260º do Cód. Prop. Ind.). Ainda que o titular da *marca livre* não tenha qualquer direito *específico* sobre o sinal, a lei dá-lhe o poder de se opôr ao *pedido de registo* de marca idêntica, realizado por outrem, enquanto *meio preventivo de concorrência desleal*. Ponto é que prove que a concessão, a dar-se, irá, presumivelmente, propiciar um *desvio de clientela da sua empresa*<sup>(927)</sup>.

<sup>(924)</sup> Nestes termos, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 337.

<sup>(925)</sup> Ou o titular de um registo que já caducou, por uma qualquer razão que não seja a falta de uso do sinal.

<sup>(926)</sup> Que corresponde ao § 4 do art. 187º do Cód. Prop. Ind. de 1940.

<sup>(927)</sup> Assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 337-338.

Ou seja, é preciso que se alegue e prove um *dano*, contrariamente ao que seria necessário alegar e provar se se fosse titular do direito de propriedade sobre a marca: não seria, neste caso, necessário provar o dano, mas tão-só a violação do exclusivismo que decorreria do direito de propriedade sobre o sinal.

É claro que a lei facilita a prova de *intenção* (do dolo) efectiva de se fazer concorrência desleal no futuro, ao afirmar que o registo pode ser recusado, uma vez que se reconheça que a concorrência desleal é possível independentemente da intenção do requerente do registo. É, pois, fundamento de oposição ao registo a mera possibilidade objectiva de concorrência desleal.

Se o titular da marca livre não se opuser ao pedido de registo de marca idêntica – ou, apesar de se ter oposto, não lograr provar os pressupostos do art. 25º/1, d, do Cód. Prop. Ind. – vindo ele a ser concedido, já não faz sentido invocar-se a concorrência desleal, porquanto a concessão do registo *deu* a propriedade e o uso exclusivo da marca a outrem, que não ao titular da marca livre. Ele fica, isso sim, impedido de, doravante, a registar, para os mesmos produtos e serviços (ou idênticos e afins), podendo mesmo vir a ser proibido, para o futuro, de a continuar a usar<sup>(928)</sup>.

### 7. A marca do agente ou representante

É sabido que, quando uma empresa estrangeira faz contactos no sentido de introduzir os seus produtos ou serviços num outro país, o eventual representante, agente,

<sup>(928)</sup> FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 339; AcRP, de 21/1/1993 (CARLOS MATIAS), in Col. Jur., 1993, t. I, pág. 211; AcSTJ, de 1/6/1994 (MÁRIO CANCELA), in Col. Jur., Ano II (1994), t. II, pág. 124 e segs..

concessionário ou distribuidor, *hoc sensu*, pretende, não raro, neste país, registar, em seu nome, a marca cuja titularidade pertence à empresa cujos produtos ou serviços são objecto daquelas negociações preliminares. Desta forma, uma vez registada aquela marca em seu nome, o futuro agente ou distribuidor pensará negociar com a empresa estrangeira condições contratuais mais favoráveis, que outro titular de marca registada noutro país não estaria disposto a anuir. Salta à vista que, nestas e noutras hipóteses, o agente ou representante apropria-se indevidamente da marca da empresa estrangeira, com a qual havia iniciado negociações, ou havia mesmo concluído o negócio. Para obviar a estas situações abusivas, foi introduzido, no Acordo de Lisboa, de 1958, o art. 6º – septies na Convenção da União de Paris, em cujo § 1 se estabelece que: *Se o agente ou representante do titular de uma marca num dos países da União pedir, sem autorização deste titular, o registo desta marca em seu próprio nome, num ou em vários destes países, terá o titular direito de se opor ao registo pedido ou de requerer a anulação ou, se a lei do país o permitir, a transmissão em seu benefício do referido registo, a menos que este agente ou representante justifique o seu procedimento*<sup>(929)</sup>.

O art. 169º e a alínea c) do nº 1 do art. 182º, ambos do Cód. Prop. Ind., incorporam no ordenamento português o normativo do art. 6º – septies da Convenção da União de Paris. Neste último dispõe-se que o agente ou representante deve juntar, no requerimento onde solicite o registo, uma autorização do titular da marca estrangeira; naquele outro afirma-se, expressamente, que o agente ou representante do titular de uma marca num dos países

<sup>(929)</sup> O § 2 do art. 6º – septies da mesma Convenção, estabelece, no mais, que o titular da marca terá o direito de se opor ao uso da sua marca pelo agente ou representante, se não tiver autorizado esse uso.

da União pode pedir o seu registo em Portugal, mas só mediante autorização do mesmo titular.

Vem daqui que este titular, além de poder opôr-se ao pedido de registo (art. 188º/1, c), efectuado pelo *agente* ou *representante*, é-lhe lícito peticionar a sua *anulação* – se já *concedido* –, nos termos do art. 214º/1, b, do Cód. Prop. Ind. ou, em alternativa, *reivindicar* essa marca. Ou seja: em vez de pedir a anulação dessa marca, pode solicitar, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a transmissão do direito já formado a seu favor (nº 3 do art. 214º do mesmo diploma). Dá-se, aqui, uma sub-rogação pessoal no direito de propriedade sobre a marca.

Questão não menos importante é dilucidar o sentido e o alcance das expressões *agente* e *representante*.

Creemos que uma e outra devem ser interpretadas num sentido amplo<sup>(930)</sup>: como *agente* ou *representante* há-de entender-se qualquer pessoa física ou colectiva que celebra com o titular (unionista) da marca um contrato de distribuição (exclusiva ou não exclusiva) ou de concessão comercial; assim como qualquer pessoa que inicia contactos ou negociações tendentes a estabelecer, por uma qualquer forma jurídica, um sistema de distribuição ou comercialização (ou, até, de fabricação) dos produtos (ou serviços) marcados por aquele outro. Irrelevante é, destarte, o *nome iuris* do contrato (v.g., venda, depósito, comissão mercantil, mandato mercantil, agência, mediação, concessão, etc.) e/ou a respectiva estrutura (v.g., contrato misto que reuna elementos da compra e venda, agência e prestação de serviços; coligação negocial, etc.). Decisivo é que, através desse negócio jurídico ou das negociações preliminares

<sup>(930)</sup> Neste sentido, cfr., entre outros, LADAS, *Patents, Trademarks and Related Rights. National and International Protection*, Cambridge (Harvard University Press), 1975, vol. II, § 685, pág. 1265.

*prestígio* são uma e a mesma realidade. A resposta é, segundo cremos e paradoxalmente, afirmativa e negativa.

Há, desde logo, diferenças *qualitativas* que se prendem com o diverso *valor simbólico* que intercorre entre umas e outras: as *marcas célebres* ou de *reputação excepcional* são dotadas de um forte valor simbólico (e iconográfico), capaz de inverter os termos por que, normalmente, se opera a função distintiva das marcas. Ou seja: a *reputação excepcional* é susceptível de tornar *afins* para os olhos do consumidor produtos que na realidade não o são. Em vez de nos quedarmos perante um sinal que, pura e simplesmente, indica a proveniência do produto, as marcas deste jaez transformam-se num símbolo de uma coisa que é capaz de exprimir e de transmitir, depois de ser aposta nos respectivos produtos ou serviços, um denominador comum, que, no mercado, assume o significado de, através delas, aos olhos do consumidor, existir uma qualquer conexão ou ligação de fontes produtivos ou de comercialização. Portanto, nas *marcas célebres*, o sinal não vai só associado a um produto ou conjunto de produtos afins, pois que ela assume um valor *a se stante*, autónomo, cuja utilização em sectores merceológicos diversos corresponde às expectativas do público, transformando-a, destarte, no máximo *colector de clientela* e de manutenção garantia de qualidade, em termos de o público orientar as suas preferências por produtos – ainda que não idênticos ou afins – assinalados por ela. De resto, como já se viu<sup>(912)</sup>, são vários os índices por meio dos quais o intérprete pode reputar uma marca como sendo de *reputação excepcional*; aqui onde, cabe salientá-lo, não é, de modo nenhum decisivo a reputação que o sinal tenha adquirido por força de campanhas publicitárias, sob pena, aqui sim, de se privilegiar, injustificadamente, as empresas

<sup>(912)</sup> Cfr., supra, pág. 620 e segs.

de maior dimensão e/ou as que à custa de grossos recursos, promovem e publicitam, em larga escala, o sinal.

Já, ao invés, na marca *simplesmente* notória, a *reputação* ou *celebridade* – entendida no sentido de valoração positiva – inere ao próprio produto ou serviço para que o sinal foi registado: a marca não tem, *de per se*, nenhuma função outra, a não ser aquela que é própria do sinal distintivo deste tipo, qual seja a de assegurar ao consumidor que adquire um produto ou serviço do mesmo género daqueles que transportam aquela marca, garantindo-lhe, igualmente, a qualidade constante que ele (consumidor) já experimentou por ocasião de anteriores aquisições desse produto.

Mas, por outro lado, as marcas de *reputação excepcional*, *célebres* ou de *grande prestígio* são, também, *marcas notórias*, ou melhor, são marcas a que se adscrive uma *notoriedade qualificada* ou *super-notoriedade*. Ao, invés, nem todas as *marcas notórias* – *rectius*, só uma pequeníssima percentagem delas – são, ou podem vir a ser *marcas de reputação excepcional*. Tudo depende, pois, das realidades e dos interesses por cujo respeito se criou, tanto as *marcas notórias*, como as *marcas de reputação excepcional*.

Assim, a diferença está em que, enquanto as marcas de *reputação excepcional* se ligam à necessidade de proteger o sinal para além do *círculo de proibição* criado pelo *princípio da especialidade* (protecção ultramerceológica), as *marcas notórias* relacionam-se com o princípio do *efeito atributivo* (ou constitutivo) do registo de marcas, que é dizer: há uma excepção a esse princípio. Dito de outra maneira: o problema das marcas de *reputação excepcional* está em causa a extensão da protecção do direito *já registado* a produtos ou serviços diferentes relativamente àqueles para

que o registo foi concedido, como forma de reprimir comportamentos de terceiros considerados ilícitos e contrários aos usos leais do comércio<sup>(913)</sup>; no problema da *marca notória* está em causa um certo *facto* – isto é, ser a marca não registada em Portugal notoriamente conhecida, entre nós, para identificar só certo produto ou serviço – que excepiona, para alguns efeitos, o princípio de que só a marca registada em Portugal goza, aqui, de protecção jurídica.

Daqui decorrem algumas consequências, a saber:

- as marcas de *reputação excepcional*, não registadas em Portugal, podem lançar mão da protecção consignada no art. 190º, do Cód. Prop. Ind.<sup>(914)</sup>;
- às *marcas notoriamente conhecidas* em Portugal, quer estejam ou não registadas entre nós, não aproveita o disposto no art. 191º, do mesmo código;
- só as marcas de *reputação excepcional*, já registada em Portugal, aproveita a protecção ultramerceológica decorrente do art. 191º, *idem*<sup>(915)</sup>.

<sup>(913)</sup> Aceita-se, portanto, no domínio do novo código, que a influência do direito da concorrência (desleal) no domínio específico direito sobre a marca decorre da ilicitude plasmada no prejuízo, sem justo motivo, do interesse dos empresários concorrentes em gozarem, sem serem perturbados, os frutos dos seus investimentos (v.g., produtivos, publicitários) e da sua capacidade de gestão. Não está, por isso, tanto em causa proteger o consumidor contra possíveis enganos, decorrentes de comportamentos dos empresários, susceptíveis de induzir em erro sobre a natureza, a qualidade ou a proveniência dos produtos ou serviços. Adoptou-se, com efeito, no art. 191º do Cód. Prop. Ind. a concepção germânica (*garantística*) no que toca à função da concorrência desleal. Cfr., CUONZO, *Der Schutz der berühmten Marken in der neuen italienischen Rechtsprechung*, in GRUR int., 1988, pág. 490; ROTONDI, *Diritto Industriale*, cit., pág. 498 e segs. Porém, no art. 213º, no que concerne aos direitos do licenciante da marca em face do licenciado, detecta-se a influência daquela primeira concepção.

<sup>(914)</sup> Decisivo neste sentido é o teor literal da parte inicial do art. 191º: *Sem prejuízo do disposto no artigo anterior...*

<sup>(915)</sup> Decisiva é, também aqui, a expressão: *semelhante a uma marca anterior que goze...* É óbvio que o titular de uma marca de *reputação excepcional*, não registada em Portugal, pode reagir contra imitadores ou usurpadores do seu sinal, que actuem noutros sectores de actividade, mediante a tutela da concorrência desleal, provados os respectivos pressupostos específicos. Isto é, uma tutela diferenciada, que já nada tem a ver com a tutela que a lei especificamente assinala à marca registada.



Afinal, a *marca notória* coloca uma questão que se analisa ao redor do sistema de *registo* das marcas. A marca de *reputação excepcional* (de *grande prestígio, célebre, renomada*, etc.) coloca problemas de protecção da marca registada, relativamente a produtos ou serviços para o quais não foi requerido o registo: no fundo, questões atinentes ao *princípio da especialidade* – ou melhor, às excepções desse princípio.

Dito isto, está ainda em aberto o problema de saber qual o conceito de *marca notória* que se adopta.

Neste particular, a doutrina, há muito dominante<sup>(916)</sup>, vem entendendo que a *marca notoriamente conhecida* é aquela que alcançou conhecimento geral no específico sector de actividade a que diga respeito (em termos de, nesse sector, a mera enunciação da marca seja, logo, associada ao produto ou serviço correspondente), isto é, no círculo de produtores, fabricantes, distribuidores, armazenistas ou no meio dos consumidores mais em contacto com o produto (ou serviço) a que a marca concerne, isto é, nos *meios interessados*<sup>(917)</sup> ou no *círculo dos interessados*. Decerto que a notoriedade da marca há-de ter, por via de regra, a sua génese no uso que dela se faça, que não, note-se, um uso meramente *publicitário*, antes, sim, um uso que se traduza na venda, na prestação e na promoção dos correspondentes produtos e serviços. Mas é preciso que o uso da marca acarrete uma consequência: que ela seja reconhecida, no mercado, como o sinal que indica a origem empresarial do

<sup>(916)</sup> Cfr., por todos, PINTO COELHO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 84º, pág. 164; *idem*, *ivi*, ano 89º, pág. 23; FERNÁNDEZ NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 34 e segs; FERNÁNDEZ NÓVOA, est. cit., in Revista de Derecho Mercantil, 1969, pág. 169 e segs, 174 e segs.

<sup>(917)</sup> Também assim, AcRP, de 21/1/93 (CARLOS MATIAS), in Col. Jur., 1993, t. I, pág. 209 (*Para que a marca se qualifique como notoriamente conhecida, basta que se tenha divulgado de modo particular no círculo de pessoas que é uso designar por meios interessados*).

produto ou do serviço. Só que, para além do uso, a notoriedade está dependente de um outro facto: que os *meios interessados* – isto é, aquele concreto *auditório* de público que entra, na actividade económica, em contacto com a marca – identifiquem a marca como o sinal que distingue os produtos e serviços por causa (ou em atenção) da sua origem empresarial.

O *cidadão estrangeiro*, titular de marca deste jaez não carece, portanto, de demonstrar que o sinal – apesar de não estar registado em Portugal – é reconhecido por parte de todo o público dos consumidores (finais ou intermédios). Mister é, como se viu, que a marca goze de notoriedade no mercado a que os produtos e serviços assinalados dizem respeito. E o *mercado relevante* é, a este propósito, o mercado português. Todavia, não é preciso que o uso gerador da notoriedade deva ocorrer, principalmente, em território português, porquanto (e para mais no actual *mercado interior* da União Europeia gerador de interdependências) uma marca pode ser notoriamente conhecida entre nós, a despeito quer de os contratos de compra e venda terem sido concluídos à distância, encontrando-se a mercadoria noutro país, quer de a publicidade ter sido efectuada em outros país e ser aí difundida (v.g., por televisão apoiada por satélite).

Acresce que, para além de ter de se demonstrar a notoriedade da marca, o titular (de facto, em Portugal) dela deve provar que ocorre identidade ou similitude entre os produtos e serviços que ela assinala em face dos produtos ou serviços identificados pela outra marca, cujo registo se pretende ver anulado (se já concedido) ou recusado (se já requerido). E, ainda, deve ele provar que esta última marca é confundível com a marca notória, seja porque pode induzir facilmente o consumidor em erro ou confusão, seja porque pode compreender um risco de associação com a

marca notória, de forma a que o consumidor não possa distinguir as duas marcas senão depois de exame atento ou confronto.

ii) O segundo caso contem-se no art. 170º do Código da Propriedade Industrial<sup>(918)</sup>. Esta excepção ao princípio do *efeito atributivo* (ou constitutivo) do registo da marca outorga ao cidadão de um país da União de Paris, que tenha pedido o registo de uma marca em qualquer destes países (ou em qualquer organismo intergovernamental com competência para registar marcas que produzam efeitos em qualquer dos países da União), um *direito de prioridade*, durante seis meses, a contar da apresentação do pedido, para requerer o registo da marca em Portugal. Contudo, esta *prioridade* cede, naturalmente, perante direitos adquiridos em Portugal, sobre marca semelhante, em data anterior (ou seja, antes do dia da apresentação do primeiro pedido que serve de base ao direito de prioridade).

Por força deste direito de prioridade unionista (que constitui uma das traves mestras do regime jurídico da *Convenção da União de Paris*) dá-se a possibilidade de os interessados requererem registos de marcas sucessivamente em qualquer dos países da União. Temos, pois, que se estabelece um prazo (seis meses) dentro do qual o requerente de uma marca, num destes países, pode apresentar o mesmo pedido nos restantes países da União (incluindo Portugal), sem que os posteriores pedidos sejam afectados por eventuais pedidos de registo do mesmo sinal por parte de terceiros. Destarte, o direito de prioridade aqui analisado ou torga ao requerente uma *imunidade*, temporalmente limitada, perante pedidos de outrem, relativamente ao mesmo sinal, apresentados durante esse prazo.

<sup>(918)</sup> Cfr., também, art. 4º da Convenção da União de Paris. Conquanto este preceito só fale das marcas de produtos, a verdade é que o requerente de uma *marca de serviços* pode, igualmente, invocar a *prioridade unionista*.

O prazo de seis meses inicia-se no dia em que seja apresentado *regularmente* o primeiro pedido de registo num dos países da União. O nº 3 do art. 4º/A da Convenção da União de Paris clarifica o que se deve entender por *pedido nacional regular*, dizendo que *é todo aquele efectuado em condições de estabelecer a data em que o mesmo foi apresentado no país em causa, independentemente de tudo o que ulteriormente possa, de algum modo, vir a afectá-lo*<sup>(919)</sup>.

A *regularidade* de um pedido de registo de marca é aferida à luz da lei interna de cada país da União ou de tratados bilaterais ou multilaterais celebrados entre aqueles países (no 2 do art. 170º). Quer isto significar que para o nascimento de um direito de prioridade, decorrente de um pedido de registo de marca feito em Portugal (com o fim de se reivindicar o direito de prioridade em Espanha), é mister apresentar (em Espanha) os documentos previstos no art. 182º/1 e os elementos consignados no art. 181º, ambos do Código da Propriedade Industrial. Ao invés, para se reivindicar, em Portugal, o *direito de prioridade* unionista, decorrente de um primeiro pedido efectuado em Espanha devem juntar-se os documentos previstos no § 2 do art. 20º da *Ley de Marcas*, de 1988<sup>(920)</sup>.

A reivindicação deste direito de prioridade deve fazer-se perante o *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*, mediante uma solicitação que indique a data em que foi apresentado o pedido no país de origem (ou no organismo intergovernamental competente)<sup>(921)</sup>, podendo o *Instituto* exigir a junção, em prazo razoável, da cópia, devidamente autenticada deste pedido, que certifique da

<sup>(919)</sup> No nº 3 do art. 170º, do Cód. Prop. Ind., repete-se, inutilmente, esta definição.

<sup>(920)</sup> Todavia, como preceitua o nº 2 do art. 182º, *a falta dos requisitos referidos nas alíneas c) e h)* (do nº 1 do mesmo artigo) *não obsta à relevância do requerimento para efeito de prioridade*.

<sup>(921)</sup> Cfr., nº 3 do art. 170º, do mesmo diploma.

data da apresentação daquele pedido e, se fôr cado disso, uma tradução<sup>(922)</sup>. Esta cópia (autenticada pelo organismo governamental ou intergovernamental onde tenha sido efectuado o pedido que dá origem ao direito de prioridade)<sup>(923)</sup> e, bem assim, aquele certificado e/ou a tradução do pedido, devem apresentar-se até ao decurso do prazo de três meses sobre a data da apresentação do pedido em Portugal (apesar de o *Instituto*, após essa apresentação, ter, eventual e imediatamente, solicitado a apresentação desses documentos), sob pena de o requerente perder, em Portugal, o direito de prioridade reivindicado (art. 13º do Cód. Prop. Ind.). Se isto acontecer, a prioridade de registo em Portugal contar-se-à, que não a partir da data de apresentação do pedido no país de origem, mas atendendo ao dia e hora em que tiver sido apresentado em Portugal (art. 11º/1/6, *idem*). Não se previu, ao invés do que, hoje, consta do regime da marca comunitária (e do regime de algumas marcas nacionais: v.g., em Espanha), a possibilidade de o *direito de prioridade* decorrer da mera apresentação do produto ou serviço, numa exposição internacional oficial, sob a marca depositada [art. 33º do Reg. (CEE) nº 40/94].

iii) O terceiro caso está previsto no art. 171º do Cód. Prop. Ind.. E confere ele um *direito de prioridade*, durante seis meses, para efectuar o registo, a favor daquele que usar, durante esse prazo, *marca livre*, ou não registada.

O uso da marca só outorga ao seu utilizador o *direito de prioridade* para o seu registo. E, tão-só, durante esses meses que se começam a contar a partir do primeiro acto de *uso sério* dela. Sendo assim, uma vez decorrido esse prazo,

<sup>922)</sup> Vide nº 1 do art. 12º, *idem*.

<sup>923)</sup> Mas que não carece de *legalização*, o que é uma excepção ao regime previsto no art. 540º o Cód. Proc. Civil (art. 12º/3, do Cód. Prop. Ind.).

que se venha a encontrar numa situação de *indisponibilidade relativa*. Não seria razoável exigir sem mais do titular, cujo direito é objecto de disputa (tendente à anulação, declaração de caducidade, cessação do uso por ofensa à leal concorrência) ou está sujeito a uma medida judicial, que acarreta a diminuição da livre disponibilidade sobre o sinal (penhora, arresto) – incluindo os frutos civis deste (royalties, provenientes de contratos de *licença* de exploração) – o pagamento das taxas periódicas que se fossem vencendo. Por isso que se preceitua, no nº 1 do art. 284º do Código da Propriedade Industrial que, *enquanto pender acção em juízo sobre algum direito de propriedade industrial ou não for levantado o arresto ou a penhora que sobre o mesmo recair, não se declarará caduca a respectiva patente, depósito ou registo, por falta de pagamento de taxas periódicas que se forem vencendo*. Todavia, uma vez transitada em julgado a acção ou levantado o arresto ou penhora – atento o dever *ex officio* do juiz, de comunicar estas eventualidade ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – todas as taxas em dívida devem ser pagas (sob pena de o direito sobre a marca ser declarado caduco) no limite, durante o prazo de um ano, a contar da data de publicação daquelas decisões no *Boletim da Propriedade Industrial* [art. 284º/2/3, b e nº 4, *ibidem*].

## 6. A tutela da marca não registada

Apesar de a concessão registo da marca ser condição *sine qua non* para que ela exista, *qua tale*, no mundo do direito e possa ser objecto de um gozo absoluto e exclusivo, em regra, adentro do seu *círculo de proibição*, ditado pelo princípio da especialidade, há certos casos em que ao

titular de marca não registada é outorgado um determinado conjunto de faculdade, parcialmente coincidentes com as que são mobilizáveis pelos titulares de marcas registadas.

i) O primeiro caso resulta do regime da *chamada marca notória*.

Assim, se for apresentado, no *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*, um pedido de registo de uma marca, ou ainda que ele já tenha sido concedido, este pode vir a ser *recusado* ou *anulado* (se já concedido), a pedido de uma pessoa física ou colectiva estrangeira, ou com sede em outro país da União de Paris, com fundamento em confundibilidade da marca *requerida* ou já *concedida* com outra, ainda não registada em Portugal, pertencente àquelas pessoas, mas que seja *notoriamente conhecida* em Portugal e aqui seja aplicada a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes.

De facto, como preceitua o n.º 1 do art. 190.º do Novo Cód. Prop. Ind., *será recusado o registo de marca que, no todo ou em parte essencial, constitua, reprodução, imitação ou tradução de outra notoriamente conhecida em Portugal, como pertencente a nacional de qualquer país da União, se for aplicada a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes e com ela possa confundir-se.*

De igual sorte, o n.º 2 do art. 214.º, do mesmo diploma outorga ao cidadão (ou pessoa colectiva) estrangeiro a faculdade de requerer a anulação do registo de marcas confundíveis com a *marca notória* de que é titular.

Todavia, quer para se requerer a recusa de registo, quer para se peticionar a anulação, exige a lei que este cidadão (ou pessoa colectiva) estrangeiro solicite o registo, em Portugal, da sua *marca notória*, que dá origem e fundamenta

o seu interesse directo em demandar (arts. 190.º/2 e 2.ª parte do n.º 2 do 214.º, do aludido código)<sup>(907)</sup>.

Assim, para que se dê a protecção de marca não registada, prevista no art. 190.º, é preciso que:

- se trate de uma notoriamente conhecida em Portugal;
- o titular dela não seja cidadão nacional, mas sim de um qualquer país da União<sup>(908)</sup>;
- haja um pedido de concessão de registo ou um registo já concedido a marca confundível para assinalar produtos ou serviços idênticos ou semelhantes;
- se requeira o pedido de registo, em Portugal, da marca notória<sup>(909)</sup>;

<sup>(907)</sup> Vide, também, o art. 6.º – bis, 1) da Convenção de União de Paris, com a redacção que lhe foi dada no Acto de Estocolmo (ratificado pelo DL n.º 22/75, de 22-1).

<sup>(908)</sup> Com efeito, o disposto no art. 6.º – bis, 1) da Convenção, complementado, no direito português, pelo art. 190.º do Cód. Prop. Ind., não visa regular as relações entre cidadãos nacionais, mas sim proteger a situação de um cidadão de um outro país da União de Paris que, detendo e usando, em Portugal, uma marca não registada, mas notoriamente conhecida, pretenda opôr-se ao registo ou requerer a anulação do registo que, em Portugal, pode vir a efectuar-se ou já se efectuou, respectivamente em relação a uma marca que seja aplicada em produtos ou serviços idênticos ou semelhantes e que com ela possa confundir-se. Também, neste sentido, cfr., AcSTJ, de 1/6/1994 (MÁRIO CANCELA), in Col. Jur. (Acórdãos do STJ), Ano II, t. II, pág. 124 (considerando, igualmente, que este entendimento não ofende o princípio da igualdade, pois que, aos cidadãos portugueses são conferidas, nos outros países da União, as mesmas vantagens que os cidadãos desses países gozam em Portugal, sempre que se verifique uma das situações previstas no art. 6.º da Convenção); no mesmo entendimento, vide, AcRP, de 21/1/1994 (CARLOS MATIAS), in Col. Jur., 1993, t. I, pág. 210.

<sup>(909)</sup> Pois que, como explicava o Prof. PINTO COELHO (*Lições...*, cit., vol. I, pág. 399-400), *... era injusto estar a proteger certas marcas sem registo, só porque se consideravam notoriamente conhecidas, quando era certo que para as outras marcas era necessário fazer o registo e, portanto, suportar as despesas que ele sempre acarreta; e, por outro lado, este regime determinava para os diversos países ligados pela União Internacional para a Protecção da Propriedade Industrial uma diminuição de registos e uma consequente diminuição das competentes receitas (...). Quis-se, assim, forçar o interessado, no momento em que precisar de reivindicar a protecção da sua marca notoriamente conhecida, a fazer o seu registo em Portugal.*

Quer-nos parecer, igualmente, que uma outra ordem de razões preside a esta exigência de realização do registo em Portugal: garante-se ao titular da marca notoriamente conhecida um *direito de prioridade* (diverso, todavia, do estabelecido, hoje, no n.º 1 do art. 170.º do Cód. Prop. Ind.) sem qualquer limite de prazo que será plenamente eficaz se quando, uma vez recusado ou anulado o registo da marca confundível, aquele titular obtiver o registo da marca notória em Portugal. Cfr., FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 340-341.

— a dita marca notória esteja legalmente protegida no país de origem<sup>(910)</sup>.

Cabe perguntar se as *marcas de grande prestígio*, cuja previsão consta, hoje, do art. 191º do Cód. Prop. Ind., beneficiam de idêntica protecção; ou melhor, cumpre esclarecer se as *marcas notórias*<sup>(911)</sup> e as *marcas de grande*

Nesta conformidade, parece-nos que, efectuado o pedido de registo da marca notória, realizado em Portugal, não tem necessariamente de *suspender-se* este procedimento administrativo até que transite em julgado a decisão judicial de anulação, eventualmente, requerida, conquanto, *de lege ferenda*, talvez fosse essa a solução preferível. Mas, já não pode suspender-se, alegadamente por *questão prejudicial*, a acção de anulação intentada pelo titular da marca notória até que o seu pedido de registo, em Portugal seja concedido. Cfr., no entanto, o AcSTJ, de 10/10/1963, in Bol. Min. Just., nº 130, pág. 417, para uma outra hipótese suspensão da instância, numa acção em que o titular da marca já registada em Portugal pede, com fundamento na confusão entre a sua marca e a marca notória, que ao titular desta (requerente do pedido de registo) seja negado o direito de continuar a usar a *marca notória* registanda.

<sup>(910)</sup> Especificamente, neste sentido, com razões que nos convencem, JORGE PAÚL, *Concorrência desleal*, cit., pág. 59-61 (fundamentalmente, por força dos dizeres do Cód. Prop. Ind.: a expressão *pertencente*; e o teor literal do art. 6º-bis da Convenção: *marca de uma pessoa*; contra, PINTO COELHO, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 84º, pág. 131; AcRL, de 12/12/1956, in Jurisprudência das Relações, Ano 2º, pág. 1018. Não parece, porém, ser necessário que o titular estrangeiro de marca notoriamente conhecida prove que a tem inscrita no Registo Internacional de Marcas.

É óbvio que, se no país de origem, a propriedade da marca notória não depende do seu registo, mas for adquirida somente através do uso, o seu titular, gozando do direito de propriedade sobre ela, só necessita demonstrar, para efeitos do art. 190º do Cód. Prop. Ind., essa circunstância: ser utente — e, por isso, proprietário da marca no país de origem.

Em Espanha, o problema que se vem de expor não se coloca, pois que o legislador refere, sic et simpliciter, que (art. 3º/2, da Lei de Marcas de 1988) ... *el usuario de una marca notoria conocida en España por los sectores interesados podrá reclamar (...)*, não se exigindo que seja uma *marca pertencente* a nacional de qualquer país da União.

<sup>(911)</sup> Sobre as marcas notórias, vide, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *El relieve jurídico de la notoriedad de la marca (con especial referencia al riesgo de confusión)*, in Revista General del Derecho, 1969, pág. 169 e segs.; GUGLIELMETTI, *Il marchio celebre o «haute renommée»*, Milano, 1977, pág. 9 e segs.; TONI, A. M., *Merchandising e marchio celebre in Italia: affievolimento della funzione distintiva?*, in Contratto e Impresa, Ano 7, 1990, pág. 15 e segs.; FOJER, J., *Commentaire de la loi der 4 Janvier 1991*, in Actualités Legislatives, Dalloz, 1991, 2º cademo, nº 33; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 543 e segs.; PINTO COELHO, *Lições...*, cit., vol. I, pág. 398 e segs.; PINTO COELHO, *A protecção da marca notoriamente conhecida*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 84º, pág. 129 e segs.; PINTO COELHO, *A protecção da marca notória e da marca de reputação excepcional*, ivi, ano 92º, pág. 3 e segs.; JORGE PAÚL, *Concorrência Desleal*, cit., pág. 59 e segs.

que o tenham, eventualmente, precedido, aquele sujeito tenha solicitado ou já obtido, em Portugal, o registo da marca do titular unionista, sem autorização deste, no decurso de relações negociais ou pré-negociais, tendo em vista a expansão, em Portugal, dos negócios daquele titular.

Tanto o art. 169º, como o art. 182º/1, c pressupõem que o oponente (ao registo solicitado) ou o autor da acção de anulação (do registo já concedido) seja *titular de uma marca num dos países da União*, que não meramente um usuário, de facto, dela (ou, mesmo, um licenciado)<sup>(931)</sup>. A titularidade da marca determina-se, pois, à luz do direito interno desse país da União: se as normas aí vazadas habilitam à titularidade de uma marca decorrente do simples uso — não exigindo o registo dela — ela, por esse simples *facto*, pertencer-lhe-á; é sua e, portanto, o seu *titular* (que o é, de direito, no país de origem) goza das enunciadas faculdades em Portugal.

Por outro lado, crê-se que, tanto a exigência de autorização, como a faculdade de oposição ao registo, como ainda o poder de anulação e a reivindicação da marca, só aproveitam ao titular unionista (que não tem, sem seu nome, a marca registada em Portugal) cuja marca seja *igual* à que é *pedida* (ou foi *concedida*), em Portugal, ao *agente* ou *representante*. Depõe neste sentido a expressão ínsita no art. 169º: *pedir o seu registo, rectius a palavra seu*. Além de que, a possibilidade de o titular unionista pedir, em vez da anulação, a *transmissão do registo a seu favor* só se compreende se o sinal for *igual* àquele de que ele já é titular no país de origem.

<sup>(931)</sup> Porém, se nada se disser em contrário no *contrato de licença de exploração* de marca, o licenciado goza, nos termos do nº 4 do art. 30º da Cód. Prop. Ind., das faculdades conferidas ao licenciante, designadamente, a de se opor ao registo, promover a sua anulação ou transmissão a favor do licenciante do registo já concedido. Só que esta hipótese só aproveita aos casos em que o titular unionista o é com base num registo concedido em Portugal, sendo que a o *agente* ou *representante* pede ou obtém o registo noutra país da União.

Sendo assim, se a marca do *representante* ou *agente* fôr, tão-só, idêntica ou afim (para assinalar produtos idênticos ou de afinidade manifesta) resta ao titular unionista: a) usar, uma vez verificados os respectivos pressupostos, as faculdades previstas no art. 190º do Cód. Prop. Ind. (marcas notórias), ou; b) opôr-se ao registo da marca peticionada pelo *agente* ou *representante*, com base no art. 25º/1, d, do mesmo código (qual meio preventivo de *concorrência desleal*), ou ainda, o que será difícil; c) reivindicar o direito de prioridade unionista, previsto no art. 170º, ou este outro consignado no art. 171º do mesmo diploma.

A *recusa* do registo (art. 188º/1, c), bem como a sua *anulação* (art. 214º/1, b) ou até a sua *reivindicação* (arts. 188º/1 e 214º/3) pressupõem que o titular unionista não tivera consentido (art. 169º) o registo *da sua* marca, em Portugal, por parte do *agente* ou *representante* e que este não justifique – se o pudesse fazer – o seu procedimento<sup>(932)</sup>. De resto, esta autorização, para o efeito de concessão de registo, deve constar de documento (art. 182º/1, c). Contudo, uma vez concedido o registo em Portugal, a autorização pode ser provada pelo agente ou representante por qualquer outro meio. A prudência aconselha, no entanto, a que, para a adequada defesa dos interesses, tanto do titular da marca, como do seu *agente* ou *representante*, a referida autorização seja reduzida a escrito<sup>(933)</sup>. Na hipótese desta faltar não é de excluir que o *agente* ou *representante* alegue e prove a existência de *causas justificativas* – ou melhor *circunstâncias extintivas* do direito do titular unionista – do seu procedimento. É o que sucede se e quando ele conseguir demonstrar que o titular unionista da

<sup>(932)</sup> No art. 11º do Regulamento da Marca Comunitária prevê-se que as faculdades do titular da marca comunitária são inoperantes se o *agente* ou *representante* justificar o seu procedimento.

<sup>(933)</sup> É neste documento que se devem inserir as eventuais limitações e condicionamentos que o *agente* ou *representante* se obriga a respeitar quando solicitar o registo, e usar a marca, uma vez obtido. Poder-se-á prever, neste documento, entre outras coisas, que o agente, após a concessão do registo, se obrigará a transferir a marca para o titular unionista.

marca, apesar de ter tido conhecimento do facto, havia tolerada o *uso sério* da marca registada, por ele, em Portugal, durante cinco anos consecutivos, ao abrigo do disposto no nº 1 do art. 215º do Cód. Prop. Ind., salvo se o titular unionista provar que o registo da *sua* marca em Portugal foi efectuado de má-fé pelo *agente* ou *representante* (art. 215º/1, *in fine*, do mesmo código).

#### 8. A unicidade do registo

A questão ora em análise consiste em saber se a mesma marca, destinada ao mesmo produto ou serviço, pode ter, ou não, mais do um registo, mesmo que o titular seja um só.

Poder-se-á dizer, decerto, que, se a mesma marca pode legalmente ser usada, ao mesmo tempo, por mais de uma pessoa (v.g., o titular do registo e os concessionários da exploração: art. 30º/1/6/7, do Cód. Prop. Ind.; os comproprietários da marca: art. 4º, *idem*), não existe fundamento jurídico para a recusa de atribuição de duas marcas iguais ou semelhantes ao mesmo titular, destinadas a identificar (a origem empresarial) (d) o mesmo produto ou serviço. Até porque – dir-se-á – o art. 189º/1, m, do mesmo código só manda recusar o registo de uma marca quando seja *reprodução ou imitação (...) de marca anteriormente registada por outrem (...)*.

Todavia, esta retórica argumentativa não é procedente.

Na verdade, sendo o registo de marcas feito por produtos ou serviços e não por classes, uma vez concedido relativamente a um certo produto ou serviço, tal implica, *uno actu*, o surgimento de um direito de propriedade sobre o sinal. Ora, como o direito de propriedade que incide sobre este bem imaterial proporciona ao seu titular o *domínio* ou o monopólio das vantagens que a coisa é susceptível de

proporcionar, por força do *princípio da compatibilidade* ou da *exclusão*<sup>(934)</sup>, só pode existir um *ius in re* sobre determinada coisa, na medida e que ele seja compatível com outro *ius in re* que recaia sobre ela. Sabe-se, por outro lado, que o *concurso de direitos reais* só é possível em relação a direitos de tipo diferente ou em relação a direitos reais do mesmo tipo, mas de conteúdo diverso. Por conseguinte, não pode conceber-se a coexistência de *dois* direitos de propriedade (direitos reais de gozo) sobre o mesmo bem (a marca), pois que ela – a propriedade – é, ainda hoje, respeitadas as restrições e vinculações a que a lei a sujeita, a *plena in re potestas* (art. 1305<sup>o</sup>), sendo que, no caso da marca, esse domínio pleno se circunscreve ao *círculo de proibição*, concretamente traçado pelo *princípio da especialidade*<sup>(935)</sup>.

Vale isto, afinal, por dizer que, à luz daquele *princípio da compatibilidade* ou da *exclusão*, não é permitido mais do que um registo da mesma marca para o mesmo produto ou serviço, ainda que o titular seja um só, porquanto o direito real (de propriedade) que sobre ela existe, nascendo com o registo – a mais de se manter enquanto ele subsistir – é, numa situação de *concurso de direitos reais* como a que se vem de analisar, incompatível com a existência de um outro direito real de *idêntico tipo* que sobre ela, simultaneamente, pudesse nascer<sup>(936)</sup>.

<sup>(934)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, Coimbra, 1977 (policopiado), pág. 226 e segs.

De resto, o direito de propriedade é pleno porque nele se condensam os mais amplos poderes de senhorio e aproveitamento da coisa-objecto.

<sup>(935)</sup> Exceptuada, como se sabe, a *marca de reputação excepcional*, que goza de *protecção ultramerceológica*.

<sup>(936)</sup> Mas já, por exemplo, sobre a mesma marca podem incidir, além do direito de propriedade, um direito de usufruto, um pacto de preferência com eficácia real, etc.. Sobre isto, vide, HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, pág. 74 e segs., 90 e segs.; PENHA GOLÇALVES, *Curso de Direitos Reais*, Lisboa, 1992, pág. 317 e segs.; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil - Reais*, 4<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1987, pág. 227 e segs..

Conquanto – atento o que foi dito – não fosse necessário consignar expressamente na lei esta solução, já que ela sempre resultava dos princípios gerais do direito das coisas, o certo é que o legislador do Novo Código da Propriedade Industrial não hesitou em preceituar no seu art. 184<sup>o</sup> que *a mesma marca, destinada ao mesmo produto ou serviço, só pode ter um registo*<sup>(937)</sup>.

### 9. A contitularidade do direito sobre a marca

A utilização de uma marca para distinguir os produtos ou serviços de uma actividade económica pode, não raro, aproveitar, simultaneamente, a vários agentes económicos. E pode, justamente, suceder que a essa utilização plúrima do sinal corresponda, também, uma titularidade plúrima de um único direito de propriedade. Corresponde isto a dizer que o direito de propriedade sobre a marca pode ser titulado por duas ou mais pessoas, cujas posições jurídicas activas se traduzem em correlativas faculdades de aproveitamento e encargos sobre o sinal, em proporção da respectiva quota, que é dizer, na medida ou limite do aproveitamento que cada titular tem sobre a coisa.

Por conseguinte, o direito de propriedade sobre a marca não é *indivisível*. Ao invés, a marca pode pertencer, em regime de *compropriedade*, a vários titulares. Tal é, no nosso direito, denunciado no art. 4<sup>o</sup> do Código da Propriedade Industrial, ao prever que, *em caso de pluralidade dos direitos de propriedade industrial, as relações entre eles serão reguladas, na falta de disposição em contrário, pelas disposições da lei civil relativas à*

<sup>(937)</sup> Já, neste sentido, ainda no domínio do Cód. Prop. Ind. de 1940, cfr., AcSTJ, de 27/1/1993 (AUGUSTO MARTINS), in Col. Jur., Ano I, t. I, pag. 95.

*compropriedade*<sup>(938)</sup>: no caso, os arts. 1403º e segs. do Código Civil.

A contitularidade do direito sobre a marca pode ser *originária* ou *superveniente*.

É *originária* quando várias pessoas requerem, conjuntamente, a concessão do registo.

É *superveniente – rectius, derivada* – sempre que várias pessoas adquirem – as mais das vezes por sucessão hereditária – o registo de uma marca inicialmente concedida só a uma pessoa.

A compropriedade adquirida originariamente coloca, antes de mais, a questão de determinar em que proporção participam os comproprietários na *coisa comum*<sup>(939)</sup>. Incumbe, deste jeito, aos requerentes determinar a quota que a cada um vai caber na coisa comum: o que é lícito fixar através de acordo; na falta de acordo deve concluir-se que a participação dos co-titulares no direito sobre o sinal é igual (art. 1406º/1, do Cód. Civil). Uma vez que é fácil prever convencionalmente todas ou grande número das eventualidades que se podem colocar quanto ao gozo da coisa comum, o mais razoável parece ser a instauração de um mecanismo deliberativo pelo que respeita à administração ou gestão da marca, sem prejuízo de, na falta de convenção, se aplicar o art. 985º do Código Civil – para o qual remete o art. 1407º,

<sup>(938)</sup> E bem assim no art. 5º, c) - 3) da Convenção da União de Paris. É óbvio que a contitularidade do direito de propriedade sobre a marca pode resultar de outras situações de comunhão de direitos, maxime, da comunhão (pro indiviso) decorrente da celebração do casamento. Nesta hipótese, as relações entre os co-titulares serão regulados em primeiro lugar pelas disposições dos arts. 1678º e segs. do Cód. Civil e, só depois, havendo lacuna, pelo preceituado nos arts. 1403º e segs. do mesmo código.

<sup>(939)</sup> Na hipótese de a compropriedade nascer por causa da sucessão hereditária voluntária, será o próprio testador que determinará as quotas dos legatários nomeados relativamente ao mesmo direito. No caso de sucessão legal, mediante partilha judicial, será o *acordo dos interessados* ou as licitações, na falta de acordo, que ditarão a proporção das quotas.

idem: os comproprietários têm igual poder para administrar o sinal, sendo que as deliberações são tomadas por maioria legal, que só se forma quando reunir os votos dos comproprietários que representem, pelo menos, metade do valor das quotas (art. 1407º/1, *ibidem*); não sendo possível formar aquela maioria, é lícito ao comproprietário recorrer ao tribunal, com vista a obter o *suprimento judicial* da deliberação (art. 1427º, *ibidem*).

Ao se aplicarem as normas relativas à compropriedade, em caso de pluralidade de titulares do direito sobre a marca, problemas delicados podem surgir. Vejamos alguns.

É sabido que cada um dos comproprietários pode realizar, por si só, desacompanhado dos demais, todos os actos de administração ou gestão do sinal. De entre estes actos cabe salientar o pagamento das taxas, a apresentação da declaração de intenção de uso e, mesmo, a *oposição* aos pedidos de registo de marcas iguais ou semelhantes, apresentados por terceiros, cuja concessão ameace gravemente o *statu quo* da marca em contitularidade<sup>(940)</sup>.

De facto, sempre que o comproprietário se confina à prática de actos conducentes à conservação do sinal no estado propício para o seu fim, pode ele agir isoladamente em juízo, tanto mais que actua no interesse de todos os contitulares. De igual modo, deve entender-se que é eficaz a denúncia que o *licenciado* faça só a um dos contitulares (cfr., no âmbito do arrendamento urbano, AcRL, de 10/2/94 (SOUSA DINIS), processo nº 8165, in *Data Juris*, cit.).

Por conseguinte, deve incluir-se no poder de gestão ou administração do sinal comum, o exercício das acções cíveis e a constituição de assistente nas acções penais e

<sup>(940)</sup> Ao abrigo do disposto no art. 1411º do Código Civil, as despesas feitas, quando necessárias, para a conservação ou fruição da coisa comum são suportadas por todos os contitulares, em proporção das respectivas quotas.



contraordenacionais (art. 273º do Cód. Prop. Ind.). Claro está que o contitular, legitimado a agir em defesa da marca comum, poderá exigir dos demais o pagamento das despesas decorrentes daquelas acções.

Cabe perguntar se os contitulares podem invocar o disposto no art. 1406º do Código Civil, ao abrigo do qual se preceitua que, na falta de acordo sobre o uso da coisa, cada um deles pode usá-la integralmente, contanto que respeite duas condições: a) o uso deve conformar-se com o fim a que a coisa se destina ou pode ser destinada; b) o uso pelo comproprietário não pode privar o exercício de igual direito por parte dos demais comproprietários. Apesar de o art. 4º do Cód. Prop. Ind. remeter o intérprete, pelo que ao uso da coisa comum concerne, para o citado artigo, cremos que, na falta de acordo dos comproprietários, a primeira das apontadas restrições ao uso da coisa quadra mal a um bem imaterial deste jaez; com o que se acaba por não proteger eficazmente o interesse dos outros comproprietários e, sobretudo, dos consumidores (finais ou intermédios) dos produtos ou serviços oferecidos sob essa marca. Pense-se, com efeito, na hipótese de os diversos comproprietários oferecerem, sob o manto da mesma marca (comum), produtos ou serviços de qualidade acentuadamente diferenciada: esta circunstância poderá, não raro, fazer perigar a função indicadora de *qualidade constante* do produto ou serviço<sup>(941)</sup>, atentando contra os legítimos interesses dos consumidores. Ora, à luz de uma interpretação literal do nº 1 do art. 1406º do Cód. Civil, apesar de a marca ser utilizada desta forma, não pode facilmente dizer-se que está, por um ou vários comproprietários, a ser empregue para fim diferente daquele a que se destina, justamente, porque ela está, de facto, a

<sup>(941)</sup> Ou, mesmo, desvirtuar a função jurídica indicadora de qualidade, de que, como vimos (cfr., supra), certas marcas se revestem.

assinalar a origem empresarial de certos produtos ou serviços de vários contitulares ... pese embora de qualidade diferente. Para ultrapassar esta situação, na falta de acordo dos contitulares quanto ao uso do sinal comum, pensamos que se pode interpretar o referido nº 1 do art. 1406º do Cód. Civil à luz do preceituado no nº 1 do art. 213º do Cód. Prop. Ind., em termos de ser lícito aos restantes contitulares impedir o uso da marca àquele ou àqueles que coloquem, no mercado, produtos ou serviços de qualidade acentuadamente diferente, utilizando o mesmo sinal, se e quando se apurar que tal constitua um desvio ao originário propósito dos contitulares, pelo que respeita ao uso do sinal e à imagem que ele desfrute, no entretanto, no mercado. Claro está que esta solução só aproveita às marcas acentuadamente sugestivas e às marcas relativamente às quais seja imputada uma função (jurídica) de *garantia de qualidade*; o que, como atrás se defendeu, só aproveita, em certas circunstâncias, a algumas marcas. Sendo assim, nestes casos, a expressão *fim diferente daquele a que coisa se destina* – constante do nº 1 do art. 1406º do Cód. Civil – terá o sentido e o alcance de se referir, também, às eventualidades em que a marca é aposta – ou está a sê-lo – em produtos ou serviços de qualidade diferente, relativamente ao estalão qualitativo que, em concreto, se lhe deve assinalar e que está a ser cumprido pelos restantes contitulares<sup>(942)</sup>.

Daí que, a fim de se evitar situações deste jaez, afigura-se mais prudente que os contitulares acordem,

<sup>(942)</sup> Todavia, se o baixo perfil qualitativo é comum a todos os contitulares – atribuindo-se ao sinal uma função de garantia de qualidade – já não fará sentido que um (ou vários) deles invoque(m) o referido preceito, para impedir o uso do sinal pelos demais. De facto, nesta hipótese, os contitulares da marca poderão ver contra si proposto um pedido tendente à declaração de caducidade da marca, nos termos da alínea b) do nº 2 do Cód. Prop. Ind.. Assim como se sujeitam às acções cíveis contra si eventualmente propostas por concretos consumidores, tendentes à resolução dos contratos relativos à aquisição dos produtos ou serviços assinalados pela marca deceptiva ou à indemnização pelos danos causados.

cuidadosa e minuciosamente, sobre o uso da marca. É-lhes lícito, por exemplo, convencionar um sistema análogo ao que preside, em regra, o uso de uma marca por uma pluralidade de licenciados: cada um dos contitulares estaria autorizado a usar o sinal em zona ou território pré-determinado, obrigando-se, ademais, todos à observância de regras uniformes relativamente à manutenção de uma qualidade constante dos produtos e serviços marcados e, bem assim, a não alterar, gráfica ou foneticamente, a identificação do sinal, etc.

Segundo o disposto no art. 1408º, nºs 1 e 3, do Código Civil, podem os contitulares da marca alienar ou onerar toda a sua *quota* na comunhão, ou parte dela, a favor dos outros contitulares ou de estranhos, contanto que tal seja reduzido a escrito (*ex vi* do art. 29º/3, do Cód. Prop. Ind.), só produzindo o acto efeitos em relação a terceiros depois de ser averbado no título de registo (art. 31º/1/2, *idem*). Todavia, a lei prevê que, no caso de venda ou dação em cumprimento da quota ou de parte dela a estranhos, os demais contitulares têm direito de preferência (art. 1409º, do Cód. Civil)<sup>(943)</sup>.

Não deve confundir-se a alienação ou oneração de quota, ou parte dela, na propriedade do sinal, com a disposição ou oneração do próprio sinal. Enquanto que, no primeiro caso, o contitular pode fazê-lo apesar da *falta de consentimento* dos demais<sup>(944)</sup>, no segundo está ele impedido de o fazer, a não ser com o consentimento dos outros contitulares<sup>(945)</sup>, sob pena de nulidade (art. 892º do Cód. Civil). Claro está que,

<sup>(943)</sup> Sobre a acção judicial destinada a fazer valer esse direito (acção de preferência), cfr., o art. 1410º do Código Civil.

<sup>(944)</sup> Mesmo que tenha sido prevista uma qualquer cláusula restritiva do poder de disposição da quota, terá ela valor meramente obrigacional (art. 1306º/1, do Cód. Civil), obrigando o disponente a indemnizar os outros contitulares.

<sup>(945)</sup> Indo aqui incluído o *consentimento tácito*.

independentemente deste desvalor negocial, aquele acto de disposição ou oneração de coisa alheia é *inoponível* – por que ineficaz – aos restantes contitulares que, por isso, podem fazer valer os seus direitos sobre a marca como se ele não existisse<sup>(946)</sup>. Assim, por exemplo, o contrato de licença de exploração da marca comum, celebrado por um dos contitulares sem o assentimento dos outros consortes é nulo, a despeito de esta invalidade poder ser sanável.

Constitui uma obrigação *propter rem* o encargo (v.g., taxas, sobretaxas, custas judiciais, despesas de vistorias requeridas pelos contitulares em caso de oposição a ulteriores pedidos de registo, impostos devidos pela percepção de *royalties*, decorrentes de licenças de exploração a favor de terceiros licenciados) de os contitulares da marca contribuirem, em proporção das respectivas quotas, para as despesas feitas, quando necessárias, para a conservação e fruição do sinal comum (art. 1411º, do Cód. Civil). Só que, como é próprio destas obrigações, o contitular da marca pode exonerar-se daquele encargo renunciando (*renúncia liberatória*) ao seu direito de propriedade. Porém, não basta ao contitular renunciante a notificação dos outros comproprietários, para o efeito de ele ficar *desonerado* da obrigação e os referidos contitulares adquirirem o direito renunciado. É preciso, ao abrigo do art. 37º do Cód. Prop. Ind., que a *renúncia* seja feita em declaração constante de requerimento dirigido ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, após o que será anotada no registo, sob pena de não produzir efeitos. Até porque,

<sup>(946)</sup> Todavia, estando a marca registada em nome dos vários contitulares, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial deverá recusar o pedido de averbamento da transmissão da marca no caso de o documento que a titula não ser outorgado por todos os contitulares ou, pelo menos, faltar a autorização deles.

como quer que seja, a renúncia pode, nesta hipótese, ser *parcial*, pois que a natureza do direito de propriedade sobre o sinal o autoriza (nº 2 do art. 37º, do mesmo diploma).

Não estando os comproprietários da marca obrigados a permanecer na indivisão, têm eles o direito potestativo de impor, em qualquer altura, a divisão da coisa comum (art. 1412º/1, do Cód. Civil), salvo se tiverem subscrito um pacto de indivisão por tempo determinando: prazo este que não pode exceder os cinco anos, renovável uma ou mais vezes por novas convenções (art. 1412º/1, *idem*). Uma vez que a marca, como bem imaterial, é *indivisível*, os contitulares terão que recorrer à divisão em valor, por adjudicação a um deles ou a um terceiro, contra o pagamento de um preço (art. 1060º, do Cód. Proc. Civil). Assim, *havendo acordo* dos contitulares, será a divisão formalizada por documento particular (art. 1413º/2, do Cód. Civil e art. 29º/3, do Cód. Prop. Ind). Na *falta de acordo*, qualquer dos contitulares pode recorrer à acção de arbitramento (arts. 1052º/1 e 1059º/1, ambos do Cód. Proc. Civil), sendo, inclusivamente lícito, a qualquer deles, arrematar o sinal na venda de que ele seja objecto.

Se a marca fôr, amigável ou contenciosamente, adjudicada a um dos comproprietários, considera-se que o acto de divisão não tem efeito translativo – não se verifica, pois, qualquer transmissão – ocorrendo, tão-só, a definição concreta, a favor desse comproprietário, de uma coisa que, já *ab initio*, lhe pertencia (assim, também, CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 602, citando, no mesmo sentido, uma sentença do Tribunal de Nancy, de 30/11/66, in *Annales de la Propriété Industrielle Littéraire et Artistique*, 1967, pág. 75). Entre nós, cfr., AcSTJ, de 20/6/90 (CURA MARIANO), in *Bol. Min. Just.*, nº 398, pág. 511.

## 10. A transmissão da propriedade da marca

### i) O problema. As soluções.

Quando se aborda o problema da transmissão do direito de propriedade sobre a marca, deve, *prima facie*, resolver-se a questão de saber se o sinal pode, ou não, ser transmitido, independentemente da transferência do estabelecimento de que é parte integrante.

Várias soluções se podem recensar, a saber:

a) *transmissão incondicionada da marca*, separadamente do estabelecimento. Para esta concepção *maximalista*, a transmissão da marca pode dar-se independentemente do *estabelecimento* ou *empresa*, para a totalidade ou parte dos produtos ou serviços para os quais esteja registada. Não impede, destarte, a circunstância de o público poder ser, *uno actu*, induzido em erro quanto à proveniência do produto ou serviço ou quanto aos caracteres essenciais (v.g., natureza, qualidade, características). Nestes casos, o único remédio é indagar se o concreto ordenamento jurídico, que adopta um sistema deste jaez, autoriza, posteriormente, a propositura de um pedido de caducidade relativamente à marca *já transmitida*, com base na utilização que dela é feita pelo *novo* titular, em termos de poder induzir o público em erro, designadamente, àcerca da natureza da qualidade ou da proveniência geográfica desses produtos ou serviços.

Este sistema vigora, hoje, por exemplo, em França<sup>(947)</sup>, na Alemanha<sup>(948)</sup>, em Espanha<sup>(949)</sup>, no

<sup>(947)</sup> Cfr., o artigo L.714-1, da nova legislação sobre marcas de 1992.

<sup>(948)</sup> Cfr., a nova lei alemã sobre marca, de 23/4/92; sobre ela, vide, ALBRECHT, in *Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire*, 1993, II, nº 538, pág. 26.

<sup>(949)</sup> Cfr., arts. 41º e 46º da Ley de Marcas de 1988.

quadro da *marca comunitária*<sup>(950)</sup>.  
 b) *intransmissibilidade da marca* separadamente do estabelecimento. Neste caso, a marca nunca poderá ser transmitida autonomamente, em termos de se subordinar a validade dessa transmissão à transmissão simultânea do respectivo estabelecimento

Em apoio desta concepção poderia sustentar-se que, se a marca tem por finalidade a garantia jurídica de uma qualidade constante dos produtos ou serviços para que foi registada, a empresa adquirente dela não poderia assegurar, na fabricação e na comercialização dos produtos ou na prestação dos serviços, a mesma constância; o que, afirmar-se-ia, poderia induzir o público em erro.

Ripostar-se-á, no entanto, dizendo que a circunstância de a marca não poder ser transmitida separadamente da transmissão do estabelecimento não assegura, de todo em todo, a *manutenção* ou a *constância da qualidade* dos produtos ou serviços marcados, pois que, mesmo nos casos em que não haja transmissão, quer da marca, quer do estabelecimento, podem ocorrer alterações na qualidade daqueles produtos ou serviços: a tanto bastará, por exemplo, uma mudança de fornecedores, alterações nos maquinismos, dispensa ou admissão de trabalhadores, etc.. Ao que acresce a circunstância de o direito sobre a marca aproveitar a não produtores ou fabricantes (cfr., art. 168º, do Cód. Prop. Ind.).

Este sistema, na pureza da sua *visão restritiva*, não é, actualmente, concebível. Com efeito, é o próprio artigo 6º – quater, da Convenção da União de Paris que consigna o princípio de que, se a legislação de algum dos países da União subordinar a validade dessa transmissão à transmissão simultânea do respectivo estabelecimento, bastará, para que a validade seja admitida, a transmissão *de parte* do estabelecimento situada nesse país, sendo, porém, lícito a esses Estados não reconhecer a validade da transmissão se o seu uso pelo adquirente fôr de natureza a induzir o *público em erro*. E era por este diapasão que alguns países afinavam os respectivos ordenamentos: a Itália (até 1992), a Alemanha (até 1992) e a Suíça;

c) *transmissão condicionada da marca*, separadamente da transmissão do estabelecimento. Para esta posição, a transmissão da marca é *livre*, podendo realizar-se separadamente da transmissão do estabelecimento, contanto que sejam respeitados certos requisitos *de fundo*; vale dizer: desde que o seu uso pelo adquirente não for de natureza a poder induzir o público em erro àcerca da natureza, da qualidade, das características e da proveniência geográfica dos produtos ou serviços.

Este sistema vigora no nosso ordenamento jurídico já desde a Lei nº 1972 (art. 56º), de 21/6/1938, passando pelo Cód. Prop. Ind. de 1940 (art. 118º, § 1), estanto, hoje, plasmado no nº 2 do art. 211º do Novo Cód. Prop. Ind. de 1995, onde se afirma que *o pedido de registo ou a propriedade*

<sup>(950)</sup> Vide, art. 17º/1, do Regulamento (CEE) nº 40/94, de 29/12/93.

da marca registada<sup>(951)</sup> são transmissíveis, independentemente do estabelecimento, se isso não puder induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação. E é, igualmente, o que, hoje, vigora por exemplo em Inglaterra e na Itália.

Ora, podem figurar-se várias eventualidades em que os referidos condicionamentos invalidam a transmissão da marca, separadamente do estabelecimento.

Assim, por exemplo, não será válida a transmissão total ou parcial de uma *marca notoriamente conhecida* em Portugal ou de *reputação excepcional* se o adquirente ou cessionário alterar substancialmente a natureza, as características e a qualidade dos produtos ou serviços.

O mesmo sucederá se se tratar de uma *marca nominativa* que contenha a indicação do nome, firma ou denominação do respectivo proprietário ou o nome do seu estabelecimento, desde que, pela sua própria composição, o sinal exprima uma ligação do produto ou do serviço com a pessoa e/ou o estabelecimento do transmitente. Isto só não sucederá se, apesar da inclusão nela do nome (ou, v.g., da direcção ou endereço) do

<sup>(951)</sup> As marcas não registadas podem, obviamente, ser transmitidas. Só que essa transmissão gozará, tão-só de eficácia obrigacional *inter partes*, sendo, deste jeito, *inoponível* em face de terceiros, enquanto se não fizer o registo. Pode, por isso, suceder que o registo nem sequer possa ser efectuado porque, entretanto, certo terceiro tenha já obtido o registo de sinal idêntico ou confundível, de nada valendo, como se sabe, neste caso, invocar-se a tutela decorrente da concorrência desleal.

Por outro lado, como referia o Prof. PINTO COELHO (*Lições...*, cit., I, pág. 497), ao adquirente de uma marca não registada aproveita o *direito de prioridade*, que ainda não tenha caducado, que se radicava na esfera jurídica do transmitente, contando-se o prazo de seis meses a partir do início do uso por parte do transmitente.

antigo titular na marca, entretanto transmitida, ela continua a produzir na mente dos consumidores o mesmo *impacto psicológico* ou a mesma *imagem de marketing* (ou *commercial impression*). E tal pode acontecer – sendo que, desse modo, se valida a transmissão – quando se constate que se mantém a subsistência do mesmo impacto psicológico, o qual depende – entre outros factores – da relevância que, no conjunto gráfico e fonético da marca, assume o nome do antigo titular. Neste sentido, é lícito afirmar que mais facilmente pode dar-se a manutenção daquela *impressão comercial* se e quando, naquele conjunto (no *todo* do sinal), o nome do transmitente é relegado para um segundo plano, não podendo, por consequência concluir-se que haja indução em erro dos consumidores.

Mas, dadas as excepções ao *princípio da inalterabilidade* (art. 210º, do Cód. Prop. Ind.), a transmissão já será válida se, incluindo a marca nominativa a reprodução da *insígnia* do estabelecimento do transmitente ou o seu endereço o adquirente suprimir estes elementos figurativos e gráficos (nºs 3 e 4 do art. 210º, *idem*).

Mas, será inválida a transmissão se a marca, acentuadamente sugestiva, aludindo à qualidade ou aos caracteres essenciais do produto ou serviço é, pelo cessionário, querida para ser usada para fabricar ou distribuir produtos ou serviços cujos caracteres essenciais não coincidem com os daqueles que a marca anteriormente assinalava<sup>(952)</sup>.

<sup>(952)</sup> Cfr., para este exemplo, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., I, pág. 348.

Neste particular, os interessados tanto podem propor uma *acção de anulação do registo da marca transmitida* (art. 33º, do Cód. Prop. Ind.), no prazo de 10 anos a contar da data de concessão do registo (art. 214º/5, *idem*), uma vez violados os condicionamentos de transmissibilidade da marca, constantes do art. 211º/2, *ibidem*, como requerer a *caducidade* dela, ao abrigo do disposto no art. 216º/2, b, do aludido código, o que sucederá com base no uso que o adquirente faça do sinal, após o negócio translativo. E esta hipótese aproveitará, fundamentalmente, aos interessados, se já tiver decorrido o prazo de caducidade de acção de anulação.

#### ii) Problemas de fundo

A marca, nos termos do nº 1 do art. 29º do Cód. Prop. Ind., pode ser transmitida, tanto a *título gratuito* como a *título oneroso*.

E pode, por exemplo, constituir o objecto da *obrigação de entrada* para o efeito da constituição de uma sociedade comercial (v.g., criada, exclusiva ou principalmente, para distribuir produtos que serão por ela marcados ou para conceder licenças ou sub-licenças de exploração a sociedades por ela dominadas, etc.). De resto, a transmissão da marca do sócio para a sociedade, tanto pode envolver a propriedade do sinal, que, doravante, incluirá o património social em termos de propriedade plena, como tão-só o direito de uso dele – que regressará à esfera de disponibilidade do sócio, aquando da saída do ente social ou, em caso de dissolução do mesmo, conforme o estipulado. Nesta hipótese, a sociedade deve equipar-se a um *licenciado* da marca (cfr., *infra*), a qual, salvo estipulação em contrário goza, para todos os efeitos legais das faculdades conferidas ao titular dela (art. 30º/4, do Cód. Prop. Ind.). Cfr., REINHARD, Y., *L'apport en société des droits de propriété industrielle*, in *Mélanges CHAVANNE*, 1990, pág. 297 e segs..

E pode a transmissão inclusivamente ser *parcial*, isto é, limitada, tão-só, a alguns dos produtos ou serviços para os

quais esteja registada. Assim como pode incluir restrições de natureza *territorial*, ou seja, fica salva, no nosso ordenamento, a possibilidade do exercício do direito de propriedade do adquirente se quedar, doravante, circunscrito a determinado local ou locais (art. 29º/1, *in fine*, do Cód. Prop. Ind.)<sup>(953)</sup><sup>(954)</sup>. Acresce que a transmissão pode dar-se por todo tempo de vigência do registo – o que será a regra – ou por prazo inferior.

Por outro lado, integrando a marca o acervo imaterial do estabelecimento, pode perguntar-se em que *âmbito de entrega* do estabelecimento ela se inclui. Ou seja: é, ou não, preciso mencioná-la expressamente no acto translativo do estabelecimento, para que se dê a sua transmissão conjuntamente com a transmissão do estabelecimento? A este propósito, manteve-se, no novo código, o regime do direito pretérito (art. 118º, § 3, do Código da Propriedade Industrial de 1940) que localizava a marca no *âmbito natural* de *entrega* do estabelecimento. Na verdade, preceitua-se, também, hoje, no nº 1 do art. 211º do Cód. Prop. Ind. que *o trespasse do estabelecimento faz presumir a transmissão (...) da propriedade da marca, salvo estipulação em contrário*. Ou seja: como a marca é, normalmente, um elemento que se inclui no estabelecimento, incrementando o seu valor de posição no mercado, entendeu-se que, no silêncio das partes, a transmissão definitiva da organização envolve a transmissão da marca,

<sup>(953)</sup> Só assim não será acaso se violem as disposições relativas às *práticas restritivas da concorrência*, constantes do DL nº 370/93, de 21-10, caso em que o negócio será invalidado.

<sup>(954)</sup> O Novo Código da Propriedade Industrial é, neste particular inovador, dado que o seu antecedente só previa a gratuidade ou onerosidade da transmissão da marca (cfr., art. 118º do Cód. Prop. Ind.).

Quando ocorre uma transmissão parcial da marca, relativamente a alguns dos produtos ou serviços para que foi registada, é preciso requerer cópia do primitivo procedimento de registo, que sirva de base à feitura de um registo autónomo (nº 3 do art. 211º, do Cód. Prop. Ind.).

sem que se repute necessário que elas o convençionem expressamente.

Pode entender-se que existe, por exemplo, *convenção em contrário*, conquanto revelada mediante uma *declaração tácita*, se as partes enumeram, exaustiva e analiticamente, na escritura os elementos a transmitir (materiais e imateriais) do estabelecimento, em termos de aí não fazerem figurar a marca.

É, pois, mister, não raro, resolver um problema de interpretação da vontade negocial no sentido de apurar se há, ou não, *estipulação em contrário*, para o efeito de abrir caminho – ou, pelo contrário, impedir – ao funcionamento da referida presunção.

Sendo certo que o Novo Código da Propriedade Industrial permite o registo de *marcas de base* – que, nos termos do seu art. 177º, identificam a origem comercial ou industrial de uma série de produtos ou serviços produzidos por uma empresa ou grupo de empresas de actividades múltiplas – e de *marcas específicas*, relativas a cada produto ou serviço, é preciso saber se, tanto aquelas como estas, podem ser transmitidas separadamente uma das outras.

A este propósito, é decisivo o sentido e alcance do preceituado no art. 179º do Código da Propriedade Industrial, ao abrigo do qual se diz que *a marca de base só pode ser usada quando acompanhada de marca específica relativa a cada produto ou serviço*. Ao vincular-se a utilização da *marca de base* ao uso que se faça da concreta marca específica<sup>(955)</sup>, fomenta-se a transparência do mercado, evitando-se a coexistência de marcas – jurídico-geneticamente ligadas – para distinguir produtos ou serviços de diversa origem empresarial. Flui daqui que a apontada ligação entre a marca

<sup>(955)</sup> Uso este que deve ser expressamente disciplinado nos Estatutos da empresa de actividades múltiplas para o efeito da sua ulterior utilização por parte das empresas, não titulares dela, mas que são controladas, directamente ou indirectamente, por aquela outra (art. 178º/1/2, do Cód. Prop. Ind.).

de base e as marcas específicas implica que não deva ser lícita a transmissão da *marca de base*, desacompanhada da transmissão da marca específica de que o transmitente *também seja titular*: tão pouco deve admitir-se que o titular transmita a *marca específica* conservando na sua titularidade a *marca de base*<sup>(956)</sup>.

A transmissão da marca pode ser invalidada acaso se constate, conquanto *ex officio*, uma situação de *abuso de direito* (art. 334º do Cód. Civil). É o que sucede se o fim em vista do adquirente é o de, por mor da aquisição, ficar autorizado a opôr-se ao registo de um concorrente ou, até, de requerer a sua anulação, se o registo da marca transmitida é anterior à marca (confundível) cujo registo se pretende impedir ou anular. Neste caso, a marca não é transmitida para (continuar a) assegurar a função para que tende, mas sim, e tão-só, para prejudicar legítimos interesses de terceiros<sup>(957)</sup>.

O mesmo já não ocorrerá sempre que o concorrente seja titular de uma marca posterior registada (que seja confundível) e o adquirente de uma marca registada não usada, mas que ainda não caducou, pretender *reatar* o uso dela, sendo para tal necessário fazer cessar o uso do sinal (não registado) por parte daquele concorrente. O que, como se sabe, só é viável se ainda não tiver precludido o direito de requerer a anulação do registo da marca posterior, nos termos do art. 215º, do Código da Propriedade Industrial.

Tem-se, por outro lado, defendido (assim, CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pág. 603) que

<sup>(956)</sup> Salvo se a *marca de base* puder continuar a ser utilizada conjuntamente com outra ou outras marcas específicas de que, também, seja titular.

Parece, igualmente, que os utilizadores – empresas *dominadas* ou, de alguma forma, contratualmente ligadas à empresa titular da marca de base – daquela marca devem poder alienar livremente as marcas (específicas) de que sejam titulares.

<sup>(957)</sup> Pode, também, acontecer que transmitente e adquirente da marca se conluem no sentido de realizar um *negócio simulado*, que será, obviamente, nulo.

é legítima a transmissão da marca quando o adquirente, ao fazê-lo, estando já iniciada a instância, pretenda evitar uma condenação por imitação ou usurpação da marca. A solução é, contudo, discutível.

### iii) Problemas de forma

A transmissão da marca (como, de resto, com todos os actos ou negócios que digam respeito ao gozo do sinal ou visem a sua modificação *substancial*) carece de ser *averbada* ou *registada* no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, por forma a ser oponível perante terceiros (de boa ou má-fé)<sup>958</sup>. No particular, o evento aquisitivo da marca precisa de ser averbado naquele Instituto (art. 31º/1, do Cód. Prop. Ind.).

Sendo assim, natural é que a lei exija que o negócio que envolva a transmissão da marca deva constar, pelo menos, de documento particular (nº 3 do art. 29º, *idem*), com as assinaturas reconhecidas, se o requerimento para a feitura do averbamento não for apresentado por advogado ou agente oficial da Propriedade Industrial (art. 15º, do mesmo código).

Após a transmissão, conquanto a lei não imponha qualquer prazo, deve o adquirente requerer o averbamento, instruindo-o com os documentos comprovativos (art. 31º/2, *idem*). O requerimento deverá, naturalmente, identificar o cedente e o cessionário e, bem assim, a marca cedida:

<sup>958</sup>) Terceiros são, para este efeito, todos aqueles relativamente aos quais se possa legitimamente por as faculdades e os poderes decorrentes do registo da marca.

Assim, por exemplo, a aquisição, não registada, de uma marca não autoriza o adquirente a intentar as competentes acções em face de imitações ou contrafacções do sinal, realizadas pelos terceiros, a despeito de o sinal permanecer válido e existente. Apesar disso, o adquirente que não tenha promovido o averbamento da sua aquisição, pode desencadear acções com base em *inconcorrência desleal*, desde que estejam verificados os respectivos pressupostos (e, por exemplo, não hajam, entretanto, direitos privativos sobre marcas demandadas, que, nesse interim, sejam *poníveis* ao adquirente demandante).

Não é impensável a hipótese de o negócio se analisar na transmissão da marca a favor do adquirente, obrigando-se este, *uno actu*, a ceder a exploração dela ao transmitente (porque, v.g., aquele tenha assumido o controlo da empresa deste último, etc.).

Neste caso, parece que no *mesmo* requerimento se poderá solicitar o averbamento da transmissão e da licença de exploração.

Mas a lei autoriza que o referido requerimento seja realizado pelo transmitente, contanto que o adquirente nele faça declaração expressa de que aceita a transmissão – aqui onde é o próprio requerimento que titula o negócio – ou tenha assinado o documento que prova o negócio, o qual será junto ao requerimento (art. 31º/3, *ibidem*). Após o que o serviço competente do *Instituto Nacional da Propriedade Industrial* examina se os documentos comprovativos da transmissão e o requerimento observam, ou não, os requisitos legais; na hipótese de se detectarem vícios meramente formais, atinentes, seja à falta, seja à insuficiência dos documentos comprovativos, seja, ainda, à ininteligibilidade, contradição ou insuficiência do próprio requerimento (v.g., porque dela não consta a declaração do cessionário, prevista no nº 3 do art. 31º), devem notificar-se os interessados (se o vício não for ou – não puder ser – corrigido no momento da apresentação do requerimento) para que, em prazo razoável, sanem os vícios detectados (art. 25º/1, b e nº 2, do mesmo código). Uma vez proferido despacho a ordenar o averbamento, publicar-se-á aviso no Boletim da Propriedade Industrial (art. 31º/5, do aludido código).

### iiii) Outros efeitos

Acresce que, se o adquirente não faz averbar, no registo, a sua aquisição, não lhe é permitido agir em juízo contra terceiros que reproduzam ou imitem a marca adquirida,



mesmo que esteja expressamente clausulado que, enquanto não ocorrer o averbamento da transmissão, o adquirente possa agir em juízo, em nome e por conta do transmitente. É que, em face de uma cláusula deste tipo, na acção tem que ser *parte* o transmitente, conquanto *representado* em juízo pelo adquirente.

Assim, operado o averbamento da transmissão na pedência da acção, manter-se-á a legitimidade do transmitente até à sua substituição pelo adquirente (transmissão), nos termos do art. 271º/1, do Cód. Proc. Civil, o qual, conhecendo a existência da acção – até porque está a *representar* o transmitente em juízo – deverá deduzir a sua habilitação, vindo a assumir a posição de parte principal, que até aí cabia ao transmitente (art. 270º/a, *idem*).

Esta eventualidade parece pressupor a *alteração da causa de pedir* pelo autor (transmitente), nela integrando o título de aquisição do direito do seu *novo titular*, em termos de ocorrer, de facto, uma ampliação da causa de pedir (não reconduzível, porém, ao regime dos arts. 272º e 273º, do mesmo código, pois não é prejudicial ao demandado usurpador/imitador). Sobre isto, cfr., PAULA COSTA E SILVA, *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra, 1992, pág. 79 e segs., 217 e segs., 234 e segs..

Ademais, sendo o direito transmitido oponível em face de terceiros, não parece que se deva impedir o adquirente da marca de reagir judicialmente contra terceiros com base em factos ilícitos – fundados seja em faltas instantâneas, seja duradouras, cujos efeitos danosos não tenha ainda sido removidos – que tenham ocorrido antes da data da transmissão ou data do averbamento, pois que o adquirente vem a encontrar-se na mesma situação concreta do transmitente (por via da operada aquisição derivada translativa), a não ser que invoque factos que fundamentam o direito à acção, relativamente aos quais já decorrera o prazo de caducidade<sup>(959)</sup>.

<sup>(959)</sup> Tal é intuível na medida em que o adquirente fica *sub-rogado* nos direitos do alienante.

De resto, o adquirente do sinal fica vinculado às eventuais autorizações que o alienante tenha conferido a terceiros, para o efeito de estes incluírem nas seus sinais (nome de estabelecimento, firma, insígnia, marca, logotipo) elementos gráficos, figurativos ou fonéticos da marca adquirida, salvo se se entender que essa autorização foi concedida *intuitus personae*, o que não parece constituir a regra.

É sabido que a marca pode ser transmitida para ser utilizada, tão-só, em circunscritas zonas do território português<sup>(960)</sup>. Mas, se a marca de registo internacional tiver sido depositada em vários países da União, pode o seu titular transmiti-la, relativamente a cada Estado, a diferentes adquirentes, ao abrigo do disposto no artigo 5º C)-3, da Convenção da União de Paris. O que, no entanto, será vedado se as aludidas transmissões, ocorrendo no quadro da União Europeia, mais não revelarem mais do que uma prática concretada tendente, a *repartir mercados ou fontes de abastecimento* ou *abuso de posição dominante*. Práticas estas que são proibidas à luz do art. 85º do Tratado de Roma.

Enfim, pode suceder que o titular da marca registada a transmita, simultânea e sucessivamente, a várias pessoas. Neste caso, quem é o proprietário?

O nº 1 do art. 31º do Cód. Prop. Ind. esclarece, a propósito, que a transmissão só produz efeitos em relação a *terceiros* depois de averbada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Pode-se dizer, sem grandes reservas, que na constituição do direito sobre a marca, o *registo* dela é *constitutivo*, isto é, integra a *factis species* complexa, constitutiva do direito sobre o sinal. Que é fazer: condiciona, em termos absolutos, a validade e eficácia do direito real

<sup>(960)</sup> Incluindo o território de Macau, acaso o transmitente do registo tenha requerido a sua extensão àquele território, ao abrigo do nº 3 do art. 293º do Cód. Prop. Ind..

registado, em termos de, não sendo concedido o registo, o direito real nem sequer se formar<sup>(961)</sup>. Todavia, uma vez já constituído o direito real sobre a marca, o registo – realizado através do referido averbamento da transmissão operada – é *oponível* contra terceiros, pois que se presume, *iuris et iure*, que estes têm, a partir dele, virtual conhecimento do facto registado<sup>(962)</sup>. Por conseguinte, a situação jurídica definida pelo registo da transmissão da marca fica estabilizada, em termos de jamais poder ser afectada por direitos, total ou parcialmente, incompatíveis ou conflituantes, adquiridos por terceiros posteriormente, em relação à mesma marca. Sendo assim, só o adquirente<sup>(963)</sup> que primeiro registou *consolida* o direito adquirido, apesar de o negócio translativo poder ser posterior ao de um outro adquirente que não promoveu o registo da aquisição. Em suma: no caso de duas ou mais pessoas terem adquirido autonomamente do mesmo transmitente o direito de propriedade sobre a marca – isto é,

<sup>(961)</sup> Nestes casos, o registo influi, total e decisivamente, nos efeitos jurídicos decorrentes da criação do próprio direito real.

<sup>(962)</sup> Daí, também, que a aquisição não registada da marca não é oponível contra terceiros, já que, dada a ausência de averbamento, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, se entende que eles o desconhecem, pelo que não pode ser contra eles oposto, tudo se passando como se, para esses terceiros, a transmissão não registada da marca não existisse juridicamente.

<sup>(963)</sup> A boa ou má fé só deve relevar estando em causa situações em que exista um subadquirente que tenha adquirido a marca de um transmitente que adquiriu invalidamente o direito (v.g., porque o mesmo já tivera sido transmitido, anteriormente, pelo primitivo titular). No sentido em que não pode ser invocada a *má-fé* com que o adquirente, que primeiro registou a sua aquisição possa ter agido, cfr., ANTUNES VARELA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 118º, pág. 316. Em sentido contrário, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Reais*, cit., pág. 355; especificamente no tocante ao direito das marcas, cfr., CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété*, cit., pág. 605 que, contra o que vai dito, exige a *boa-fé* daquele que leva a aquisição ao registo, louvando-se num acórdão da *Cour de Cassation*, de 27/10/1980 (in *Juris Classeur Périodique*, 1981, IV, pág. 24).

Em geral, entre nós, cfr., FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra, 1966, pág. 254; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. I, pág. 396 e segs.; CATARINO NUNES, *Código de Registo Predial Anotado*, Coimbra, 1968, pág. 112 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pág. 672; PENHA GOLÇALVES, *Curso...*, cit., pág. 123 e segs.; VAZ SERRA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 103º, pág. 158.

tendo adquirido direitos totalmente incompatíveis – prevalecerá o direito que primeiro foi levado ao registo, através do referido averbamento, e não o correspondente ao contrato de alienação mais antigo, mas cujo registo foi negligenciado.

Não interessa aqui desenvolver, mas tão-só enunciar aquela situação em que o pseudo-adquirente leva o acto translativo, primeiramente, ao registo mas resolve, posteriormente, *renunciar* ao seu direito sobre a marca, efectuando a competente declaração nos termos do art. 37º do Código da Propriedade Industrial. Será que, neste caso o anterior adquirente que negligenciou o registo pode agora registar o seu direito? No sentido afirmativo, em geral, se pronuncia MENEZES CORDEIRO (*Direitos Reais*, cit., I, pág. 141). Temos dúvidas que se possa manter a titularidade do primitivo adquirente, como se se tratasse do *nascimento* de uma hipoteca (art. 732º, do Cód. Civil). Como quer que seja, a aceitar-se esse *renascimento*, tal só seria eficaz após a data do novo averbamento, em atenção à protecção de terceiros que pudessem ter adquirido direitos sobre a marca, entre a data da renúncia do pseudo-adquirente e a da feitura do novo averbamento pelo primitivo titular que não tinha levado a transmissão ao registo.

## 11. A licença de exploração de marca

Preceitua o nº 1 do art. 30º do Código da Propriedade Industrial que o direito emergente da titularidade de uma marca pode *ser objecto de licença de exploração, total ou parcial, em certa zona do território nacional, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior*.

Pode, deste jeito, definir-se a *licença de marca* como o contrato pelo qual o titular da marca (licenciante) autoriza um terceiro (licenciado)<sup>(964)</sup> a utilizar temporariamente a

<sup>(964)</sup> Que, nos direitos anglo-saxónicos, se designa por *registered user*. Cfr., DOBSON, P./SCHMITTHOFF, *Business Law*, cit., pág. 654.

sua marca para identificar ou assinalar os produtos que este fabrica ou comercializa ou os serviços que presta, contra uma retribuição (*royalties*)<sup>(965)</sup>.

A nota distintiva deste contrato é a de que ele legitima o *licenciado* a usar a marca de outrem, que, doutra forma não fora este negócio, seria um acto de *usurpação de marca*.

Esta nota permite distinguir, por um lado, o licenciado dos distribuidores e concessionários, por outro: estes últimos limitam-se a comprar e revender os produtos da marca daquele que lhes vende (titular ou licenciado da marca). Distribuidores e revendedores não carecem, por conseguinte, de estar munidos de autorização de uso da marca daquele a quem se abastecem, pois que, tão-só, se limitam a revender o produto marcado.

Ao invés, o licenciado usa a marca para identificar os produtos que fabrica e/ou comercializa ou os serviços que presta, quer para assinalar os produtos ou os serviços do licenciante.

Não deve, tão pouco confundir-se a *licença de marca* com o contrato de franquia (*franchising*), porquanto este envolve um feixe mais complexo de prestações: abarca, para além de uma *licença de marca*, a transmissão de *know-how* e envolve, não raro, a prestação de serviços por banda do franquizador. Este, de facto, coloca à disposição do franquiado a sua marca (acompanhada, ou não, da cedência do gozo do nome do estabelecimento, da insígnia

<sup>(965)</sup> Sobre isto, cfr., JOLIET, *La licence de marque et le droit européen de la concurrence*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, pág. 1 e segs.; DE LAS HERAS LORENZO, *Europa y las Patentes y Marcas*, Madrid, 1989, pág. 36 e segs.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de Marcas*, cit., pág. 227 e segs.; MARMILLOD, *La Licence des Marques*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1955, pág. 519; RICOLFI, M., *Il contratto di Merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991, pág. 590 e segs.; PAGENBERG, *Ausstattung und Character Merchandising*, in *Handbuch des Ausstattungsrecht* (org. por SCHRICKER/STAUDER), Weinheim, 1986, pág. 1090 e segs.; VOELP. F., *Vermarktung bekanner Marken durch Lizenzen*, in *GRUR int.*, 1985, pág. 843 e segs.; RUIJENAARDS, H. E., *Die Verwertung des Werbewerts bekannter Marken durch den Markeninhaber*, in *GRUR int.*, 1988, pág. 386 e segs.; AMMENDOLA, *Licenza di marchio e tutela dell'avviamento*, Padova, 1984, pág. 270 e segs.; CHAVANNE/BURST, *ob. cit.*, pág. 612 e segs..

ou do logotipo), assim como o *conhecimento* que já tenha adquirido nesse tipo de fabricação ou distribuição, permitindo (na franquia de distribuição) que o franquiado comercialize os seus produtos, de acordo com técnicas comerciais uniformes – já, previamente, experienciadas, por aqueloutro – constantemente por ele (franquiador) fiscalizadas. Para além da bibliografia citada supra, pág. 471, vide, também, ANA PAULA RIBEIRO, *O contrato de Franquia no Direito interno e internacional*, 1994, pág. 21 e segs..

Ao estudar a *licença de marca* de uma perspectiva de *lege feranda*, a doutrina portuguesa<sup>(966)</sup> assinalava as dificuldades que, facilmente, sobrelevariam acaso fosse, de algum modo, autorizada a *licença de uso* de marca<sup>(967)</sup>. Na ausência de normas que regulassem o *contrato de licença de marca*, a doutrina apontava os inconvenientes que daí poderiam resultar. Estes resumiam-se, sobretudo, na perda da eficácia distintiva do sinal. Dizia-se<sup>(968)</sup>, com efeito, que, uma vez permitido o uso da marca, tanto pelo seu titular, como por um licenciado, deixaria ela de ser um critério de selecção para o público, ficando prejudicada a sua própria função particular de instrumento de angariação de clientela.

Todavia, dada a crescente difusão da flora contratual relativa à licença de exploração da marca, entendeu o legislador, em 1984, que estava chegado o momento para reflectir na lei a *tipicidade social* que se fora sedimentando gradativamente. Daí que, pelo Decreto-lei nº 27/84, de 18-1, tenha sido introduzida uma nova redacção ao art. 119º do Cód. Prop. Ind. de 1940, no sentido de disciplinar, quanto ao fundo e quanto à forma, a matéria concernente ao contrato de *licença de exploração* de marcas. Disciplina esta que, ao

<sup>(966)</sup> Neste sentido, PINTO COELHO, *Lições...*, cit., I, pág. 498-499.

<sup>(967)</sup> Também, PINTO COELHO, *Marcas Comerciais e Industriais*, cit., pág. 104.

<sup>(968)</sup> Assim, PINTO COELHO, *Lições...*, ob. cit., loc. cit..

cabo e ao resto, se mantém, no essencial, no Novo Código da Propriedade Industrial.

Apesar da nova disciplina que aqui se encerra, crê-se que o legislador poderia ter regulado de uma forma mais densa o contrato em análise, posto que algumas dificuldades se deparam ao intérprete.

O nº 1 do art. 30º, do Código da Propriedade Industrial limita-se a reconhecer algumas modalidades de *licença de exploração* de marcas<sup>(969)</sup>, a saber:

- a) a *licença exclusiva*;
- b) a *licença simples* ou não *exclusiva*;
- c) a *licença relativa à totalidade* dos produtos ou serviços para que a marca foi registada;
- d) a *licença relativa a uma parte* dos produtos ou serviços para que a marca foi registada;
- e) a *licença* que abranja o uso da marca em todo o território nacional;
- f) a *licença* que abranja o uso da marca em certa zona do território nacional;
- g) a *licença* com duração inferior ao prazo de vigência do registo da marca;
- h) a *licença* com duração igual ao prazo de vigência do registo da marca.

Claro está que estas modalidades se combinam<sup>(970)</sup>, não raro, na prática contratual, por forma ao aproveitamento

<sup>(969)</sup> Note-se que a licença de exploração de marca, cujo registo foi, tão-só, solicitado, mas que ainda não foi concedido, não pode ser tutelada nos termos que se vêm de analisar. Trata-se, no fundo de um contrato de licença, relativo a uma *marca livre* ou não registada, pelo qual só se produzem efeitos obrigacionais *inter partes*. Logo, ao *licenciante* só é lícito lançar mão do regime jurídico concernente à *concorrência desleal*, para além das faculdades que o próprio contrato possa, eventualmente, encerrar a seu favor.

<sup>(970)</sup> A lei não o diz e nem será preciso fazê-lo – em atenção à liberdade negocial que, neste particular, prima: a *licença de exploração* de marca pode ser a título *gratuito* ou *oneroso*; assim como pode acompanhá-la a obrigação, por banda do licenciante, de transmitir know-how, relativo à fabricação do produto ou prestação do serviço a realizar pelo licenciado, caso em que

máximo que às partes seja lícito convencionar, relativamente ao uso do sinal. Assim, v.g., pode estipular-se uma *licença de exploração não exclusiva*, relativa a uma parte dos produtos para que a marca foi registada, válida no distrito do Porto, pelo prazo de 10 anos.

Por outro lado, o nº 4 do art. 30º, do mesmo código, contém um normativo que reforça, indubitavelmente, a posição do licenciado, posto estabelece que os poderes decorrentes do direito sobre a marca – conferidos ao licenciante – podem ser exercidos pelo licenciado, salvo convenção em contrário. Todavia, no pólo oposto, sopesando o equilíbrio dos interesses, a lei não se esqueceu de reforçar, analogamente, a posição jurídica do *licenciante*, porquanto estabeleceu no nº 1 do art. 213º, do Cód. Prop. Ind. que este poderá invocar os direitos conferidos pelo registo contra o *licenciado*, que infrinja o clausulado do contrato, designadamente, alterando, gráfica, figurativa ou foneticamente o sinal, aplicando-a a produtos ou serviços por cujo respeito o registo não tenha sido concedido, diminuindo a qualidade dos produtos fabricados ou dos serviços prestados, etc..

Põem-se a questão de saber se, em concreto, a licença de uma marca de base pode dar-se *separadamente* da licença da *marca específica*. A regra é, de facto, a da *inseparabilidade* destes dois tipos de marcas (cfr., art. 179º do Cód. Prop. Ind.): deve a *marca de base* ser usada *conjuntamente* com a marca específica relativa a cada produto ou serviço. Deflui daqui que não será lícita a *licença de exploração* da marca de base se não for acompanhada da *licença de exploração* que autorize, com ela, o uso da marca específica ou, pelo menos, quando não haja uma qualquer autorização do titular dela, que habilite aquele *licenciado* a

o contrato é atípico (a não ser que a interpretação da declaração negocial revele a existência de um contrato de *franchising*).

usá-la simultaneamente com aquela outra. Mas a marca específica parece que pode ser usada separadamente, sendo que o *uso* pode ser concedido a outrem sem vir acompanhado do uso da *marca de base*. É que a lei só proíbe que a marca de base seja utilizada separadamente da marca específica, e não a inversa. De resto, a lei não impõe que a marca específica inclua os mesmos – ou idênticos – sinais gráficos, figurativos ou fonéticos, ainda que com alterações não significativas.

De entre as distintas *variações contratuais* da licença de marca, as mais significativas são, sem dúvida, a licença *simples* ou *não exclusiva* e a *licença exclusiva*.

Na licença de exploração *simples* ou *não exclusiva*, o titular da marca limita-se a outorgar ao *licenciado* a autorização – através da assinalada concessão do gozo – de uso da marca *licenciada*, reservando o *licenciante* a faculdade de a explorar directamente<sup>(971)</sup> ou de conceder ulteriores licenças a outros *licenciados*.

Diferentemente do art. 109º do Código da Propriedade Industrial – que prevê a *não exclusividade* da licença *obrigatória* de patentes – o nº 7 do art. 30º, do mesmo diploma, só estabelece uma *presunção legal* no sentido de se considerar a licença, no silêncio do contrato, como *não exclusiva*.

Sendo assim, será, por exemplo, o *licenciado* que, alegando incumprimento do contrato de licença, deverá demonstrar que a licença lhe foi concedida em exclusivo (uma vez que, v.g., o licenciante tenha outorgado licenças de exploração, relativas ao mesmo sinal, a outros licenciados).

Suposta a existência de um facto conhecido (a base da *presunção*), qual seja o contrato de licença *qua tale*, a lei infere ou firma um facto desconhecido: a *não exclusividade* da licença. O que implica a *inversão do ónus da prova*: o *licenciante* não tem

<sup>(971)</sup> Por isso que se afirma no nº 6 do art. 30º do Cód. Prop. Ind. que a *concessão da licença de exploração não obsta a que o licenciante, conserve o direito de explorar directamente o direito licenciado*.

provar que a licença não é exclusiva. Já se vê que entendemos estar consagrada no nº 7 do art. 30º do referido código uma *presunção legal iuris tantum*, que não uma *presunção (legal) iure et de iure* (que não admite prova em contrário).

Portanto, salvo convenção em contrário das partes (que se reputará existente, ou não, consoante a prova que tiver sido feita e a interpretação das declarações negociais constantes do documento que titula o contrato), a licença é, *pela lei, considerada* como não exclusiva.

Na *licença de exploração exclusiva*, o titular da marca obriga-se a não conceder, ulteriormente, licenças a terceiros, que os habilitem a explorar o sinal na zona ou no território contratualmente reservados ao licenciado, durante o prazo de vigência daquela outra. E, como já se sabe, a referência da lei a uma zona ou território vale por significar todo o território português<sup>(972)</sup> ou, antes, uma parte determinada dele (o que não inclui o território de Macau)<sup>(973)</sup>. Num e noutro caso, o licenciante obriga-se a: não conceder novas licenças a favor de terceiros na correspondente área de utilização do sinal por parte do licenciado; impedir que os restantes *licenciados* – com quem tenha eventualmente contratado – utilizem a marca licenciada para além das zonas que lhes estão consignadas. O *licenciante* pode,

<sup>(972)</sup> O que ocorrerá, por via de regra, quando o licenciante é titular de diversas marcas nacionais (em diferentes países) e outorga uma licença exclusiva relativamente a cada um delas, aí onde a zona de utilização do sinal de cada um corresponde à totalidade do território de cada um daqueles Estados.

<sup>(973)</sup> Quanto a este território, ainda sob administração portuguesa até 31/12/1999, o titular de uma marca apenas para Portugal poderá requerer a extensão do seu próprio registo a Macau, sempre que outrém requeira um registo exclusivamente para esse território e o exame efectuado pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial revelar semelhança com a marca daquele outro ou, até, independentemente, deste pedido de terceiro obtida a extensão, o titular fica habilitado a realizar contratos de *licenças exclusivas* de uso, *nesse território, do sinal* (cfr., arts. 293º/1/3, do Cód. Prop. Ind.).

É óbvio que um registo de marca obtido exclusivamente para o território de Macau pode ser objecto, nesse território, de licenças de exploração *exclusivas* ou *não exclusivas*.

además, assumir uma outra obrigação: não utilizar directamente a marca, seja nas zonas ou território em que o(s) licenciado(s) tenha(m) direito de exclusivo, seja, de todo em todo, em qualquer território nacional ou em países estrangeiros. Nesta hipótese estamos perante uma licença exclusiva *reforçada* ou *qualificada*<sup>(974)</sup>. Porém, para que a licença seja *exclusiva* e/ou *exclusiva* em termos reforçados, é preciso que as partes o convençionem – no sentido em que prevejam expressamente essa modalidade ou que ela decorra, sem dúvidas, da interpretação da declaração negociada entretecida. A lei limita-se, numa fórmula genérica, a dizer que a licença exclusiva é aquela em que o titular da marca renuncia ao direito de conceder outras licenças para os direitos objecto da licença, enquanto esta se mantiver em vigor (art. 30º/8, do Cód. Prop. Ind.).

O nº 1 do art. 30º do Código da Propriedade Industrial contrapõe, por outro lado, a licença *total* ou *global* (isto é, que compreende a totalidade dos produtos ou serviços para os quais o registo da marca tivera sido efectuado) à licença *parcial* (ou seja, que abarca, tão-só, uma parte daqueles produtos ou serviços por cujo respeito foi concedido o registo).

Distinta da licença *parcial* é a hipótese pela qual o titular de várias marcas, constituídas por um sinal idêntico e registadas para diversas classes de produtos ou serviços, outorgua, a diversas pessoas, uma licença para utilização de cada uma das referidas marcas.

<sup>(974)</sup> Importa notar que ao titular (licenciado) de uma licença *exclusiva* – reforçada ou não – é obrigado o poder de autorizar (de que o licenciante, como é óbvio, igualmente, goza) a cessação do registo de marca confundível com a marca licenciada, salvo se o contrato de licença de exploração dispuser em sentido contrário (cfr., nº 2 do art. 189º, do Cód. Prop. Ind.). De resto, alínea h) do nº 1 do art. 182º, do mesmo diploma, a lei exige que o pedido de registo vá acompanhado com a autorização de licença *exclusiva*.

Todavia, não exige a lei, no caso da licença parcial, (para o efeito de averbamento no registo) que o contrato de licença de exploração inclua cláusulas tendentes a atribuir ao *licenciante* o controlo da qualidade dos produtos ou serviços, distribuídos ou prestados pelo *licenciado*, com a finalidade de evitar o desvirtuamento da função de *garantia de qualidade* ou de *manutenção da qualidade constante* decorrente da marca que é objecto da licença<sup>(975)</sup>.

Ao dispor que os direitos conferidos pela marca registada podem ser invocados contra o licenciado que viole o clausulado no contrato de licença, o art. 213º do Código da Propriedade Industrial fortalece, acentuadamente, a posição jurídica do *licenciante*. Na verdade, este dispõe, hoje, de dois tipos de acções, que mais não representam e são expressão de dois diversos *títulos de aquisição* da prestação: o *licenciante* tanto pode lançar mão das acções decorrentes do específico *direito sobre a marca*, como das acções que nascem do *incumprimento* do contrato de licença. De entre as primeiras destaca-se a acção tendente a fazer cessar o uso que o *licenciado* faça do sinal em desrespeito pelas prescrições contratuais, designadamente no que respeita à identidade da marca, à natureza dos produtos ou serviços para as quais foi concedida a licença, à qualidade dos produtos fabricados ou dos serviços prestados pelo licenciado, etc.<sup>(976)</sup>.

<sup>(975)</sup> Este desvirtuamento tenderá, em abstracto, a ser mais frequente se e quando o *licenciante* e o *licenciado* utilizam, simultaneamente, a mesma marca, apondo-a, cada um deles, a uma parte dos produtos ou serviços para que foi registada.

<sup>(976)</sup> Será ainda possível exercitar esta acção perante o licenciado que infrinja as cláusulas contratuais concernentes à duração da licença, à forma por cujo respeito deve utilizar-se o sinal nos produtos e nos serviços, ao território ou zona consignado a favor do licenciado. Já não parece que esta acção possa ser exercitada em face da conduta do *licenciado* traduzida na falta, de pagamento de *royalties*, pois que esta obrigação contratual não se reflecte, por natureza, directa ou indirectamente, no *uso indevido* que de que a marca possa ser objecto nas mãos do *licenciado*. Ou seja: só as eventualidades que se traduzem no *uso indevido* do sinal, em face do clausulado, é que são causa das acções que dimanam do específico direito sobre a marca; que não, portanto, as violações do contrato que não se reflectem no uso da marca.

Nas segundas incluem-se as indemnizações eventualmente devidas para o caso de resolução do contrato, a condenação no pagamento dos *royalties* em dívida, etc..

É já sabido que o Novo Código da Propriedade Industrial não faz recair sobre o *licenciante* o ónus de controlo e fiscalização da qualidade dos produtos ou serviços fabricados, distribuídos ou prestados pelo *licenciado*. Decerto que, na hipótese em que seja expressamente convencionada a obrigação, por banda do licenciado, de se manter ou atingir um determinado nível qualitativo das prestações dos serviços ou dos próprios produtos em si, fica salva a possibilidade de o licenciante invocar o *ius prohibendi* perante o licenciado, no sentido de obstar ao uso que este venha fazendo do sinal. Importa, no entanto, notar que o adopção das medidas atinentes ao controlo da qualidade estão na dependência da vontade do *licenciado* e do *licenciante*. Por outras palavras: o controlo da qualidade – maxime, a manutenção de uma *qualidade constante* – não é imposto pela lei, porquanto esta delega, outrossim, na autonomia da vontade o eventual programa contratual que preveja essa eventualidade. O mesmo cabe dizer pelo que concerne à efectiva observância das medidas de controlo ou fiscalização. No caso de se terem convencionado obrigações de controlo de qualidade por parte do licenciado, a sua inobservância gera, tão-só, incumprimento de uma obrigação contratual, à luz da qual o licenciante poderá, ou não, lançar não das acções decorrentes do específico direito sobre a marca. Salta, deste jeito, à vista que, longe de atribuir ao licenciante, o ónus de controlar efectivamente a qualidade dos produtos ou serviços, fabricados, distribuídos ou prestados pelo *licenciado*, o Código da Propriedade Industrial elega esta importante questão para o domínio das estipulações que, supletivamente, às partes é lícito integrar

no programa contratual da *licença de exploração de marca*.

A orientação da lei portuguesa pode, neste particular, comprometer gravemente a função de garantia de *qualidade* (cfr., supra) ou a expectativa, radicada nos consumidores, (finais/intermédios), de *manutenção de qualidade constante*. Isto dito sem embargo de *última ratio*, se poder lançar mão do disposto na alínea b) do nº 2 do art. 216º do Código da Propriedade Industrial: pode pedir-se a caducidade da marca que foi objecto de licença, na hipótese de, no seguimento do seu uso feito pelo(s) licenciado(s), ela se tornar susceptível de induzir o público em erro, nomeadamente *acerca da natureza, qualidade e origem geográfica* dos produtos ou serviços por cujo respeito se obteve a dita licença. Eis uma hipótese em que, para além dos *remédios* contratuais a lei põe à disposição dos *interessados* uma forma (radical) de, não só proteger o *interesse público* da transparência do mercado e da confiança dos seus agentes, mas também tutelar os direitos (subjectivos) fundamentais dos consumidores finais.

#### i) Forma legal

O contrato de licença de exploração de marca deve ser reduzido a escrito, ao abrigo do disposto no nº 3 do art. 30º do Código da Propriedade Industrial, pois que, doutro modo, não pode fazer-se o averbamento no registo (art. 30º/1, do mesmo diploma), a não ser que o *licenciado* faça declaração expressa no requerimento (apresentado pelo licenciante) de que aceita a cedência do gozo do sinal (art.31º/3, idem). Uma vez realizado o averbamento, a licença passa a ser oponível perante terceiros, já que até aí só produzia efeitos *inter partes*.

No caso de o contrato de licença de exploração relevar elementos de conexão com ordens jurídicas estrangeiras (v.g., o lugar da celebração do contrato foi em Espanha, o titular da marca é espanhol, o licenciado é um português e a marca *licenciada* destina-se a ser usada em

Portugal: cfr., arts. 42º e 48º do Cód. Civil) será aplicável a lei que o haja de ser nos termos gerais das normas de conflitos. Se o problema se achar regulado em tratados, convenções ou acordos internacionais, prevalecerá o específico regime aí consignado, em detrimentos dos referidos disposições do Código Civil.

## ii) Outros efeitos

É lícito prever-se a possibilidade de o licenciado conceder *sub-licenças*. Porém, tal faculdade somente aproveita ao contrato de *licença exclusiva* (cfr., nº 2 do art. 213º do Cód. Prop. Ind.): trata-se da figura do *sub-contrato*<sup>(977)</sup>. A proibição atende à natureza *intuitus personae* do contrato de licença.

Diferentemente desta situação é o caso de o direito do licenciado poder ser por ele alienado: trata-se aqui da figura da *cessão da posição contratual*. Contudo, como aliás já decorre das regras gerais, o direito (do licenciado) obtido por meio de licença de exploração *não pode ser alienado sem o consentimento escrito do licenciante* (nº 5 do art. 30º, *idem*)<sup>(978)</sup>.

O titular do registo pode, entre nós, *renunciar* ao direito sobre a marca, independentemente (ou apesar) da falta de consentimento do(s) licenciado(s)<sup>(979)</sup>. Só que a aparente

<sup>977)</sup> Apesar de o contrato não prever essa possibilidade, é lícito às partes convencionarem, posteriormente, nesse sentido (vide art. 221º/2, do Cód. Civil).

<sup>978)</sup> A única nota dissemelhante deste regime, em face do que resulta do art. 424º/1, do Código Civil, está em que o consentimento só pode ser dado por *escrito*. Por outro lado, no caso de transmissão definitiva do estabelecimento do licenciado, não se transmite para o adquirente a posição que aquele detém no contrato de licença de marca, salvo consentimento do titular do sinal.

<sup>979)</sup> No sentido de que a *renúncia* só é admitida com o consentimento dos titulares de licença de exploração vai, por exemplo, o ordenamento espanhol (art. 52º/3, da Ley de Marcas: ... *no podrá admitirse la renúncia del titular de la marca sobre la que existan derechos reales, embargos ou marcas inscritos en el registo de marcas sin que conste el consentimiento de los titulares de los derechos inscritos*) e francês (art. 18º do Decreto de 27/11/1956).

debilidade contratual que daqui resultaria para os *licenciados* é, pela lei, compensada a seu favor, já que se reequilibra o risco contratual ao se outorgar àqueles titulares de licenças de exploração o direito de se substituírem (*sub-rogação* pessoal) ao titular da marca na conservação do direito inscrito; o direito sobre a marca não se extingue, antes muda de titular: o licenciado passará a ser o titular do direito de propriedade sobre o sinal.

O *licenciado* deverá utilizar a marca na comercialização dos seus produtos e serviços. E essa utilização constitui, como vimos, *uso sério* da marca, que impede a sua caducidade, maxime nos casos em o licenciante renuncia ao direito de a explorar directamente. Devendo o *licenciado* fruir a marca em obediência ao clausulado, sob cominação de, como é sabido, o *licenciante* poder invocar contra si os direitos privativos da marca, uma vez que o contrato cesse (por resolução, denúncia, caducidade, revogação), deverá o licenciado abster-se de, doravante, a continuar a utilizar. De resto é aconselhável, se fôr caso disso, prever o destino a dar às existências dos produtos marcados, que estejam na posse do licenciado<sup>(980)</sup>.

É lícito convencionar-se a proibição de o licenciado vender ou fabricar produtos ou prestar serviços para os quais foi concedida a licença de exploração, contanto que esse clausulado não brigue com o disposto no DL nº 371/93, de 29-10, sobre *práticas restritivas da concorrência*. Até porque, neste sentido, está, igualmente, vedado ao licenciante

<sup>(980)</sup> Na falta de específica previsão, deve permitir-se que o *licenciado* escoe as existências, mesmo após a extinção do contrato, acaso esta tenha tido lugar sem *pré-aviso*.

Não pode, de facto, sem mais, dizer-se que o *licenciado* – titular de uma licença por prazo inferior à duração do registo da marca (ou por prazo igual ao da vigência do registo, contanto que se preveja a renovação do contrato no caso de ocorrer a renovação do registo da marca) tem direito à renovação do contrato, a não ser, talvez, havendo *abuso de direito* (v.g., o licenciante não renovar o contrato após ter convencido o licenciado de que o iria fazer).



a imposição – e, até, a simples recomendação – de preços, máximos ou mínimos, de venda relativamente aos produtos e serviços do licenciado, aos quais é aposta a marca daquele (art. 2º/1, a, do DL nº 371/93).

Questão diversa, e complexa, é, por outra banda, saber se o licenciado, extinto o contrato por facto que lhe não seja imputável, tem, ou não, direito a ser indemnizado – ou melhor, *compensado* – pela clientela que, entretanto, terá sido angariada pelo licenciante. A questão só se põe, portanto, na falta de previsão contratual.

Não pensamos que, neste, particular, haja uma solução unitária. Certo é que, numa formulação abstracta, não deve configurar-se o direito a uma *compensação* que aproveite ao licenciado<sup>(981)</sup>, não sendo lícito, a não ser em casos excepcionais, aplicar-se por analogia o art. 33º do DL nº 178/86, de 3-7, relativo ao *contrato de agência* (na redacção do DL nº 118/93, de 13-4)<sup>(982)</sup>. Com efeito, normalmente será a marca (objecto de licença de exploração) o *leitmotiv* da angariação de clientela por parte do licenciante. No entanto, certos casos se surpreendem por cujo respeito se deve outorgar ao licenciado uma *compensação* deste jaez: nas hipóteses, por exemplo, em que, findo o contrato, o licenciado deixe de concorrer no mercado com o licenciante porque, v.g., já, *ab initio*, o não fazia, tendo assim, no iterim, desenvolvido uma actividade económica no mesmo sector merceológico do licenciante em atenção à aptidão profissional que o caracterizava], se o aumento da clientela (logo do aviamento) do licenciado se ficou a dever às

<sup>(981)</sup> Assim, também, mas no quadro de contrato de *franchising*, MENEZES CORDEIRO, *Contrato de franquia (Franchising): Autonomia Privada versus tipicidade Negocial*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48º, Abril de 1988, pág. 83.

<sup>(982)</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-lei nº 178/86*, 2ª ed., Coimbra, 1993, pág. 102 e segs., esp. pág. 106-108.

específicas qualidades da pessoa ou da organização do licenciado<sup>(983)</sup>, etc.. Vale isto por dizer que haverá casos em que, concretamente, é razoável – à luz do reequilíbrio das prestações e do *statu quo post factu finitum* – conceder, ao *ex-licenciado*, uma *compensação*, conquanto na falta de expressa convenção nesse sentido. Diferentemente dos contratos de licença de exploração de marca se configuram os *acordos de delimitação* (territorial, merceológica, quanto à configuração e composição da próprio sinal) de marcas.

Na verdade, estes últimos são acordos pelos quais os *titulares de várias marcas* similares, para produtos afins ou semelhantes, delimitam os círculos (territoriais, merceológicos, etc.) de utilização das respectivas marcas, com a finalidade de evitar a indução em erro e os consequentes litígios judiciais [cfr., GUGLIELMETTI, *Accordi di delimitazione in materia di marchi e loro efficacia in altro Stato membro della CEE*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1987, II, pág. 251 e segs.; MC CARTHY, *ob. cit.*, I, pág. 865 e segs.; LIUZZO, *Accordi di delimitazione del diritto di marchio e normativa comunitaria anti-trust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1984, I, pág. 337 e segs.; BERCOVITZ, *La Propiedad Industrial e Intelectual en el Derecho Comunitario*, in «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», org. por G. ENTERRÍA/GONZALEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986, II, pág. 585 e segs.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Fundamentos...*, cit., pág. 550 e segs.]. Estes acordos são, igualmente, frequentes entre o titular de uma marca registada e o requerente do registo de outra, que seja anterior confundível (o que, de resto, está previsto, como sabemos, entre nós, no art. 189º/2, do Cód. Prop. Ind.).

Tratando-se de *acordos de delimitação territorial*, tal implica que cada um dos titulares se obriga a não usar a marca no Estado (ou Estados) em que a outra parte obteve a protecção da marca confundível [todavia, e ao arrepio da boa razão, a Comissão das

<sup>(983)</sup> É que, tanto o aviamento subjectivo, como o objectivo da empresa do licenciado podem, nos casos concretos, contribuir para o incremento do aviamento (por via do aumento da clientela) da empresa do licenciante.

Comunidades na decisão *Sirdas - Phildar*, de 5/3/1975, julgou estes acordos contrários ao nº 1 do art. 85º do Tratado de Roma, sem que pudessem ser exceptuados pelo nº 3 ao art. 86º do mesmo Tratado]. De facto, estes acordos não *repartem mercados*, justamente, pela simples razão de que inexistem práticas restritivas da concorrência, por virtude do simples exercício dos direitos decorrentes de cada marca nacional. É que, nestas hipóteses, o princípio da livre circulação de mercadorias não deve prevalecer em face da protecção outorgada pelos respectivos direitos nacionais; caso contrário volar se-iam o específico objecto dos direitos de propriedade industrial: o que autoriza a invocar um direito de propriedade industrial, adquirido num Estado-membro (para o efeito de impedir a importação de produtos comerciais sob uma marca confundível), se e quando os respectivos direitos sejam titulares por pessoas diferentes, à luz de diferentes direitos nacionais. Se assim, não fosse, os consumidores de cada Estado-membro não estariam em condições de identificar, com segurança, a origem do produto assinalado pela marca, podendo atribuir ao titular do direito a má qualidade de um produto (ou serviço) que, ao cabe e ao resto, não lhe poderia ser imputável. Ao invés, tais acordos não violam o art. 85º do Tratado a não ser que se configurem como acordos horizontais anticorrecionais e não como simples acordos de delimitação. De todo o modo, estes acordos de delimitação territorial não implicam o *esgotamento* do direito sobre a marca (cfr., infra), nos termos do art. 208º, do Cód. Prop. Ind.].

Nos *acordos de delimitação de produtos*, as partes delimitam, no *interesse recíproco*, as esferas de utilização das respectivas marcas, no que diz respeito à comercialização ou fabricação dos produtos, obrigando-se ao cumprimento de recíprocos condicionamentos. Assim, haverá violação do art. 85º do Tratado de Roma sempre que o acordo obstaculize que uma delas comercialize ou fabrique certos produtos no Estado da sede da outra parte, se e quando tiverem por finalidade repartir mercados (v.g., se uma delas se compromete a não pedir a caducidade da marca da outra ou a não impugnar a sua validade, maxime quando se trata de uma marca notória). Igualmente, neste tipo de acordos se não dá o *esgotamento* do direito sobre a marca.

Finalmente, nos *acordos de delimitação da forma* das marcas, os diversos titulares de marcas confundíveis registadas nos vários

Estados-membros, obrigam-se a condicionar a configuração (gráfica, figurativamente fonética) das respectivas marcas por forma a facilitar a recíproca coexistência no mercado e a livre circulação das mercadorias.

Entre nós, estes acordos são inválidos se, sendo as marcas confundíveis, as alterações a efectuar nos sinais continuem a induzir o público em erro sobre a qualidade do produto ou do serviço, nos termos do citado art. 189º/2, do Código da Propriedade Industrial.

### iii) A licença ultramerceológica (*merchandising* de marcas).

O que agora se discute é a questão de saber se o esquema típico da licença de exploração de marca pode ser, pelos contraentes, mobilizado para a conclusão de um negócio pelo qual o titular da marca cede o seu gozo a um terceiro para o efeito de este apôr o sinal em produtos ou serviços não afins ou semelhantes àqueles para que o registo foi concedido.

O problema está em que, à luz do esquema contratual tradicional, alegadamente, previsto na lei (isto é, o esquema da *licença clássica*), é pressuposto da validade do contrato a *identidade merceológica* dos produtos e/ou serviços assinalados, pelo *licenciante* e *licenciado*, com base na mesma marca. Sendo assim, poderá a marca licenciada ser usada para identificar produtos ou serviços não idênticos, não afins ou não semelhantes àqueles para que o registo foi concedido? O relevo prático desta questão está em que a resposta afirmativa ao problema implica a atribuição ao *licenciado*, que fabrica ou comercializa produtos diferentes daqueles por cujo respeito foi requerido (e obtido) o registo, das faculdades conferidas ao *licenciante*, concernentes à defesa e protecção do específico direito de propriedade sobre a marca (art. 30º/4, do Cód. Prop. Ind.) perante imitações ou usurpações de terceiros; e bem assim, na

circunstância de a um *licenciado* deste jaez ser lícito outorgar sub-licenças (art. 213<sup>º</sup>/2, *idem*). Donde, se a resposta for afirmativa e *incondicionada*, é bem de ver a *monopolização* ou *oligopolização* de que uma marca registada pode ser objecto.

Por isso que são visualizáveis várias soluções, que aqui resumimos, a saber:

- a) a que propugna a *inadmissibilidade, em qualquer circunstância, de o contrato de licença de exploração de marca habilitar a sua utilização, por terceiros, em produtos ou serviços não idênticos e não afins*.

Esta concepção baseia-se, em primeiro lugar, na ideia de que a *identidade merceológica* é um elemento essencial (*essentiale negotii*) do contrato de licença, no sentido em que o público orienta as suas escolhas em atenção à qualidade intrínseca dos produtos ou serviços marcados. Depois, a utilização da marca mediante a concessão de licenças para produtos ou serviços não afins (*collateral products*), e para além dos limites que se assinalam à actividade (principal) do *licenciante*, constituiria *abuso do direito* decorrente da marca e fraude à lei, porquanto a utilização dela seria alheia à sua função distintiva, uma vez que o uso seria estranho à indústria ou comércio do titular. Razões estas que induziriam facilmente o público em erro sobre os caracteres essenciais do sinal<sup>(984)</sup>.

<sup>(984)</sup> Cfr., AUTERI, P., *Sulla tutelabilità dei nomi di personaggi di opere letteraire (a proposito del caso James Bond 007)*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1969, pág. 74 e segs.; AUTERI, P., *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in *Contratto e Impresa*, 1989, pág. 510 e segs.; FRANCESHELLI, *Sui marchi d'impresa*, 4<sup>a</sup> ed., 1988, págs. 177 e 219.

- b) a que defende a *admissibilidade de o titular da marca autorizar um terceiro a usar a marca em produtos ou serviços para os quais não foi registada*. Nesta hipótese, a relação jurídica que intercorre entre o titular da marca e o terceiro *autorizado* não se reconduz ao esquema da *licença* em sentido técnico (*echte lizenz*), mas, antes, ao da *renúncia* de o titular fazer valer, perante esse terceiro, as acções emergentes do direito específico sobre a marca; ou, tratando-se de marca (registada) *célebre* ou de *reputação excepcional*, a renúncia de o titular – por que não defendido pelo *princípio da especialidade* – exercitar, contra esse terceiro, as acções emergentes da tutela da leal concorrência<sup>(985)</sup>.

Uma vez que o *autorizado* não é, tecnicamente, um licenciado, à luz da lei portuguesa (art. 30<sup>º</sup>/4) não poderá ele gozar, para todos os efeitos legais, das faculdades conferidas ao titular do registo.

- c) a que assinala a validade do contrato de licença de exploração de marca para assinalar produtos ou serviços não afins ou semelhantes. Com uma nota: a validade deste contrato depende da circunstância de o seu objecto ser uma marca de *reputação excepcional*. Isto é: só estas marcas podem ser objecto de contratos de licença de exploração, para o efeito de serem utilizadas na identificação de produtos ou serviços diferentes daqueles por cujo respeito o registo delas foi concedido.

<sup>(985)</sup> Esta concepção é a que, tradicionalmente, tem sido acolhida no direito germânico. Cfr., BAUMBACH/HEFERMEHL, *ob. cit.*, pág. 522 e segs.; VOELP, F., *ob. cit.*, pág. 843 e segs.. Todavia, nos casos em que a utilização da marca implica uma garantia de qualidade dos produtos ou serviços marcados (v.g., *Guetevorstellung*) a não manutenção ou asseguramento desta acarreta, na prática, uma oferta dos produtos ou serviços que induzem o público em erro (*irrefuehrendes Angebot*), é preciso que essa *autorização* inclua a possibilidade de o titular da marca controlar a qualidade dos produtos fabricados ou distribuídos e dos serviços prestados.

Nesta medida, restringimos aqui o fenómeno do *merchandising de marcas*, pois que: a) tem ele como objecto marcas, que não incluam sinais atinentes a direitos de autor (*character merchandising*), nomes de pessoas (*celebrity licensing*) ou outros (v.g., as *popular properties*: nomes ou símbolos que desfrutam de reputação excepcional como, v.g., é o caso dos símbolos olímpicos)<sup>(986)</sup>; b) a autorização de uso da marca, por outrem, em produtos ou serviços diferentes revê-se num *negócio jurídico bilateral* a que se dá o nome de *licença de exploração* de marca; c) só se consideram as hipóteses em que o sinal é utilizado, pelo *licenciado*, numa função especificamente distintiva de produtos e serviços e não numa função puramente promocional, estética ou ornamental.

Na verdade, crê-se ser esta a solução a sufragar, reforçada, que é, pelos hodiernos processos e técnicas, que, na sociedade pós-industrial, conduziram amplos espaços do mercado à gradativa *imaterialização* do fabrico e da comercialização dos bens<sup>(987)</sup>. Convém, no entanto, precisar um pouco mais.

Em primeiro lugar, deu-se, a partir da década de sessenta, uma modificação da atitude dos empresários, qual seja a de se requerer o registo de uma marca para diferentes classes de produtos

<sup>(986)</sup> Cfr., GRIMES, C. W./BATTERSBY, *The Protection of Merchandising Properties*, in Trademarks Report, 1979, pág. 431 e segs.; RICOLFI, M., *Il contratto di merchandising...*, cit., págs. 82 e segs., 165 e segs., 425 e segs.; FRIGNANI, *I problemi giuridici del merchandising*, in Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital..., cit., pág. 466 e segs.; PAGENBERG, *Ausstattung und Character Merchandising*, cit., pág. 1077 e segs.; BATTERSBY, *The Law of Merchandising and Character Licensing*, New York, 1989; GATTI, *Il diritto all'utilizzazione economica della propria popolarità*, in Rivista di Diritto Commerciale, 1988, pág. 355 e segs..

<sup>(987)</sup> Neste sentido, GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi di società, licenze, «merchandising»*, in Contratto e Impresa, 1987, págs. 173 e segs., 188 e segs.; GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, *L'impresa e la società*, Padova, 1990, pág. 179 e segs..

e serviços<sup>(988)</sup>, em termos não necessariamente coincidentes com a actividade económica do requerente.

O que se justifica em homenagem à tutela dos interesses dos requerentes em, por exemplo, expandir, no futuro, a sua actividade económica ou constituir um grupo económico integrado por sociedades por si *dominadas*, as quais terão por objecto a fabricação ou distribuição de produtos outros assinalados pela marca, cujo registo pertence àqueloutra (v.g., uma *Sociedade Gestora de participações sociais*). E revela, afinal, a dissociação entre a titularidade do direito sobre a marca e a efectiva produção ou comercialização dos bens para as quais foi registada.

Em segundo lugar, uma vez que as *marcas de reputação excepcional* são objecto de uma protecção *ultramerceológica* (art. 191º, do Cód. Prop. Ind.) que, na *vertente negativa*, habilitam o seu titular a opôr-se ao registo de marcas confundíveis para produtos ou serviços não semelhantes, é razoável que, no contrapolo daquele *círculo de proibição* mais vasto, o *licere* do titular inclua, na *vertente positiva*, o direito de, contratualmente, convencionar a utilização dessa marca, por terceiros, em produtos ou serviços não semelhantes<sup>(989)</sup>.

Em terceiro lugar, a admissibilidade de licenças de marca deste jaez implica – conquanto tal se afigure, aparentemente, uma contradição – a diminuição do risco de se induzir o público em erro

<sup>(988)</sup> O registo de marcas continua, hoje, a ser feito por Classes de Produtos e Serviços, pela ordem das classes da *Classificação Internacional*: não é ela, por conseguinte feita por produtos e serviços (cfr., 181º/1, b, do Cód. Prop. Ind.).

<sup>(989)</sup> Cfr., dubitativamente, AUTERI, *Lo sfruttamento...*, cit., pág. 543.

acerca da proveniência dos produtos ou serviços marcados pelo licenciado<sup>(990)</sup>. De facto, o consumidor médio, ao adquirir os produtos fabricados ou comercializados pelo *licenciado*, é levado a crer que se trata de produtos ou serviços não provenientes das empresas do titular da marca de *reputação excepcional*. Ou seja: o público confia e acredita, outrossim – por causa, já se vê, do interesse que o licenciante tem em que não sejam comercializados ou fabricados produtos não afins de qualidade inferior áqueles para que o registo foi concedido – que se trata de produtos ou serviços seleccionados segundo critérios (v.g., de qualidade, de design, de tecnologia de ponta, de gosto, etc.) que, igualmente, tornaram célebre a marca do *licenciante*.

Em quarto lugar, sendo a *marca de reputação excepcional* um bem imaterial, é outra a causa, neste particular, do negócio jurídico: enquanto que na licença de marca para produtos iguais, afins ou semelhantes, o licenciante pretende rendibilizar os investimentos por via do acesso, dos seus produtos ou serviços, a outros mercados, cuja acessibilidade é obtida por via da actividade do *licenciado*, ao invés, na *licença de marca*, que ora vai analisada, é interesse do licenciante fazer rendibilizar a *reputação* do próprio sinal enquanto bem imaterial, por via da concessão do seu gozo a terceiros<sup>(991)</sup>. Deste jeito, neste tipo de licenças, o objecto do contrato é o próprio sinal *in se*, com *valor de uso e valor de troca*

<sup>(990)</sup> Nestes termos, GALGANO, *Diritto civile e commerciale...*, cit., pág. 181; GALGANO, *Il marchio nei sistemi...*, cit., pág. 191.

<sup>(991)</sup> Talqualmente ocorre naquelas situações em que alguém (v.g., senhorio, locador, financeiro), contra retribuição, concede o gozo de um bem de que é titular.

– em suma, com autónomo valor de posição no mercado – independentemente da indicação de proveniência ou da origem empresarial que, também, possa ostentar.

De resto, esta alteração no plano dos interesses vai acompanhada da correspondente constatação das modificações ocorridas na percepção dos consumidores: estes não adquirem o bem visando a satisfação das necessidades para que, naturalmente, ele tende, outrossim para possuírem e ostentarem o sinal que os identifica com certos grupos de indivíduos (v.g., a *intelligentsia*, a *elite*), que os diferenciam dos restantes consumidores.

Não pensamos, tão pouco, que a *validade* destas licenças esteja dependente do controlo que, contractualmente, seja reservado ao licenciante, pelo que diz respeito à genérica manutenção da qualidade dos produtos ou serviços não afins ou semelhante<sup>(992)</sup>, fabricados ou distribuídos pelo licenciado. E isso é assim seja, a *licença exclusiva* ou não<sup>(993)</sup>.

<sup>(992)</sup> Tem sido esta, no entanto, a doutrina dominante. Cfr., GRIMES, C. W./BATTERSBY, G. I., *The Protection of Merchandising...*, cit., pág. 438; RICOLFI, *Il contratto di merchandising...*, cit., págs. 590 e segs., 623 e segs.; RUIJSEN NAARS, *ob. cit.*, pág. 283; GALGANO, *Il marchio...*, cit., pág. 191; GALGANO, *Diritto civile e commerciale...*, cit., pág. 181; GHIDINI, G./HASSAN, S., *ob. cit.*, pág. 390.

<sup>(993)</sup> Acaso as restantes marcas fossem mobilizáveis como objecto de *licença de exploração* para produtos ou serviços não afins e/ou não semelhantes, estaríamos a transformar as palavras, as figuras e os sons em sinais distintivos: o conteúdo passaria a *contínente*. A *linguagem* seria objecto de monopólio, talqualmente ocorre no domínio das obras de engenho (patentes, desenhos, modelos) e intelectuais (direito de autor), justamente num sector – o das marcas – em que inexistente qualquer interesse social em promover a investigação e a criatividade. Em suma: se tal fosse admitido para a generalidade das marcas, assistir-se-ia a criação de uma nova categoria de *bens imateriais*, os quais, carecidos, sem embargo, de qualquer afinidade substancial com as obras de engenho e as criações intelectuais, acabariam na prática por reivindicar idêntica protecção jurídica. Cfr., em termos análogos, ROVERATI, F., *Marchio ed imprenditorialità. La nuova formula dell'art. 22 legge marchi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Maio-Junho, 1993, pág. 484 e segs..

É, todavia, líquido que, na prática, a *flora contratual* revela que o *licenciante* – titular da marca de reputação excepcional – se reserva na faculdade de fixar parâmetros de produção e controlar (preventiva ou sucessivamente) as características e a qualidade dos produtos ou serviços (v.g., seleccionando as matérias-primas, aprovando os protótipos, o design), a ponto de não ser estultícia dizer que *licenciante e licenciado colaboram*, não raro, na produção ou comercialização do produto ou prestação dos serviços, repartindo o protagonismo decisional naquilo que diz respeito às características e à qualidade dos bens.

É que como se viu, ao abrigo do disposto no art. 213º/1 do Cód. Prop. Ind., a previsão de um qualquer controlo deste jaez é, pela lei, vista como uma mera faculdade que o *licenciante*, querendo, deverá consignar no acordo negocial. Na falta dela, não fica afectada a validade do negócio. De resto, tão pouco a lei impõe, expressamente, esse encargo (traduzido no aludido controlo e/ou fiscalização, com a finalidade de evitar a declaração de caducidade da marca, nos termos do art. 216º/2, b, do mesmo código), posto não se entendeu que existia um *interesse público* suficientemente relevante que o justificasse. Daí que é do específico interesse do *licenciante* predispor a estipulação densificante destes parâmetros de controlo, por forma a evitar um pedido de declaração de caducidade, fundado no referido normativo.

Em conclusão: só as marcas *célebres* ou de *reputação excepcional* podem ser objecto de licenças de exploração para produtos não afins ou semelhantes. Licenças estas que são disciplinadas pelos arts. 30º,

31º, 213º e demais normativos complementares do Novo Cód. Prop. Ind.; não prejudica a validade delas – e o conseqüente averbamento no registo – a circunstância de não ser expressamente consignado um *cadernos de encargos*, a cumprir pelo *licenciado*, que seja expressão do controlo que o *licenciante* faça, preventiva ou sucessivamente, sobre os caracteres essenciais ou a qualidade desses produtos ou serviços; esta eventualidade só releva, *última ratio*, em sede de cessação da vigência do próprio registo da marca, uma vez julgado procedente o pedido de caducidade, requerido nos termos do art. 216º/2, b, do Código da Propriedade Industrial.

#### 12. Os limites da eficácia dos direitos conferidos pelo registo da marca. O esgotamento do direito sobre a marca.

O *princípio do esgotamento* do direito sobre a marca significa que o direito de o seu titular proibir o uso dela para produtos comercializados em certo território (nacional, comunitário, internacional) se extingue no momento em que aquele titular introduz ou consente a comercialização dos produtos identificados com a sua marca. Após essa *primeira comercialização*, o direito sobre a marca torna-se ineficaz para o efeito de se poder proibir a ulterior negociação, realizada por terceiros, desses produtos.

Dito de outra forma: uma vez realizada a primeira comercialização dos produtos marcados pelo titular do sinal, fica ele impedido de proibir (ou restringir) os ulteriores actos de comercialização levados a cabo por terceiros, relativamente aos mesmos produtos<sup>(994)</sup>.

Esses ulteriores actos de comercialização ou distribuição dos produtos marcados pelo titular denominam-se *vendas paralelas* ou *distribuição paralela*, quando são realizados por terceiros sem o consentimento do titular da marca. De facto, esses actos são realizados por revendedores, não expressamente autorizadas pelo titular da marca, nem tão pouco inseridos na rede oficial de distribuição estabelecida e tutelada pelo dono do sinal.

Ademais, estas *vendas paralelas* podem ser antecedidas de *importações paralelas* quando os produtos,

<sup>(994)</sup> Sobre isto, cfr., BEIER, *Patent licences Agreements under German and European Antitrust Law*, in *Internation Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1972, pág. 1 e segs.; BEIER, *Territoriality of Trademark Law and International Trade*, ivi, 1970, pág. 48 e segs.; CASTELL, *L'épuisement du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, Paris, 1989; DEMARET, *Industrial Property Rights, Compulsory Licences and the Free Movement of Goods under Community Law*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1987, pág. 161 e segs.; PRÄNDL, F., *Exhaustion of IP Rights in the EEA Applies to third-country Goods Placed on the EEA Market*, in *ECLR*, 1993; LOBATO, *El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual y industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *Anuário de Derecho Civil*, 1991, pág. 553 e segs.; OLIET, *Droit des Marques et libre circulation des marchandises: L'abandon de l'arret Hag*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1991, pág. 169 e segs.; HOCKLEY, *Parallel Importations of Trade Marked Goods into Australia*, in *International Review of Industrial Property Rights*, cit., 1985, pág. 549 e segs.; HIEBERT, *Foundations of the Law of Parallel Importation: Duality and Universality in Nineteenth Trade Mark Law*, in *Trademarks Reporter*, 1990, pág. 483 e segs.; HERAS LOZANO, T. DE LAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, 1994; TAKAMATSU, *Parallel Importations of Trademarked Goods: a Comparative Analysis*, in *Washington Law Review*, 1982, pág. 433 e segs.; ULLRICH, H., *Libre circulation des marchandises et droit des marques*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1975, pág. 393 e segs.; AZEMA, in *Lamy Commercial*, cit., n.º 4890 e segs.; VANZETTI, *La nuova legge marchi, codice e commento alla riforma*, (reimpressão) Milano, 1993, pág. 35; VANZETTI/ I CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, Milano, 1993, pág. 239; FAZZINI, *Le prime impressioni sulla riforma della disciplina dei marchi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1993, I, pág. 163 e segs..

distribuídos sob aquela *marca autêntica*, tiverem sido anteriormente comercializados pelo titular dela (ou com o seu consentimento) no país exportador, aí onde foram adquiridos, por um *importador paralelo* e logo introduzidos no país (importador) onde a marca se encontra juridicamente protegida.

Importa, ainda, distinguir o *esgotamento nacional, supranacional e internacional*.

O primeiro dá-se com a *primeira comercialização* dos produtos marcados, consentida pelo titular do sinal, no mercado nacional. E impõe-se ele por força do império da *liberdade empresarial* no interior de um Estado.

O segundo ocorre sempre que essa *primeira comercialização* se localiza num mercado supranacional (v.g., o mercado da União Europeia). Assim, o *esgotamento comunitário* do direito sobre a marca é justificado em homenagem ao princípio da *livre circulação de mercadorias* e de *serviços* no espaço interior da União.

O terceiro produz-se quando aquela *primeira comercialização* se dá num mercado estrangeiro, isto é, num mercado de um Estado exportador não integrado em qualquer *mercado interior* supranacional. O *esgotamento internacional* significa a afirmação da plena liberdade das importações e subsequentes vendas paralelas dos produtos assinalados com a marca autêntica no Estado importador, aí onde essa marca estiver registada, desde que esses produtos tenham sido comercializados, pela primeira vez, pelo titular da marca (ou por terceiro, com o seu consentimento), em qualquer lugar do mundo, *rectius* no mercado internacional.

É, hoje, aceite como pacífico, tanto o *esgotamento internacional* como o *comunitário*. Controvertida é,

ainda a questão da aceitabilidade do *esgotamento internacional*<sup>(995)</sup>.

Vai neste sentido o nº 1 do art. 208º do Novo Cód. Prop. Ind., ao dispor que *os direitos conferidos pelo registro da marca não permitem ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na comunidade sob essa mesma marca pelo titular ou com o seu consentimento*. Porém, no nº 2 deste preceito afirma-se que o princípio do esgotamento (nacional ou estrangeiro) não opera *sempre que existam motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desse produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado*<sup>(996)</sup>.

<sup>(995)</sup> Esta questão não vai, porém, ser aqui discutida. Tão-só se dirá que o sopesamento dos interesses (dos consumidores e dos concorrentes) relevantes vai, segundo cremos, no sentido do acolhimento do princípio do *esgotamento internacional*, pois que este beneficia a liberdade de empresa, a livre circulação de mercadorias e a liberdade de concorrência. Ora, isto adequa-se à função social da marca, qual seja a de indicar a proveniência empresarial dos produtos e serviços importados por terceiros, mas que foram *marcados* e comercializados pelo titular da marca ou por um terceiro com o seu consentimento: não é a identidade do importador ou o cruzamento dos fronteiras que altera a função (originária) da marca.

Não fora assim sairiam favorecidas as empresas estrangeiras, maxime as que fabricam os seus produtos em países terceiros não pertencentes ao *mercado interior* da União Europeia, que, destarte, usufruiriam de um verdadeiro monopólio de importação naqueles Estados da *União Europeia*, onde tivessem registado a marca. Com a consequência de, dessa forma, isolarem esses Estados do restante mercado (onde se fabriquem produtos idênticos ou afins) internacional e do sistema internacional de preços. Cfr., RUIGROK, *Paradigm Crisis in International Trade Theory*, in *Journal of World Trade*, Fevereiro, 1991, nº 2, pág. 77.

Contra o princípio do esgotamento internacional vai a doutrina de ROVERATI, *Importazioni parallele da paesi extracomunitari. Esaurimento del diritto di marchio e principio di «territorialità» alla luce della più recente giurisprudenza e della riforma della legge marchi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994, I, c, pág. 157 e segs.; parcialmente no sentido do texto, SCORDAMAGLIA, *Il marchio comunitario*, «in Marchi e Modelli», Atti del Convegno di Parma, Parma, 1993, pág. 97 e segs..

<sup>(996)</sup> No mesmo sentido vai o art. 13º/1/2, do Regulamento da Marca Comunitária.

O princípio do esgotamento da marca foi, na Alemanha, acolhido pela primeira vez no caso *Kolnisch Wasser*, no acórdão de 28/2/1902, proferido pelo *Reichsgericht*; cfr., BEIR, *Territoriality of Trade Mark Law and International Trade*, in *International Review of Industrial Property...*, cit., 1970, pág. 55, nota 22; BAUMBACH/HEFERMEHL, *ob. cit.*, pág. 667; porém, parece ter sido a jurisprudência francesa a primeira que formulou este princípio: sentenças do Tribunal de Paris, de 24/2/1863 e 6/11/1863 e Acórdão de *Cour d'appel de Rouen*, de 15/3/1899 (apud HERAS LORENZO, *El agotamiento...*, cit., pág. 70 e segs.).

Daqui decorre o não reconhecimento ao titular da marca de uma faculdade incondicionada ou ilimitada para proibir o uso dela por terceiros. Que é dizer: é preciso que os terceiros tenham usado, sem o seu consentimento, a marca ou um sinal idêntico para comercializar esses produtos ou produtos idênticos. Consequentemente, só se reconhece ao titular da marca registada o poder de proibir a importação, a oferta e a comercialização por terceiros, sempre que estes tenham usado a marca sem o consentimento dele; já não, porém, quando os produtos tenham sido marcados e introduzidos, nos circuitos económicos, pelo titular (que, assim, não pode invocar a usurpação da marca a si próprio, pois que tal seria *venire contra factum proprium*) ou com o seu consentimento (aqui, também, não seria viável invocar a usurpação de direitos, à luz do clássico princípio *volenti non fit injuria*).

Ao titular da marca fica vedado proibir as importações ou as *vendas paralelas* dos produtos que transportam a sua marca com o seu consentimento (ainda que tácito). Por isso que a livre importação e comercialização dos produtos marcados no Estado membro da União Europeia depende do consentimento do titular da marca que ostentem. O consentimento é, por conseguinte, a chave do livre comércio de produtos marcados, cujo sinal esteja registado num Estado membro da União.

Não se atribui, note-se, ao titular da marca o monopólio da comercialização dos produtos onde vai aposta. Antes se lhe outorga o direito exclusivo de utilizar a marca para o efeito de, *ab initio*, colocar os produtos que a ostentam nos circuitos económicos, protegendo-o, desta maneira, contra os concorrentes que queiram, violando o seu direito sobre a marca, vender indevidamente produtos que a transportam.



Se o específico direito sobre o sinal não encerra um monopólio de comercialização, outrossim, ao invés, a faculdade de uso exclusivo dela para o *primeiro* acto de comercialização que se haja de realizar, o direito do titular *esgotar-se-à* ou perderá, neste particular, a eficácia para que tende, uma vez colocados os produtos marcados no mercado, com o seu consentimento. Daí que os sucessivos actos de comercialização, levados a efeito por terceiros, não constituem actos de usurpação de marca, dado que os produtos marcados ostentam, lícitamente, o sinal que identifica a sua origem empresarial.

Delimitado que está o direito sobre o sinal, não se autoriza que o titular dele proíba que terceiros realizem sucessivos actos de comercialização em função do país de origem desse produto ou do país em que ocorreu a *primeira comercialização*; mister é que se apure se essa primeira comercialização foi realizada com o seu consentimento, independentemente do sítio onde ocorreu.

O direito sobre a marca não é *fim*, mas, antes um *meio* para se alcançar um determinado objectivo: garantir que a marca indique a origem empresarial dos produtos ou serviços (cfr., art. 177º, do Cód. Prop. Ind.). Este conceito legal é, destarte, um conceito *funcional*. Um sinal incapaz de realizar esta função não é uma marca. Assim, sempre que seja necessário determinar a extensão e o alcance do *ius prohibendi*, decorrente do direito de propriedade sobre o sinal, é preciso fixar a sua finalidade: garantir ao consumidor (maxime, ao consumidor final) a identidade da origem do produto que ela identifica, autorizando-o a distinguir, sem erro ou confusão, esse produto de outros, cuja proveniência seja diversa. Ora, para que a marca cumpra esta função é mister reconhecer ao titular um uso *exclusivo* e *excludente* sobre o sinal. Neste sentido, justifica-se que se recuse ou

anule o registo de marcas que, no todo ou em parte, reproduzam ou imitem marca anteriormente registada por outrem, para o mesmo produto ou serviço (ou produto ou serviço similar ou semelhante: art. 189º/1, m, do mesmo diploma). Caso contrário os consumidores deixariam de estar habilitados a identificar, com segurança, a origem do produto (ou serviço) que ostenta o sinal, correndo-se o risco de se imputar indevidamente ao titular da marca a má qualidade de um produto.

Todavia, esta função encerra em si os limites do *direito de exclusão*; é que ele não é um direito ilimitado ou incondicionado; é, antes, um direito que outorga o poder de proibir os actos de uso do sinal realizados sem o *consentimento* do titular dele, na medida em que sejam susceptíveis de falsear a garantia de *origem* ou de *procedência empresarial*.

Com efeito, inexistindo *risco de confusão* ou de *associação com marca anteriormente registada* (art. 193º/1, c, idem), o *ius excludendi* ou *prohibendi*, que constitui o *licere* do direito de propriedade, perde a sua razão de ser, posto que não está em causa o cumprimento da finalidade por cujo respeito é outorgado: a garantia de origem empresarial dos produtos ou serviços. Sendo assim, *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.

Vale isto por dizer que não há razão para se proibir o uso de uma marca quando inexista o aludido *risco de associação* ou de *indução em erro*: nesta hipótese cessa a razão de ser da finalidade jurídica fundante do direito sobre a marca.

O Cód. Prop. Ind. não faculta ao titular da marca o poder de proibir que os terceiros importem e comercializem os produtos se e quando estes transportam a *marca autêntica*, aposta com o *consentimento* daquele [quando

os produtos são comercializados no Estado exportador, seja pelo titular do sinal, seja por um terceiro com o seu consentimento<sup>(997)</sup>], pois que, em ambos os casos, a marca garante a verdadeira *origem empresarial* dos produtos ou serviços, sem que haja, portanto, *risco de associação* ou de *indução em erro*: não é pensável que, nesta hipótese, o público possa confundir os produtos com outros de diversa *origem empresarial*.

Sendo assim, à luz desta função da marca, (cujas tutela é, como vimos, a *ratio essendi* do direito de exclusivo e, logo, do *ius excludendi*), é irrelevante o país<sup>(998)</sup> em que o titular da marca introduz – ou consente a introdução – os produtos no circuito económico, pois que o sinal jamais, doravante, deixará de identificar a verdadeira *origem empresarial* deles, independentemente dos subsequentes actos de comercialização e dos agentes económicos que neles intervierem.

Para a prossecução da aludida finalidade do direito sobre a marca é irrelevante a origem nacional dos produtos, pois que a marca não garante uma determinada *origem nacional* dos produtos, mas antes uma certa *origem empresarial*.

Esta interpretação do art. 208º do Cód. Prop. Ind. nega ao titular da marca o poder de impedir as *importações paralelas*, pois que se assim não se entender, tal constitui uma injustificada restrição à liberdade de iniciativa económica (arts. 61º/1, 87º e 88º, todos da Constituição) e à livre concorrência; injustificada na medida em que plas-

<sup>(997)</sup> Não pode, obviamente, invocar-se a auto-usurpação de marca. O *consentimento* (expresso ou tácito) exclui a usurpação: *volenti non fit injuria*.

<sup>(998)</sup> Portugal, um país da União ou, mesmo, um país-terceiro (uma vez que se accite – como aqui foi entendido – o *princípio do esgotamento internacional* do direito sobre a marca).

maria uma restrição desnecessária para se lograr atingir a finalidade fundante do direito de propriedade sobre a marca<sup>(999)</sup>.

Vale isto por concluir que o *esgotamento* do direito sobre a marca, plasmado no art. 208º do Cód. Prop. Ind. é uma espécie de *limite imanente* do *ius excludendi*, isto é, do conjunto de faculdades jurídicas que são outorgadas ao dono do sinal. É um *limite* que é, justamente, imposto pela própria finalidade jurídica que justifica a existência do *ius excludendi* (e a sua intrínseca contenção).

São, pois, requisitos do art. 208º/1:

- a *primeira comercialização*. Uma vez verificada, o titular da marca não tem o direito de controlar os actos de comercialização posteriores, qualquer que seja a forma ou modalidade de que se revistam (v.g., revenda, aluguer, etc.). Introduzidos no comércio comunitário, com a marca do titular (e com o seu consentimento), o direito deste é ineficaz (*esgota-se*) em todos os Estados-membros, não podendo proibir-se que os sucessivos actos de comercialização realizados por terceiros. Claro que, para haver *esgotamentos* é, também, necessário que os terceiros comercializem os mesmos produtos, com a mesma marca, pela qual foram introduzidos no comércio comunitário pelo titular ou com o seu consentimento. É este um requisito objectivo.
- o *consentimento* do titular da marca. Vale isto por significar que, para se dar o *esgotamento*, é preciso que a *primeira comercialização* do produto marcado tenha sido realizada pelo titular ou com o seu *consentimento*.

O *consentimento* há-de ser *livre*: isto é, tem que ser *esclarecido*, formando-se com *exacto conhecimento* das coisas e com liberdade exterior, sem a pressão de violências ou ameaças. Mas, já não tem, necessariamente que ser *puro e simples*, antes pode ser *condicional* e a *termo* (neste último, o titular limita a eficácia temporal da autorização de uso da

<sup>(999)</sup> De resto, só esta interpretação harmoniza a lei portuguesa e o Regulamento (CEE) nº 3842/86, de 1-12-1986, que já reconhecia o *esgotamento comunitário* e o *internacional*, à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades.

marca: expirado o prazo fixo, expira a eficácia da autorização, de modo que o terceiro não pode continuar a usar a marca, sob pena de cometer actos de *usurpação*).

O consentimento pode ser *parcial*: o titular limita objectivamente a autorização de uso da marca a uma parte dos produtos para que foi concedido o registo. O *esgotamento*, nesta hipótese, só se dá, obviamente, em relações aos produtos que foram objecto de autorização parcial.

O consentimento pode ser *expresso* ou *tácito*, podendo, em qualquer dos casos, ser exteriorizado por escrito ou verbalmente.

Ademais, o consentimento pode exteriorizar-se através de uma declaração unilateral ou mediante um contrato.

Há alguns actos e negócios jurídicos que revelam a existência de consentimento, a saber:

a) a licença de exploração de marca. Assim, o licenciado através da comercialização dos produtos, no Estado-membro onde foi outorgada a licença, pode livremente revendê-los a terceiros para o efeito de eles os exportarem para todos os Estados-membros sem que o titular da marca possa impedir a importação que, nesses Estados, se leve a cabo<sup>(1000)</sup>.

Dá-se o esgotamento porque a *primeira comercialização* é efectuada por uma pessoa vinculada ao titular por laços duradouros de dependência jurídica.

b) vínculos de dependência económica. Dá-se o *esgotamento* do direito quando a *primeira comercialização* é feita por uma pessoa vinculada ao titular por laços de dependência económica. É o caso, por exemplo, de a primeira colocação do produto ser efectuada por uma *filial* ou, genericamente, por uma sociedade integrada num *grupo de sociedades* mais vasto. É, igualmente, o que sucede quando várias sociedades, jurídica e economicamente independentes, se associam para, conjuntamente, produzir e autonomamente distribuir os

produtos da mesma marca em diferentes países, aí onde o sinal esteja registado em nome de uma delas<sup>(1001)</sup>.

Mas já não se verifica a existência de consentimento, operante quando haja:

a) transmissão da marca. Assim, o transmitente e o adquirente podem proibir as importações nos seus respectivos territórios nacionais dos produtos comercializados por cada um deles, a não ser com o consentimento do outro. Se assim não fosse os consumidores não estariam habilitados a identificar, com segurança a origem do produto *marcado* e a titularidade do direito sobre o sinal (contra, JOLIET, *Droit des marques et libre circulation des marchandises: l'abandon de l'arret Hag I*, in *Review Trimestrielle de Droit Europeén*, 1991, pág. 169 e segs., esp. pág. 189, defendendo que a comercialização, levada a efeito pelo adquirente, *esgota* o sinal idêntico titulado pelo transmitente; também, MASSAGUER, *Mercado Común y Patente Nacional*, Barcelona, 1989, pág. 290 e segs., ao defender que, no caso das patentes, a transmissão *esgota* as *patentes paralelas* tituladas pelo transmitente, mas já não a patente adquirida pelo cessionário. Estes teses não são de aceitar, na medida em que, uma vez consumada a transmissão do sinal, o transmitente perde a propriedade dele que passa a ser titulada pelo adquirente.

Dá que se o transmitente, após essa ocorrência, continuar a usar o sinal no território onde ela é protegida, mais não realiza do que uma *usurpação* dele, que habilita uma reacção judicial do adquirente.

b) tolerância do titular da marca. O caso é o seguinte: o titular da marca no Estado importador é, igualmente, titular de uma marca idêntica no Estado exportador, no qual um terceiro usurpa esta última marca, com a tolerância do titular dela. Será que tal *usurpação*, meramente *tolerada*, provoca o *esgotamento* do direito

<sup>(1000)</sup> Não se aborda aqui o problema, mais amplo, de saber se o direito da marca se *esgota* quando um licenciado vende directamente os produtos para um Estado-membro onde não tem o direito de usar a marca do licenciante estando a marca, igualmente, protegida a favor do licenciante, neste Estado.

<sup>(1001)</sup> Assim, Acórdão do Supremo Tribunal Austríaco (*Oberster Gerichtshof*), de 22/10/1991 (caso *Spinning Wheel*), in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1993, pág. 663.

sobre a marca no país da importação? Se a resposta for afirmativa, tal implica que o titular da marca não pode proibir a importação dos produtos – que ostenta a outra marca idêntica – comercializados, pelo usurpador, no Estado-membro exportador. Parece que a resposta deve ser negativa, sob pena de passar a existir uma presunção *iuris et de iure*, demonstrada que fosse os actos de tolerância.

Aliás, não deve confundir-se o esgotamento do direito sobre a marca (art. 208º, do Cód. Prop. Ind.) com a caducidade do direito de requerer a anulação do registo de marca posterior ou de se opor ao seu uso, decorrente de *tolerância* do seu titular (art. 215º, *idem*). Trata-se de figuras distintivas, tratadas diferentemente pela lei.

c) acordos de delimitação territorial de marcas (remissão)<sup>(1002)</sup>. Estes acordos não *esgotam* o direito sobre a marca, relativamente a qualquer uma das partes.

d) acordos de delimitação de produtos (remissão)<sup>(1003)</sup>. Estes acordos não esgotam o direito sobre a marca, pois que, apesar de o acordo impedir que o titular possa importar os produtos do outro titular (de marca confundível) reconhece ele nesse acordo que inexistente risco de confusão, uma vez delimitados os produtos a comercializar reciprocamente. Trata-se, que não de esgotamento, mas antes de falta de condições de acção por inexistência de risco de confusão (o que pressupõe a ausência de violação do direito da marca) reconhecido pelo próprio titular. Sendo assim, a proibição das importações violaria o art. 30º do Tratado de Roma. Claro está que se isso acontecer, haverá lugar a indemnizações por incumprimento contratual<sup>(1004)</sup>.

<sup>(1002)</sup> Cfr., *supra*, pág. 795-796.

<sup>(1003)</sup> Cfr., *supra*, pág. 796-797.

<sup>(1004)</sup> Defendendo que, nesta hipótese, se dá o esgotamento do direito, cfr., GUGLIELMETTI, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1987, II, pág. 252; no sentido do texto, HERAS LORENZO, *El agotamiento...*, cit., pág. 263 e segs.

e) acordos de delimitação da forma da marca. Por estes acordos, diversos titulares de marcas confundíveis, registadas nos vários Estados-membros, obrigam-se a delimitar a forma (gráfica, figurativa, fonética) das suas marcas, por forma a facilitar a recíproca coexistência delas.

Estes acordos, não raro anuláveis, nos termos do art. 189º/2, ou susceptíveis de fazerem caducar a marca, art. 216º/2, b, ambos do Cód. Prop. Ind., não esgotam o direito sobre a marca, para os efeitos do art. 208º do mesmo código.

Todavia, não se dá o esgotamento do direito sobre a marca sempre que existam *motivos legítimos* que justifiquem que o titular se oponha à ulterior comercialização dos produtos, designadamente, sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado (nº 2 do art. 208º, do Cód. Prop. Ind.). Há, pois, uma *genérica* derrogação do referido princípio, parcialmente *temperada* pela referência, meramente exemplificativa, a uma das situações aí contempladas. Deu-se, pois, aos tribunais, por mor desta menor *densidade* e, logo, *abertura* do texto da lei, uma liberdade interpretativa não negligenciável. Quer-se com isto, afinal, que os tribunais não sacrifiquem, desproporcionadamente, o princípio da livre circulação de mercadorias a não ser se e quando tal se revelar indispensável para a tutela dos direitos que constituem o objecto específico do direito de propriedade sobre a marca<sup>(1005)</sup>. Assim, por exemplo, a simples fabricação ou confecção do produto por terceiro não deve justificar que o titular se oponha à (posterior) comercialização dele. A não confecção *original* do produto não vale

<sup>(1005)</sup> Cfr., VANZETTI, *Sulla sentenza Hag 2*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, II, pág. 541.

por alterar ou modificar o seu estado, sempre que, aos olhos do consumidor médio, não se desvirtua a origem empresarial dele<sup>(1006)</sup>.

### 13. A extinção do direito sobre a marca

#### i) A renúncia

A renúncia do direito de propriedade sobre a marca é a declaração unilateral receptiva do titular dirigida ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que, *per se*, faz extinguir o respeito direito. Está ela prevista, em geral, como já se sabe, no art. 37º do Cód. Prop. Ind., sendo causa de extinção de todos os direitos de propriedade industrial.

Esta causa de extinção surge, hoje – e bem – autonomizada em face da caducidade.

A renúncia pode ser, neste particular, *total* ou *parcial*; esta última é a que compreende, tão-só uma parte dos produtos ou serviços para que o registo tivera sido concedido.

Esta *renúncia parcial* pode desempenhar importante protagonismo nos casos, atrás analisados, de *acordos de delimitação de produtos*, em transacções judiciais ou extrajudiciais que permitam a concessão de um outro registo que, não fora este *contrato*, não poderia obter-se.

Quanto à *forma legal*, a renúncia é realizada por escrito, *em requerimento que será junto ao processo respectivo* (art. 37º/3, do Cód. Prop. Ind.).

Uma lacuna sobreleva, entretanto: desde quando operam os *efeitos* da renúncia? A partir do momento da

<sup>(1006)</sup> Assim, VANZETTI, *La nuova legge marchi...*, cit., pág. 36; MINERVINI, *Esaurimento del marchio comunitario e no (note in margine al nuovo testo della legge marchi)*, in *Contratto e Impresa*, 1994, pág. 5.

apresentação, no *Instituto*, do referido requerimento? Desde o momento da anotação no registo? Ou só a partir da publicação dela no Boletim Oficial da Propriedade Industrial?

Parece-nos que, contrariamente ao que ocorre no domínio do averbamento da transmissão e da licença de exploração da marca, a declaração de renúncia que é irrevogável, produzirá efeitos entre o titular e o *Instituto* uma vez apresentada, validamente, neste ente administrativo. Mas, quanto a terceiros, só produzirá efeitos depois de anotada no competente registo (o que vale por significar o seu cancelamento).

Há, assim, que distinguir três situações: a) os efeitos da declaração de renúncia relativamente ao titular e o *Instituto*; b) os efeitos da declaração de renúncia em relação a terceiros; c) os efeitos da renúncia em relação a titulares de direitos derivados, averbados no registo.

Na primeira situação, a declaração de renúncia produz efeitos logo que chega ao poder do *Instituto*, mediante a apresentação do requerimento referido no nº 3 do art. 37º do Código da Propriedade Industrial. Esses efeitos dizem respeito à cessação das obrigações que o renunciante tinha para com o *Instituto*: pagamento das taxas em dívida, apresentação da declaração de intenção de uso.

No segundo caso, os efeitos da renúncia só devem ser oponíveis a terceiros após a sua anotação no registo.

De facto, não seria razoável que estes efeitos só se produzissem com a publicação da declaração no Boletim Oficial da Propriedade Industrial, pois que tais efeitos não podem depender da menor ou maior diligência deste órgão em publicar essa declaração. O que se compreenda na justa medida em que se entenda que essa *publicidade* nada acrescenta à situação substantiva do direito (que, afinal, deixou de existir em momento anterior), esgotando a sua função na *genérica* mera *notícia* do facto a que se reporta.

Por isso, a existência ou inexistência do direito não é afectada pela existência ou inexistência dessa *publicidade*. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma forma de dar a todos a possibilidade de ficarem a par da situação do direito. Sendo, assim a publicidade da renúncia, feita no dito Boletim, é meramente *enunciativa*.

Na terceira hipótese, a renúncia não é oponível a todos aqueles que, não tendo sido notificados da sua emissão, tenham *direitos derivados* que estejam averbados no registo: v.g., o titular de uma licença de exploração, o titular de um penhor sobre a marca, o consignatário dos rendimentos dela. É que, entre nós, os titulares de direitos reais sobre a marca e, bem assim, os licenciados, não têm a possibilidade de prestar, ou não, o seu consentimento para que os efeitos da renúncia operem. A solução encontrada é outra: estes titulares, uma vez notificados pelo *Instituto*, podem substituir-se ao renunciante, impedindo a extinção do direito sobre a marca, nos termos do nº 5 do art. 37º, do mesmo código. Porém, só o podem fazer na medida necessária à salvaguarda dos seus direitos reais ou obrigacionais.

## ii) Caducidade

O art. 210º do Código da Propriedade Industrial tipifica certos eventos cuja ocorrência motivará a apresentação de um pedido de caducidade do direito sobre a marca, os quais, considerados procedentes (ainda que em sede judicial) acarretam o cancelamento do registo.

Como já se sabe, a caducidade é, em regra, de *conhecimento provocado*, sendo que a *plenitude de jurisdição* cabe ao *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*, ao abrigo do nº 2 do art. 36º daquele código. Claro está que, depois de declarada, ou não, em processo que corre naquele *Instituto*, é lícito recorrer-se para o Tribunal da Comarca de

Lisboa<sup>(1007)</sup>, de cuja decisão caberá recurso nos termos gerais (art. 43º, do mesmo código).

A primeira causa de caducidade – prevista na alínea a) do nº 1 do art. 216º – é consequência do incumprimento do analisado dever de uso sério da marca.

A segunda causa de caducidade consiste na alteração da marca, para além dos limites previstos nos nºs 2, 3 e 4 do art. 210º do Cód. Prop. Ind., desde que prejudique a sua identidade (art. 216º/1, b, *idem*).

A terceira causa de caducidade, consignada no art. 216º/1, a, *ibidem*, contempla as situações de *vulgarização* da marca, isto é, quando a marca se transforma, como consequência da inactividade ou actividade do titular, na designação usual, no comércio, do produto ou serviço para que foi registada.

Esta causa constitui, como vimos, um *novum* no direito português das marcas, ao arripio da doutrina que a proscrevia<sup>(1008)</sup>.

Sendo certo que este motivo de caducidade acarreta, potencialmente, consequências perturbadoras para o titular do sinal, a verdade é que, em face da importância que a linguagem (ou as linguagens) hodiernamente assume, não poderia ser doutro modo. E não se pense que esta figura é raramente mobilizável pela jurisprudência. Basta recordar o caso *Monopoly*: em sucessivas decisões, o *Ninth Circuit* norte-americano sustentou que, na medida em que os irmãos *Parker* promoveram com inigualável êxito o jogo *Monopoly*, esta marca se convertera na

<sup>(1007)</sup> No prazo de três meses a contar da data da publicação do despacho no Boletim da Propriedade Industrial ou da obtenção de certificado desse despacho, quando esta for anterior (art. 39º, do Cód. Prop. Ind.).

<sup>(1008)</sup> Como é exemplo o Prof. PINTO COELHO, *O problema da conversão...*, cit., Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 93º, pág. 292.

designação genérica para jogos de mesa<sup>(1009)</sup>. O risco, mais ou menos remoto, de uma marca registada se transformar na designação usual do produto ou serviço para que foi registada acentua-se sempre que o titular introduza, no mercado, novos produtos designados pelas expressões que a marca contém. Nesta hipótese, não é de excluir que o público utilize, unicamente a marca como designação usual do novo produto. Este risco pode, todavia, ser maior se o novo produto foi objecto de patente, porquanto, neste caso, é possível que outros agentes económicos concorrentes, para evitar a indefinida duração de uma situação de exclusivismo, aleguem que, uma vez expirado o prazo de duração do registo da patente, terá caducado, por outro lado, (e por *vulgarização*) o direito sobre a marca registada.

Podem autonomizar-se duas distintas concepções sobre a caducidade da marca com fundamento na *vulgarização*.

De acordo com a primeira (concepção *objectiva*), uma marca converte-se na designação usual do produto ou do serviço por força das condições e vicissitudes do mercado, onde avulta o uso que dela fazem os consumidores e os concorrentes do titular: se estes a utilizam, usualmente, como designação do produto ou do serviço, dá-se a caducidade, mesmo que o titular tenha adoptado medidas de defesa (v.g., campanhas publicitárias) para obstar à aquisição desse significado genérico<sup>(1010)</sup>.

De acordo com a segunda (concepção *subjectiva*), a marca só se *vulgariza* (e, por isso, *caduca*) quando o titular contribui – por acção ou omissão – para essa circunstância: a *vulgarização* do

<sup>1009</sup> Todavia, em face do alarmismo que estas decisões criaram nos meios empresariais norteamericanos, proíbe-se, já desde 1984 que, nas acções tendentes à declaração de caducidade com afe nesta causa, se dê crédito, enquanto meio de prova, às motivações dos consumidores no momento em que adquirem os produtos. Para mais desenvolvimentos, cfr., AREÁN LALIN, in *ctas de Derecho Industrial*, 1984-85, pág. 583 e segs..

<sup>1010</sup> Esta concepção inspira-se no sistema norte americano. Apesar de ter tomado medidas que se reputavam convenientes, o titular do sinal não poderá, nalguns casos, evitar o processo de *vulgarização*. Cfr., MC CARTHY, *Trademarks...*, cit., I, § 17.2.

sinal não está dependente da conduta do público, outrossim da actividade ou passividade do titular da marca.

O Novo Código da Propriedade Industrial inspira-se inequivocamente na concepção *subjectiva* [como, aliás, já decorria da Directiva Comunitária sobre marcas, de 21/12/1988: art. 12º/2, a]. Observe-se, com efeito que, conforme o disposto no art. 216º/2, a, do Cód. Prop. Ind., a marca *caduca como consequência da actividade ou inactividade do titular*. É esta uma orientação que, sem dúvida, é mais favorável aos interesses do titular do que a que decorre da concepção *objectiva*. Na verdade, sendo requerida a caducidade, o titular poderá alegar e provar que tivera adoptado as pertinentes medidas para evitar que a marca se transformasse na designação usual do produto ou do serviço. De entre as medidas que lhe é lícito invocar destaca-se: a circunstância de a publicidade, os invólucros e os rótulos destacarem que a designação neles aposta é uma marca registada; a reacção (judicial, administrativa, ou outra) do titular perante condutas de terceiros que pretendam identificar a marca como a designação genérica do produto.

A quarta causa de caducidade dá-se sempre que, nos termos do art. 216º/2, b, do Cód. Prop. Ind., a marca, no seguimento do uso de que ela é objecto pelo seu titular ou por terceiro, se torna susceptível de induzir o público em erro, especialmente (mas não só) quanto à qualidade e à origem geográfica dos produtos ou serviços para que está registada. É esta uma causa de caducidade que não era, aliás, conhecida no direito europeu de marcas, mas que, hoje, por força da transposição da Directiva de 21/12/1988 (art. 12º/2, b) vigora na generalidade dos países membros da *União Europeia*. Com ela se surpreende uma das manifestações da *fragilidade* da marca enquanto bem imaterial: o elemento psicológico que ela convoca, em face das *expectativas* entretanto criadas na mente dos consumidores (e no círculo dos demais *interessados*), é a causa da sua instabilidade se e quando se altera a imagem que ela desfruta na mente dos seus destinatários.

Este motivo de caducidade pressupõe o concurso de dois requisitos: um *objectivo* e outro *subjectivo*. O primeiro exige que a marca possa induzir o público em erro: erro que pode versar, de modo especial – mas não taxativo – ácerca da natureza, da qualidade e da origem geográfica (mas não das características) dos produtos ou serviços, relativamente aos quais a marca foi registada. O segundo impõe que o carácter enganador ou deceptivo da marca haja de ser induzido – ou tenha origem – no uso de que a marca seja objecto por parte do seu titular ou por um terceiro, que actue com o seu consentimento (o terceiro, aqui pensado pelo legislador, será, as mais das vezes, um *licenciado*).

O risco de erro – que é determinante da caducidade – pode surgir sempre que exista uma perceptível divergência entre os elementos constitutivos da marca e a natureza, qualidade e proveniência geográfica dos produtos ou serviços marcados. Esta divergência pode ocorrer, não raro, no caso das marcas *suggestivas*, isto é, as marcas constituídas por elementos (maxime gráficos ou figurativos) em razão dos quais se evoca, na mente dos consumidores, a natureza, a qualidade e a procedência geográfica dos produtos ou serviços [não é de excluir que esta divergência possa ocorrer relativamente a marcas constituídas, por elementos menos sugestivos ou nada sugestivos, mas que tenham alcançado alguma notoriedade]. É inegável que uma marca *prima facie* sugestiva induzirá o público em erro se se altera, entretanto, o produto, retirando dele, v.g., um certo componente que lhe outorgava uma certa qualidade ou natureza. De resto, como se viu, a alteração da natureza e da qualidade do produto ou do serviço será, por via de regra, mais provável quando a marca é usada (exclusivamente ou não) por um *licenciado*, relativamente ao qual o *licenciante* não adoptou – no contexto das específicas previsões contratuais – medidas efectivas, mais ou menos genéricas, preventivas ou sucessivas, para controlar a qualidade dos produtos, v.g., distribuídos com a sua marca.

Há, porém, segundo se crê, outras causas de caducidade da marca que não são de *conhecimento provocado*, outrossim, de *conhecimento officioso* do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o qual, uma vez verificadas essas eventualidades declarará o registo caduco. São elas:

a) a falta de pagamento de taxas (art. 36º/1, b, do Cód. Prop. Ind.): tanto as taxas relativas à *renovação* do registo da marca (arts. 280º/2, b e 281º/1, idem), como as taxas em dívida, cujo pagamento tenha sido *suspensio* enquanto pendeu acção em juízo sobre a marca ou enquanto não foi levantado o arresto ou a penhora que sobre ela tenham recaído (art. 284º/4, *ex vi* do nº 1 do mesmo artigo, ibidem).

### iii) A não renovação do registo

Sendo certo que, uma vez pagas as taxas e apresentada a declaração de intenção de uso, a regra é a da *renovação automática* do registo sobre a marca, não pode olvidar-se que, como em devido tempo se viu, essa renovação não é *sempre* automática.

Com efeito, nos casos em que o titular – devendo fazê-lo – não apresenta, no prazo legal (art. 195º/2, do mesmo código), a *declaração de intenção de uso* – maxime a que respeita ao primeiro quinquénio – parece que a lei outorga a o Instituto o *poder discricionário* de não renovar (ou renovar) o registo, ao abrigo do disposto no nº 4 do art. 195º, do referido código.

### iiii) Anulação do registo

Trata-se, agora, de causas de extinção da marca atinentes a vícios originários – substantivos ou procedimentais – da concessão do registo. Ou seja: o desvalor do registo deve-se à falta ou viciação de um pressuposto ou elemento de que depende a válida constituição do direito através do registo. Falta esta ou viciação verificadas no momento da concessão do registo, de que resulta a impossibilidade de o registo subsistir, em geral, na ordem jurídica.



Sendo assim, como consequência necessária da sua viciação, o *registo inválido* da marca tende a ser *destruído* pela ordem jurídica. As condições em que tal fenómeno ocorre dependem da particular modalidade que a invalidade do registo revista.

Há desde logo, que distinguir dois graus no *valor negativo* do acto de concessão do registo<sup>(1011)</sup>, a que correspondem duas modalidades distintas de invalidade: a *nulidade* e a *anulabilidade* do registo.

Uma outra classificação de invalidade distingue os dois seguintes termos: *invalidade total* e *invalidade parcial* (art. 32º/1 e 33º/1, ambos do Cód. Prop. Ind.).

Ou seja, há casos em que o vício inquina ou afecta todo o registo enquanto que noutros apenas algum ou alguns dos seus elementos (é o que acontece no caso de o vício impedir o registo para alguns dos produtos ou serviços para que o registo foi concedido) são afectados, mantendo-se sãos os demais.

São causas de *anulabilidade* do registo:

- a perterição de direitos de terceiros, fundados em *prioridade* (arts. 170º, 190º, do Cód. Prop. Ind.) ou outro título legal (art. 189º/1, f, h, idem) e, em geral, sempre que o titular não tenha direito ao registo (v.g., art. 189º/1, c)
- a falta de consentimento ou autorização de terceiros (art. 189º/1, a, b, g, i, e nº 2, ibidem).

São causas de *nulidade* do registo<sup>(1012)</sup>:

- os vícios *intrínsecos* ao próprio sinal. Incluem-se, neste domínio, todos aqueles casos em que o

<sup>(1011)</sup> Para quem reconduz a inexistência jurídica (do acto de concessão do registo) a uma modalidade da invalidade, cabe autonomizar três graus de valor negativo do acto.

<sup>(1012)</sup> Cfr., art. 32º/1, a, b, do Cód. Prop. Ind..

sinal objecto do pedido de registo é, *por si só*, insusceptível de protecção como marca. É o que se passa com os sinais: a) que não podem ser marcas (v.g., marcas olfactivas); b) que a lei nacional ou comunitária interdita como tal, independentemente de autorização (v.g., medalhas de fantasia ou desenhos, recompensas: art. 189º/1, e, ibidem; nomes individuais ou retratos: *in fine*, ibidem; art. 189º/1, c, ibidem, se daí resultar o desrespeito e o desprestígio); c) que sejam contrários à moral e à ordem pública (art. 189º/1, j, ibidem); d) que sejam susceptíveis de induzir o público em erro (art. 189º/1, l, e nº 2, ibidem); e) que sejam genéricos e/ou descritivos (art. 166º/1, ibidem, a não ser que adquiram um *secondary meaning*: art. 166º/2, ibidem).

- os vícios de natureza procedimental, que, sendo preteridas formalidades adjectivas, são susceptíveis de pôr em causa o resultado final do processo de concessão do registo (v.g., se ao requerente não tiver sido conferido o direito de contestar as reclamações que tenham sido apresentados ou a recusa provisória do registo).

Importa, no entanto, saber o regime geral das invalidades no âmbito do registo da marca. Questão esta que se revê no problema de indagar *quem* as pode arguir, *quando* se podem arguir, *como* se podem arguir e os *efeitos* da sua arguição.

Pela que respeita às causas de *anulabilidade* da marca há, assim, que distinguir:

- a *legitimidade* para a arguição: têm *legitimidade activa* o Ministério Público e qualquer interessado

isto é, todo aquele que é titular de um interesse *directo, pessoal e legítimo*, em termos de a *legitimidade substantiva* – qual seja ser-se titular da relação material controvertida – coincidir com a *legitimidade processual*. Por outra banda, tem *legitimidade passiva* o titular da marca<sup>(1013)</sup>;

- a *tempestividade* da arguição: no caso de o titular estar de *boa-fé*, as acções de anulação só podem ser propostas dentro do prazo de dez anos a contar da data do despacho de concessão do registo; se o titular tiver obtido o registo de *má-fé*, o direito de pedir a anulação não prescreve (art. 214º/6, *ibidem*), podendo ser invocável a todo o tempo;
- *o modo de arguição da anulabilidade*: a anulabilidade do registo não opera por si só, que o mesmo é dizer, carece de ser conhecida. Esse reconhecimento, no entanto, só pode ter lugar por via judicial, ou seja, a anulação resulta de decisão judicial (art. 34º/1, *ibidem*)<sup>(1014)</sup>;
- os *efeitos* da anulação: a anulação judicial da marca dá azo a uma acção constitutiva, cujo efeitos parecem ser retroactivos (art. 35º, *ibidem*). Todavia, não ficam prejudicados os efeitos,

<sup>(1013)</sup> Devem, igualmente, ser notificados os titulares de direitos derivados que estejam inscritos no registo (v.g., os licenciados), os quais, querendo, podem intervir no processo (art. 34º/2, do Cód. Prop. Ind.). Resta saber a que título: assistência [art. 335º e segs. do Cód. Proc. Civil, intervenção principal provocada (art. 351º e segs., *idem*)? A primeira hipótese é mais aceitável.

<sup>(1014)</sup> É óbvio que, uma vez solicitada o registo de uma marca, a lei outorga poderes ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial para *recusar* o registo, com base nos mesmos motivos que – se o registo já tivesse sido concedido – conduzem à anulação do registo (arts. 188º e 189º do Cód. Prop. Ind.). De resto, no decurso desse procedimento de registo, é lícito que terceiros se venham opôr ao pedido de registo, esgrimindo os mesmos motivos. De igual modo, na decorrência de uma acção tendente a fazer cessar o uso ilícito de uma marca por terceiro, pode este, em reconvenção ou por meio de excepção, alegar e provar causas conducentes a anulação, nessa acção, da marca do autor.

entretanto produzidos, em cumprimento de obrigações (v.g., auferimento de *royalties* por um *licenciado*), de sentença transitada em julgado (v.g., condenando um terceiro a abster-se de usar uma marca idêntica), de transacção, judicial ou extrajudicial (pela qual o titular, v.g., concede que um terceiro use marca idêntica para produtos ou serviços que, ainda que estejam abrangidos pelo registo, ele não usa), ou em consequência de actos de natureza análoga, conforme o preceituado no art. 35º do Cód. Prop. Ind..

Quanto a *terceiros*, os efeitos da anulação são-lhes *oponíveis* a partir do averbamento ou anotação da decisão no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 34º/3, do Cód. Prop. Ind.)<sup>(1015)</sup>.

Por outro lado, o ex-titular da marca não poderá doravante, invocar os *direitos específicos* sobre ela. Porém, pode, em certos casos (e feitas as competentes alterações, para não prejudicar os direitos de terceiros) continuar a usá-la na sua actividade, podendo reagir, nos termos gerais, contra actos de concorrência desleal em face de terceiros que usem marcas ou outros sinais *não registados*, contanto que estejam verificados os respectivos pressupostos.

A ideia de *economia* de procedimentos justifica que, em certas eventualidades, uma *marca anulável* possa ser, total ou parcialmente, *proveitável*, impedindo-se, pois que, nessa medida, seja (desnecessariamente) decretada a anulação. De facto, se estiverem reunidas as condições legais, pode o interessado na anulação pedir, em vez dela, a reversão total ou parcial, do registo da marca em seu favor (art. 33º/2,

<sup>(1015)</sup> Não se trata, pois, de um problema de atribuição de eficácia *erga omnes* ao *caso julgado* decorrente da sentença ou acordo anulatórios. Já, assim, LANDRAU, in *Juris Classeur Périodique, édition entreprise*, 1986, nº 15691; CHAVANNE/BURST, *Droit de la Propriété...*, cit., pág. 553.

ibidem)<sup>(1016)</sup>. Não sendo a marca, destarte, anulada, opera-se, por força da *reivindicação* do autor da acção, uma *sub-rogação pessoal* na titularidade dos direitos decorrentes do seu registo.

Pelo que tange às *causas de nulidade* da marca, o regime é, salvo algumas especialidades, semelhante, pois que, quanto:

— à *legitimidade* e ao modo de *arguição*, não há qualquer especificidade relativamente ao regime atrás exposto.

Mas já quanto:

— a *tempestividade*, a *nulidade* da marca é invocável a todo o tempo, desde que subsista o interesse nessa declaração (assim, v.g., pode a marca ser nula – por que genérica ou descritiva – e, entretanto, ter adquirido eficácia distintiva);

— aos efeitos da declaração de nulidade (apesar de se atribuir idêntica eficácia retroactiva), não pode dizer-se que uma marca declarada nula, que continue a ser usada, possa reivindicar qualquer protecção. Antes pelo contrário, o titular de uma marca contrária à moral e aos bons costumes ou de uma *marca deceptiva, descritiva* ou *genérica*, não pode continuar a usá-la, após a respectiva declaração de nulidade, sob pena de incorrer, como se sabe, numa *sanção pecuniária compulsória*.

#### IV – O Logotipo. Referência sumária.

Trata-se de um *novo* sinal distintivo, introduzido pelo Cód. Prop. Ind. de 1995. É ele um sinal constituído por letras, associadas, ou não, a desenhos, revestido de eficácia

<sup>(1016)</sup> Pense-se no caso do titular de um estabelecimento, cujo nome ou insígnia foi incluído, sem autorização, na marca.

distintiva, que serve para identificar ou referenciar *qualquer entidade* que preste serviços ou ofereça produtos (art. 246º, do Cód. Prop. Ind.). São-lhe aplicáveis as normas do Código da Propriedade Industrial, concernentes às insígnias (art. 228º, 230º, 231º e segs., do mesmo código), com as necessárias adaptações. Apesar disto, o *logotipo* não deve ser visto como um sub-tipo de insígnia. Pensa-se, de facto, que o logotipo parece ser, hoje, um específico – por que globalizante – sinal distintivo da *empresa in totum*. Enquanto que os demais sinais identificam os particulares elementos que a compõem (a *firma* identifica o empresário individual, ou pessoa colectiva; o nome e a insígnia do estabelecimento identificam a organização dela, composta por elementos corpóreos; a marca identifica as específicas utilidades, distribuídas ou prestadas por ela), o *logotipo* referencia-a – por mor de um específico sinal gráfico/figurativo – autónoma e globalmente. Não terá sido outra a intenção da lei ao mostrar que o destinatário e utilizador dos logotipos são as *entidades* que prestam serviços ou ofereçam produtos, quer sejam individuais ou colectivas, quer tenham carácter público (v.g., empresas públicas, alguns serviços personalizados) ou privado. Com efeito, o titular do logotipo será sempre uma pessoa física ou colectiva<sup>(1017)</sup>; mas, o logotipo não serve para identificar esse titular, de *per se*; outrossim para o identificar a ele e toda a sua organização, corpórea e incorpórea.

<sup>(1017)</sup> Pode, inclusivamente, pôr-se a questão de saber se o logotipo pode ser *usado* por entes desprovidos de personalidade jurídica, mas dotados de autonomia administrativa e financeira (v.g., serviços municipalizados, cujo empresário é o município; certos serviços administrativos, que prestem utilidades concretas, retribuídas por taxas ou preços e que funcionam como empresas, mas cujo titular é o Estado, uma Autarquia Local, um Instituto Público). Parece que sim, contanto que o titular seja a pessoa colectiva de direito público de que eles sejam instrumento. Cfr., sobre isto, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, 1994, pág. 500-501.

## Índice Analítico \*

### A

Abertura de crédito - (261), (285)  
Abuso de direito - (644), 775  
Abuso de posição dominante - 601  
Acção civil pública - (201)  
Acção em representação conjunta - (201)  
Acção inibitória - 672  
Acção popular - (201)  
Acções possessórias - 455, (565)  
Acesso ao direito - 148, 149, 201  
Actio institoria - 76, (119)  
Actos jurídicos - 237  
Acto Único Europeu - 203  
Actos de comércio - 10, 11, (16), 26, 27, 31, 32, 35, 37, 66, 67, 235 e segs.  
• absolutos - (309), 253, 280, 281, (335), 282, 283, 317  
• acessórios - 101, 268, 269, 270, 271, (309), 272, 273, 281, (335), 282, 283  
• formais - 39, 286, 287, 288, (345)  
• mistos - (219), 162, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294  
• objectivos - 239, 240, (294), 241, 245, 247, 280  
• puros - 288, 289, 290  
• subjectivos - 239, 240, (294), 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259  
• substanciais - 39, 286, 287, 288, (345), 318  
Administração (actos de) - 362, 363, 364  
Administrador judicial - 398  
Advogado - 398  
Agência (contrato de) - 189, (386), 336, 337, 338, 387, 794  
Agências de viagens - 405, (576)  
Agente de comércio - 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 753, 754, 755, 756  
Agente oficial da propriedade industrial - 429

### B

Agricultura - 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419  
Agrupamento complementar de empresa - 39, (52), 376, 377, 378  
Agrupamento europeu de interesse económico - 39, (51), 211, 374, 375, 376  
Alvará - 462, 463, (576), (588)  
Analogia - 178, (234), 247, 248, (304)  
Anulabilidade (da marca) - 826, 827  
Anulação do registo (de marcas) - 826 e segs.  
Aplicação das leis no tempo - 703, 704  
Arbitragem - 231, 232  
Arrendamento urbano - (78)  
• fim do - 524, (660)  
• para comércio/indústria - 412, 423, 439, 459, 476, 477, 483, 484, 492, 493, 495, 496, (630), 497, (631), 498, 512, 513  
Arresto - 673  
Artesanato - 8, 116, 315, 407, 406, 409, 410, 411  
Assembleia da República - 188  
Associações públicas - (528)  
Autorização legislativa - 187, 188  
Aval - (344)  
Averbamento (da renúncia da marca) - 820  
Averbamento (da transmissão da marca) - 776, (958), 777  
Aviamento - 134, 436, 469, 470, (582), (584), 523, 535, 536, 548  
• objectivo - 436, (542), 472  
• subjectivo - 436, 437, (542)

Bancos - 190, (270)  
Base de Dados - 264, 265  
Boa-fé - 23, 56, 223, (644), 551, 668

\* Os números entre parênteses correspondem às notas de pé-de-página. Os restantes sinais em remissão indicam as páginas. Em negro e em itálico evidenciam-se os lugares mais relevantes para cada tema. Este índice é meramente ilustrativo ou exemplificativo.

Bolsa de valores - 19, 45, 55, (85)  
 Brasões - 658  
 Brindes - 28

## C

Caducidade (da marca por falta de uso) - 725 e segs.  
 Caixa - 383, 384  
 Capacidade comercial - 343 e segs.  
 Capacidade de exercício de direitos - 343, 344  
 Capacidade de gozo - 343, 344, 345  
 Capelas - (147)  
 Capital - 6, 7  
 Capitalismo - 41, 42  
 Cargos políticos (titulares de) - 396, 397  
 Casa do Douro - 346  
 Centros comerciais - 472, 501 e segs.  
 Centros tecnológicos - 346  
 Certificado de admissibilidade de firma - 406  
 Cessão da posição contratual - 423, (657), 534, 535  
 Cessão de créditos - 531, 532, (669)  
 Cessão de quotas - (297)  
 Class actions - (201)  
 Cláusulas contratuais gerais - 20, 21, (23), 58, 59, (96), 131, 132, 145, 146, (203), 180, 181, (277)  
 Cláusulas de uso - 221, (275), 226, 227, (283)  
 Clérigo - 26  
 Clientela - 134, 437, 468, 469, (583), 471, 472, 473, 514, 523, 553  
 • indemnização de - 471  
 Co-assunção de dívidas - (694), 546  
 Código - vide *Linguagem*  
 Códigos de Conduta - 173, 199, 228, 229, 230, (287), (750)  
 Coligação de contratos - 499, 530  
 Comerciante aparente - 320, 321, 322  
 Comerciante oculto - 321, 322  
 Comerciantes - 2, 25, 26, (28), (29), 37, 79, 80, 128, 129, 268, 269, 270, 303 e segs.  
 Comércio - 2 a 11  
 • a retalho - (4), 31  
 • por grosso - (4)  
 Comissário mercantil - 319, 320, 385, 386  
 Common law - 81, 82  
 Compropriedade - (702), 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765

Comunidade Económica Europeia - 200, 201, 202, 203  
 Concessão de serviços públicos - 541  
 Concorrência (práticas restritivas da) - 55, (87), (88), 140, 141, 189, (251), (253), 210, 601, 794  
 Concorrência desleal - 135, 136, 153, 189, (242), (251), 411, 572, (739), (750), (764), 628, 633, 660, (913), (969)  
 Concurso de direitos reais - 758  
 Concursos - 28  
 Confiança - 49, 50  
 Conhecimento de carga - 47  
 Conhecimento de embarque - 196  
 Consumidor  
 • final - (17), 14, 28, 29, 35  
 • intermédio - (35)  
 • noção de - 163, 164  
 • protecção do - 147, 148, 149 e segs., (750)  
 • protecção do empresário - 260, 261, 262, 263, 264  
 • tipos de - 163, 164  
 Contagem do prazo (de uso da marca) - 723, 724  
 Contrato com eficácia de protecção para terceiros - (215)  
 Contrato de trabalho - 460, (571), 464, 465, (677)  
 Contratos  
 • bancários - 55, (84)  
 • contrato de albergaria ou hospedagem - (392)  
 • de abertura de crédito - 16  
 • de cheque - 63, (100)  
 • de comissão - 16  
 • de compra e venda fora dos estabelecimentos comerciais - (69), (92), 67, 156, 232, 262, 263  
 • de compra e venda mercantil - 16, (93), 91, 160, 177, (232), 244, 275, (509)  
 • de engineering - 62, (99)  
 • de factoring - 16, 62, (99), 132, 242  
 • de franchising - 16, 62, (99), 133, 210, 442, 471, 508, 509, 669, 783, 794  
 • de fretamento - 16  
 • de gestão ou administração - 317, 318  
 • de locação financeira - 17, 62, (99), 242, (298), (512)  
 • de mútuo - 16, 22, 46, (261)  
 • de reporte - 16  
 • de seguro - 16, 464

• de sociedade - 16  
 • de transferência de Know-how - 17, 62, (99), 132, 442  
 Contratos atípicos - 505, 506, (651)  
 Contratos mistos - 502, 505, 515, 516, 754  
 Conversão (do negócio jurídico) - 509, 510, (644), 526  
 Cooperativas - 39, 40, 130, 371, 372, 373, 715  
 Cores (marca de) - 653, 654, 655, 656  
 Corporações (direito comercial das) - 78, 79, 80, 81  
 Corporativismo - (42), (63)  
 Corretores - 388, 389, 425  
 Costume mercantil - 180, 218  
 Crédito ao consumo - 29, (35), 255  
 Crédito documentário - 195

## D

Delimitação dos sectores (Lei de) - 400, 401, (494)  
 Denominações de origem - (761)  
 Desconto bancário - 95  
 Despachantes oficiais - 426  
 Dever de informação - 153, 154, 155, 156, 157, 304, (360), 537, 538  
 Directiva (CEE) - 180, 206, 207, 208, (252)  
 Direito de autor - 662  
 Direito de prioridade - 660, 661, 675, 684, 748 e segs., 750 e segs.  
 Direito de propriedade - 184  
 Direito do consumo - 67, 159 e segs.  
 Direito económico - 67, 137, 138, 139  
 Direito privado - 18, 20, 21  
 Direito público - 18, 20, 21  
 Direitos fundamentais - (143), 150, 151, 184, 185  
 Direitos indisponíveis - 729  
 Discricionariedade - (859), 825  
 Dívidas comerciais - (91), 61, 288, (347), 305  
 Dívidas da herança - 547  
 Divisão de coisa comum - 766  
 Documentos particulares - 265, 266, 267  
 Dolus bonus - 48, 49, 213

## E

Elementos de conexão - 192  
 Embargos de terceiro - 454

Empresa - (9), 32, 33, 34, 35, 36, 37, (50), 51, 52, 64, 65, 66, (101), (102), 119, 120, 121, (169), 126, 127, 143, 186, (303), 249, 440, 441, 294, 295  
 • cooperativa - vide «cooperativas»  
 • de artesanato - 411  
 • pública - 39, 40, (57), 366, 367, 368, 369  
 Empresário - 312, 313, 314, (373)  
 Empresas comerciais e industriais - 323 e segs.  
 Enriquecimento sem causa - 255  
 Esgotamento do direito (sobre a marca) - 806 e segs.  
 • esgotamento internacional - 807, (995)  
 • esgotamento nacional - 807  
 • esgotamento supranacional - 807, 808  
 Especulação - 30  
 Estabelecimento - 19, 312, 352, 353, 356, 433 e segs.  
 • âmbito de entrega - 474, 476, 589, 486, 487, 488, 490, 503, 516, 578, 587, 588, (741), (742), 774  
 • comodato do - 513  
 • direito ao local - 458, 528, 529, 530  
 • elementos do estabelecimento - 456 e segs.  
 • embargos de terceiro - 455, (565)  
 • encerramento - 474, 491  
 • locação do - 412, 437, 484, 485, 488 e segs.  
 • penhora do - 54, (563)  
 • reivindicação do - 454, 455  
 • requisição - 541  
 • ransmissão mortis causa do - 544, 545, 546, 547  
 • usufruto do - 550, 551 e segs.  
 • venda do - 438, 439, 480, 516 e segs.  
 Estabelecimento individual de responsabilidade limitada - 355, 356, 406, 441  
 Estabelecimentos absolutamente vinculados - 502, 506  
 Estabelecimentos imateriais - 530  
 Estabelecimentos não vinculados - 458  
 Estabelecimentos relativamente vinculados - 459, 502, 503, 504  
 Excepção de não cumprimento dos contratos - 152  
 Expropriação - 541, (711)  
 Extracto de factura - 47

## F

- 'acto natural - 236
- 'actores de produção - 6, 7, 8, 9, 10, 11, (41), 8, 203, 408
- 'actos notórios - 221
- 'alência - 40, (59), 55, (86), 60, (103), 147, 89, 363, 364, 390, 391, 411, 423, (621)
- 'armacêuticos - 423, (529)
- 'armácias - 545, (711)
- 'eirantes - 189, 405
- 'eudalismo - 77, 78
- 'ilial - 442, 714, 715, (874)
- 'irma - 406, 460, 569, 553, 558 e segs., (788)
  - firma derivada - 560
  - firma originária - 560, 561, 562
  - firma-denominação - 559
  - firma-mista - 559
  - firma-nome - 559
  - princípio da novidade - 569 e segs.
  - princípio da verdade da - 560
- 'ontes de direito (comercial) - 171 e segs.
  - fontes de conhecimento - 172
  - fontes de juridicidade - 172
  - fontes de valoração - 171, 172
  - fontes formais - 172, 173
  - fontes genéticas - 171
  - fontes materiais - 172, 173
- 'orça probatória - 267
- 'orma da declaração negocial - 46, 47, (71), 9, 57, 58, 303, 509, 510, 511, 525, 526, 527, 76, 791
- 'uncionário público - 19, 397, (490)

## G

- 'erente comercial - 383, 396
- 'estor público - 396
- 'overno - 187
- 'randes superfícies - 462
- 'uia de transporte - 47

## H

- 'erança jacente - 545, 546
- 'istória (do direito comercial) - 69 e segs.
- 'onorários - 421, 422

## I

- Impedimentos (para exercer o comércio) - 392
- Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares - 412
- Inabilitados (capacidade comercial dos) - 348 e segs.
- Incompatibilidades (para exercer o comércio) - 391, 392, 393, 394
- Incoterms - 199, 221, 226, 227, (282), (283)
- Indisponibilidades (para exercer o comércio) - 392, 393
- Indústria - 8
- Inexistência - (1011)
- Informação - vide, *dever de informação*
- Insígnia (do estabelecimento) - 553, 581 e segs., 658, 659
  - extinção da - 589 e segs.
  - princípio da novidade da - 583, (735)
  - princípio da unidade - 584
  - princípio da verdade da - 582, 583
- Integração da lei (comercial) - 175, 176, 177, 178
- Interditos (capacidade comercial dos) - 348 e segs.
- Interpretação da declaração negocial - (96), 217, (320), 494, (666)
- Interpretação da lei (comercial) - 175, 176, 177
- Invalidez (da marca)
  - parcial - 826
  - total - 826
- Ius civile - 75, (117)
- Ius gentium - 74, 75
- Ius honorarium - (117)
- Ius praetorium - (117)
- Ius romanum - 75, (117), 76

## J

- Jornalista - (536)
- Jurisprudência dos cônsules - (121), 80, 81
- Juros (obrigações de) - 56, (90), (271), 304, (359)
- Justo motivo (do não uso de marcas) - 719 e segs.

## L

- Lacuna legal - 176, 177, 178, 182
- Legado (do estabelecimento) - 544
- Letra de câmbio - 198
- Lex fori - 193, 194
- Lex mercatoria - 173, 230, 231, 232
- Liberdade de circulação de capitais - 202, 203, 204
- Liberdade de circulação de mercadorias - 202, 203, 204
- Liberdade de circulação de pessoas - 202, 203, 204
- Liberdade de escolha de profissão - 185, 186
- Liberdade de estabelecimento - (250), (251), (497), 401, 402, 403, (500)
- Liberdade empresarial - 186, 187, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, (794)
- Licenciamento - 405, 406, 461, 462, (588)
- Língua - 3, 4
- Linguagem - 3 e segs.
  - económica - 3, 5, 6
  - jurídica - 5
- Livrança - 198
- Locação do estabelecimento - (78)
- Locação financeira - (298), 242
- Logotipo - 553
- Lotarias - 28
- Lucro - 9, 10, 27, 28, 316, 328, 329, 330, 331, 332, 367, 368

## M

- Macau - 787, (973)
- Marcas - 196, 533, 554, 592 e segs.
  - alfectivas - (764), 656, 657
  - arresto das - 673
  - auditivas - 607, 656, (817)
  - caducidade das - 669, 697, 702, 725, 726, 821 e segs.
  - célebres - (750), 601, 619, 623, 624, 625, 626, 627, 666, 667, 671, 742, 743, 744, 745, 746, (935), 800, 801, 802, 803, 805
  - colectivas - 603, 604, (761)
  - composição das - 607 e segs.
  - comunitárias - 593, (746), 683, (839), 684, 713, (901)
  - contitularidade de - 759 e segs.
  - contrafacção de - 627, 672
  - de associação - (761)
- de base - 606, 774, 775, (956), 786
- de certificação - 605, 606, (761)
- de defesa - 695
- de facto - 660, 739 e segs.
- de forma - 608, 609, 610, (767), 643, (800), (801), 657, 659, 677
- de garantia - (761)
- de serviços - 603, (872), (918)
- declaração da intenção de uso das - 694, 696, 697, (853), 698, 700, 701, (860)
- descritivas - 644 e segs.
- do agente ou representante das - 752, 753, 754, 755, 756
- esgotamento das - 806 e segs.
- específicas - 606, 607, 774, 775, 786
- figurativas - 607
- fortes - 649, 650
- função das - (750), 595, 596, (751), 597, 598, 599, (754), 600, 665, 812, 813
- genéricas - 638 e segs., 646, 647
- imitação de - 627, 628 e segs., (785), (786), 672
- internacionais - 594, 674 e segs.
- licença de exploração de - 597, 687, 668, (931), 772, 781 e segs.
- merchandising de - 797 e segs.
- mistas - 608, (765)
- modificação das - 690 e segs., (845)
- nominativas - 607, 610, 611, 612, 691
- notórias - 635, 660, 740 e segs.
- obrigatórias - (748)
- princípio da especialidade das - 620, 621, 622, 623
- princípio da identidade das - 691, (846), 771
- princípio da licitude - 613, 614
- princípio da novidade - 618 e segs.
- princípio da unicidade do registo das - 757 e segs.
- princípio da verdade - 614, 615, 616, 617
- registo das - 595, 690
- registo das - 663, 664, (827), (828), 825 e segs.
- renúncia de - 818 e segs.
- sub-licenças de - 792, (978)
- tipos de - 602 e segs.
- transmissão das - 692, 693
- transmissão das - 767 e segs.
- uso das - 665, 666, 667, 693 e segs. 704 e segs.
- vulgarização das - (797), 821, 822, 823

**Medalhães - 658**  
**Mediação imobiliária - 405**  
**Mediadores - 386, 387, (481), 388**  
**Médicos - 424**  
**Médicos-veterinários - 425**  
**Medidas de segurança - (399)**  
**Meios de prova - 262, 263, 264, 267**  
**Menores (capacidade comercial dos) - 348 e segs.**  
**Mercado - 9, (12), (41), 34, 35**  
**Mercado interior - 204, 205**  
**Mercadorias - 466, 468, (627)**  
**Merchandising (de marcas) - 797, 798, 799 segs.**  
**Militares - 26**  
**Modelos de utilidade - (711), 610**  
**Modem - 265**  
**Moratória - 305**  
**Morgados - (147)**  
**Mútuo mercantil - vide contratos**

## N

**Nacionalização (do estabelecimento) - 542, (3), 544**  
**Návios - 196**  
**Negócio jurídico - 237, 238**  
**Negócio jurídico de consumo - 28, 29, 30, (5), (219), (221), 254, 255**  
**Nome (direito ao) - 562, 563, 564, 565, 566, (7), 568, 569, 661, (824)**  
**Nome do estabelecimento - 581 e segs., 658**

- extinção do - 589, 590, 591, 592
- princípio da novidade do - 583, (735), (739)
- princípio da unidade do - 584
- princípio da verdade do - 582, 583

**Normas de conflitos - 191, (240), 192, 193, 4, 195, 231, 232**  
**Notários - 398**  
**Notoriedade (da marca) - 826, 827, 829**

## O

**Obrigação de não concorrência - 439, 466**  
**Obrigação solidária - 60**  
**Obrigações propter rem - 765**  
**Orus da prova - 730, 731, (892), 732**  
**Operações jurídicas - 237, (292)**

**Organização - (7), 326, 327, 328, 421, 422, 433, 434, 435**

## P

**Partilha (da herança) - 547, 548**  
**Patentes - 95, (711)**  
**Património autónomo - 445, 446**  
**Pecuária - 415, 416, 417**  
**Penhor mercantil - 22, 47, 467**  
**Pessoa colectiva de direito público - 346, (420)**  
**Plano oficial de contabilidade - 39, 40**  
**Preços (afixação de) - 155, (207)**  
**Preços políticos - 329, 330**  
**Presentes - 30, 134, 135, 136, 137**  
**Princípio da compatibilidade - 758, (936)**  
**Princípio da economicidade - 328, 329**  
**Princípio da especialidade do fim - 344, 345, 346**  
**Princípio da subsidiariedade - 187**  
**Princípio do contrato - (694)**  
**Profissionalidade - 330, 331**  
**Profissões liberais - (9), 130, 315, 398, (493), 420 e segs.**  
**Propriedade industrial - 134, 135, 461, (572)**  
**Prova (meios de) - 48, (78), 730, 731**  
**Publicidade - 19, 153, (361), 657, 708, 709**

## Q

**Quase-negócios - 237**  
**Quiescência - 698, (856)**

## R

**Ramos de direito - 17, 18, 19**  
**Reabilitação (do falido) - 364**  
**Reatamento (do uso da marca) - 734, 735, 736**  
**Recuperação de empresa - 147, 511, 512, 513, 540**  
**Redução do negócio jurídico - 526**  
**Registo (das marcas) - vide «marcas»**  
**Renovação do registo (de marcas) - 687 e segs., 698, 737, 738, 825 e segs.**  
**Renovação tardia - 689**

**Renúncia - 688, 733, 765, 766, 793, (979), 818, 819, 820**  
**Representante legal - 352, 353, (432)**  
**Reproduções mecânicas - 266, (317)**  
**Requisição (do estabelecimento) - 541**  
**Responsabilidade civil do produtor - 144, 145, 158**  
**Retrato - 662, (825)**  
**Revalidação do registo (de marcas) - 690, (844), 738**  
**Revivescência - 699, (857), 702**

## S

**Secondary meaning - 649, 650, (812), 651, 652**  
**Significado - 4, (2), (3), (817)**  
**Significante - 4, (2), (3), (817)**  
**Simulação - (646)**  
**Sinais distintivos - 552 e segs.**

- caducidade - 556
- renovação - 556, 557
- renúncia - 557
- anulação - 557

**Sinais fortes - 647, 648, 649, 650**  
**Sinais fracos - (802), 647, 648, 649**  
**Sinetes oficiais - 662**  
**Sociedades - 441, 442**

- civis - 40
- civis sob forma comercial - 40, 378, 379, 380, 381
- comerciais - 43, 132, 189
- de profissionais - 40
- entre cônjuges - 43
- gerentes das sociedades por quotas - 95
- anónimas - 395
- fusão de - 538, 539
- de advogados - 426, 427
- de despachantes oficiais - 427, 428
- de Revisores Oficiais de contas - 428, 429
- irregulares - 548, 549

**Sociedades de prestação de serviços profissionais - 429**  
**Sociedades de profissionais - 426, 427, 428**  
**Sócios**

- de indústrias - 43
- obrigação de entrada - 43, 475, 539, 772
- de responsabilidade ilimitada - 389, 390, 391, 394, 395

**Sub-rogação legal - 688**  
**Subarrendamento - 499, (633), 500**  
**Sucursal - 442, 443, 444, 677**

## T

**Taxas - (891), 736 e segs.**  
**Terceiros (para efeitos de registo) - 778, 780, (962), (963), 781, 829**  
**Testes de venda - 710, (870)**  
**Título executivo - 47**  
**Títulos de crédito - 39, 61, 82, 83, 198**  
**Tolerância (do uso da marca) - 669, 670, 671, 816**  
**Trabalho - 6, 7**  
**Transferência electrónica de fundos - (319)**  
**Transmissão da marca - 767 e segs., 815, 816**  
**Transmissão parcial da marca - 773**  
**Transmissão singular de dívidas - 532, 533, 534**  
**Tratado de Roma - 200, (249)**  
**Trespasse - 437, 438, 439, 476, 477, 478, (590), (591), (592), (593), (594), 480 e segs., (608), 518, 519**

- parcial - 517, 518

## U

**União Europeia - vide «Comunidade Económica Europeia»**  
**Unicidade do registo (das marcas) - 757 e segs.**  
**UNIDROIT - 198**  
**Universalidade**

- de direitos - 447, 448, 449, 450, 451, (558), (559)
- de facto - 448, (558), (559), 546

**Urbanismo - 37**  
**Uso (das marcas) - 693, 694, 695 e segs.**

- reatamento do - 734, 735, 736, (899), (900)

**Uso parcial (das marcas) - 716 e segs.**  
**Usos do comércio - 80, 174, 180, 181, 212 e segs., (270), (271)**

- interpretativos - 218, (270)
- usos convencionais - 215
- usos de facto - 215, (265)
- usos normativos - 215

Isucapião - (710)  
Isura - 94  
Itensilios - 466, 467, (627)

## V

Venda ao domicílio - vide «contratos»  
Venda de coisa defeituosas - 177  
Venda directa ao consumidor - 31, 67

Venda por catálogo - vide «contratos»  
Venda por computador - vide «contratos»  
Venda por correspondência - vide «contratos»  
Venda por telefax - vide «contratos»  
Venda por telefone - vide «contratos»  
Venda por televisão - vide «contratos»  
Venda sob amostra - 177  
Vistorias - 736

## Índice Onomástico \*

## A

ABRAHAM - (246)  
ABRAHAM-FROIS, G. - (41)  
ABRANTES, J. João - (24)  
ABREU, J. P. Cancela - (530)  
AFFERNI - (370)  
ALARCÃO, Rui de - (595)  
ALAUZER - (161)  
ALBRECHT - (948)  
ALBUQUERQUE, Pedro de - (80), (182)  
ALFANDARI, E. - (42), 382  
ALIFFE - (750)  
ALMEIDA, Ferreira de - (17), (23), (205), (454), (714), (963)  
ALMEIDA, Pereira de - (452)  
ALONSO LEDESMA - (246)  
ALONSO UREBA - (400)  
ALPA, G. - (17)  
ALTIERI - (560)  
AMADO, Leal - (237)  
AMALFI - 79  
AMARAL, Freitas do - (686), (1017)  
AMATO - (614)  
AMMENDOLA - (965)  
ANDRADE, Manuel de - (17), (433), (644)  
ANDRADE, Vieira de - 568  
ANDREDE, Robin de - (686)  
ANGELONI - (306)  
ANSALDI - (125)  
ANSON, G. - (17)  
ANTERO, Adriano - (302)  
ARCANGELI - (335)  
ARE - (702)  
AREÁN LALIN - 638, (895), (1009)  
ARIAS BONET - (121)  
ARROYO - (246)  
ASCARELLI - 2, (124), (387), (702)  
ASCENSÃO, J. de Oliveira - (48), 438, (581), (602), (686), (714)  
ASQUINI - (169), 126  
ATHAYDE, Augusto de - (84), (401)

ATIYAH, P. S. - 69  
AULETTA, G. - (39), (50), (440), (540), (581), (698)  
AUTERI - (713), 623, 665, (984)  
AZEMA - (744)  
AZEVEDO, Lúcio de - (107)  
AZZARITI - (302)

## B

BALDASSARI - (409)  
BALDI - (409)  
BALL - (750)  
BALLADORE - (244)  
BALLETTA - (596)  
BALOSSINI - (269)  
BARBERO - (558)  
BARRE, R. - (5), (13)  
BARROS, J. J. - (10)  
BASTO, Cabral - (63)  
BATIFFOL, H. - (241)  
BATTERSBY - (986)  
BATTLE SALES - (755)  
BAUDRILARD, J. - (41), (199)  
BAUMANN, D. - (850)  
BAUMBACH - (423), (850)  
BAZEX - (125)  
BEIER - (753), (815), (994)  
BEIRÃO, Veiga - (305), (330)  
BELLET - (529)  
BENEVIDES, J. - (306)  
BENJAMIN, A. H. - (228)  
BENSA - (558)  
BÉRAUD - 382  
BERCOVITZ - (115)  
BERLINGUER - (28)  
BERMAN, J. - (283)  
BERR - (498)  
BERRY - (515)  
BETTI - (320)  
BEZERRA, Miguel - (893)

\* Os números entre parênteses referem-se às notas de pé-de-página e indicam a primeira citação das obras.



BIANCA - (559)  
 BIGIAMI - (377), 322, (393), 451  
 BIHL, L. - (195)  
 BIN - (508)  
 BIONE, M. - (508)  
 BLAISE - 465  
 BODE - (125)  
 BOEHM - (99)  
 BÖHLER, D. - 4  
 BOHLING - (184)  
 BOISTEL - (164), 123  
 BOLAFFIO - (137)  
 BONNEAU - (523)  
 BONNEFONT - (462)  
 BONTOUX, C. - (285)  
 BORÉ - (530)  
 BORNIER - (127)  
 BOTANA AGRA - (744)  
 BOUBLI - 465  
 BOULANGER - (486), (731)  
 BOURGOIGNIE, T. - (17), (228)  
 BOUSQUET - 376  
 BOUTARIC - (127)  
 BRADNER - (23, 59, (174), (196)  
 BRANCO, Luis - (84)  
 BRANDT, D. - 624  
 BRASER, M. - (122)  
 BRAUN, A. - (850)  
 BRIKKMANN, W. - 265  
 BRITO, J. Sousa e - 4  
 BRONZINI - (416), (596)  
 BROSETA PONT - (30), (31), (39), (48), (83),  
 (115), (129), (619)  
 BROX, H. - (23), (85), (214), (320)  
 BRÜGGEMAN - (456)  
 BRUZIN - (544)  
 BUONOCORE - 322, (410), (731)  
 BURST - (180), 376  
 BUSSANI - (99)  
 BUZAID, Alfredo - 472

## C

CABRAL, M. Villa-verde - (107)  
 CABRILAC - (544)  
 CAETANO, Marcello - (89)  
 CAIAFA - (612)  
 CALAIS-AULOY, J. - (17), (35), (195),  
 (214), (298), 322  
 CÂMARA ALVAREZ - (665)

CAMARA, M. - (423)  
 CAMPBELL, A. - (182)  
 CAMPO BASSO, G. F. - (9), (39), (50), (144),  
 (169)  
 CAMPOS, António de - (84)  
 CAMPOS, Diogo Leite de - (236), (298)  
 CAMPOS, Mota - (251)  
 CANARIS, C. W. - (39), (84), (298)  
 CANDIAN - 451  
 CANEVARI, C. - (863)  
 CANOTILHO, J. J. Gomes - (24), (25), (64),  
 (189)  
 CAPELLE - (39)  
 CARBONE - 68  
 CARDOSO, Lopes - (695)  
 CARNELLUTTI - (335), (555)  
 CAROUX, J. - (199)  
 CARTELLA - (721), 627  
 CARVALHO, Orlando de - (17), (31), (539),  
 (541), (565)  
 CAS, D. - (35), (198), (214), (232)  
 CASAGNI, S. - (63)  
 CASALONGA - (180)  
 CASANOVA - (15), (438), (560), (697)  
 CASAREGIS - (125)  
 CASELI - (532)  
 CASTELL - (994)  
 CASTRO LUCINI, F. - (32), (124)  
 CASTRO, Armando de - (63), (107)  
 CATAUDELLA - (481)  
 CAVAZZUTI - (508)  
 CEHMANN - (99)  
 CENDON - (99)  
 CERAMI - (414)  
 CHAPAUD - 67, 68  
 CHARTIER, Y. - (486)  
 CHAUVEAU - (246), (549)  
 CHAVANNE, A. - (180)  
 CHESNE - (518)  
 CHORLEY - (246)  
 CHRISTIANOS - (232)  
 CIAN - (171), (269)  
 CLARIZIA - (99), 265  
 CLAVIJO SÁNCHEZ - (833)  
 COELHO, M. F. Pereira - (392)  
 COELHO, Maria A. - (626)  
 COELHO, Pinto - (15), (105), (294), (737),  
 (758), (786), (792), (797)  
 COHN, G. - (111)  
 COINTI, F. - (829)  
 COLAÇO, I. Magalhães - (241)

COLOMBO - (551), (612), (614)  
 CONDE - (65)  
 CONSTÂNCIO, M. J. - (7)  
 CORDEIRO, Menezes - (20), (23), 50, (79),  
 (84), 438, 471, (602), (687), (981)  
 CORNU - (232)  
 CORRADO - (744)  
 CORRADO, R. - (85)  
 CORREIA, Brito - (4)  
 CORREIA, Ferrer - 2, (4), (543), (559),  
 (628), (750)  
 CORREIA, Pupo - (4), (833)  
 CORREIA, Sêrvulo - (63)  
 CORRENTI - (378)  
 CORSI - (393)  
 CORTE-REAL, Rui de M. - (743)  
 COSTA, Jesus da - (147)  
 COSTA, M. J. Almeida - (17), (23)  
 COTTINO, G. - (100), (144), (169)  
 COURET - (515)  
 COZIAN - (518)  
 CRAIG - (280)  
 CRUGNOLA, P. - (802)  
 CRUZ, Braga da - (88)  
 CRUZ, Justino - 620  
 CRUZ, Sebastião - 75  
 CUONZO - (913)

## D

D'ESPINOZA, L. B. - (85), (446)  
 DARMON - (500)  
 DASSAS - 623  
 DAVID, R. - (265)  
 DAVIDSOHN - (122)  
 DE CUPIS, A. - 568  
 DE MARTINI, A. - (114), (124), (171), 451,  
 (584), (698)  
 DE WITT - (755)  
 DECOOPMAN - (530)  
 DEKEUWER - 382  
 DELAMARE - (131)  
 DELBEQUE - 472  
 DELGADO, Pereira - (344)  
 DEMARET - (169)  
 DEMOSSEAU - (815)  
 DERRUPÉ - (510), (518)  
 DEZZANI, P. - (698)  
 DI CATALDO - (994)  
 DIAS, J. de Figueiredo - (493)

DIDIER, P. - (515)  
 DIÉZ-PICASSO - (214)  
 DOBSON, P. - (785)  
 DOMONT-NAERT, F. - (35)  
 DOREN - (122)  
 DROBNIG - 68  
 DRUCKER, P. - (7)  
 DRUESNE - (497)  
 DUCHANGE - (306)  
 DUFAU - (456)  
 DUNANDE, S. - (797)  
 DUPICHOT - 322  
 DUPLAN - (544)

## E

EISEMANN, F. - (285)  
 EIZAGUIRR - (133)  
 ELIA - (540)  
 ELLINGUER, E. P. - (285)  
 EMMERICH - (185)  
 ENDEMANN - (139), (548)  
 ENTÉRIA, G. - 795  
 ESCARRA, J. - (14)

## F

FADDA - (558)  
 FALLON, M. - (17)  
 FANELLI - (623)  
 FÁRIA, Ribeiro de - (214)  
 FARINA - (373), (525)  
 FAZZIN - (994)  
 FERNANDES, Monteiro - 465  
 FERNÁNDEZ-NÓVOA - (744), (755), (767),  
 (781), (850)  
 FERRA - (532)  
 FERRARA - (393), (446), (552)  
 FERRARI - (542)  
 FERREIRA, Fernandes - (41)  
 FERREIRA, Taborda - (604)  
 FERRI, G. B. - (267), (532)  
 FERRIER - (35), (198), (214), (232)  
 FERRO - (169)  
 FIGUEIREDO, Mário de - (15), (294), (691)  
 FIKENTSCHEW, W. - (84), (186), (190),  
 (679)  
 FOJER, J. - (911)  
 FORCHIELLI - (623)

FORMIGGINI - (414)  
FOUCAULT - (109)  
FOUCHARD, Ph. - (266)  
FRADA, Carneiro da - (679)  
FRAGUAS MASSIP, R. - (698)  
FRANCESCHELLI - (186), (405), (702),  
751, (761)  
FRANÇON - (802)  
FREDERICO DE CASTRO - (270)  
REIENFELDS - (241)  
REITAS, Lebre de - (688)  
RIGNANI, A. - (99), (68), (255)  
ROTA, Mário - (286), (654)  
URTADO, Mendonça - (306)  
URTADO, Pinto - (392), (589)

## G

GADAMER, H. G. - 3  
GALBRAITH - (199)  
GALGANO, F. - (10), (15), (17), (28), (96),  
144, (169), (170), (379), (751), 627  
GALIMBERTI - 471  
GALVÃO, Sofia - (100)  
GANDOLFI - 68  
GARCIA DE ENTÉRRIA - (248)  
GARRET, Almeida - (7)  
GARRIGUES - (270), (423)  
GATTI - (764), (986)  
GAUCH, P. - (265)  
GAVALDA - (284), 376  
GEBENBERGER - (463)  
GEBNET, L. - (112)  
GEBZI - (414)  
GEBDINI - 623  
GEBRON, M. - 665  
GEBNATONIO, E. - (319)  
GEBNINI - (111)  
GEBLES - (246)  
GEBRONTENA - 33, (39), (50), (133), (156),  
58, (173)  
GEBDINHO, V. Magalhães - (107)  
GEBDLMAN - (280)  
GEBDSCHMIDT - (27, (29), (114), (120),  
14), 91, (138), (145)  
GEBMES, Janeiro - (392), (481), 459, 472,  
50, (714)  
GEBNÇALVES, Cunha - (302), (284)  
GEBNÇALVES, Maia - (443)  
GEBNÇALVES, Pedro - (682)

GONÇALVES, Penha - (826)  
GONDRA, J. M. - (50), (130), (133), (157),  
(221), (236)  
GONZALEZ CAMPOS - 795  
GOYET, C. - (34)  
GRAZIANI - (9)  
GRAZIANI, A. - (114), (542), (713)  
GRECO - (542), (702)  
GRIME - (246)  
GROUTEL - (498)  
GRUBER - (241)  
GUARINO - (142)  
GUGLIELMETTI - (741), (744), (808), 795  
GUIDEC - (284)  
GUIRAUD, P. - (1)  
GUYÉNOT, J. - (50), (744)  
GUYON, Y. - (424), (463), 376, (530)  
GUYTON - (684)

## H

HAEHL - (524)  
HAMEL-LAGARDE - (14), (36), (39), (128),  
(133), (136)  
HARTGEN - (744)  
HASSAN - 623  
HASTAD, T. - (194)  
HAUSER - (120)  
HAY, P. - (241)  
HECK - 1, 100, (152)  
HEFERMEHL - (850)  
HEINECIO - (125)  
HELM, H. - 666  
HENKE - (228)  
HENNING-BODEWIG - 627  
HENSEN - 59, (174)  
HERAS LOZANO, T. de las - (794)  
HESPANHA, A. M. - (108)  
HEYMANN - (115)  
HOCKLEY - (994)  
HOLLIS - (199)  
HONDIUS - (213)  
HÖNN, G. - (203)  
HONNOLD - (283)  
HOPT - (423)  
HORN, N. - (23)  
HÖRSTER, H. - (20), (22), (25)  
HOUIIN - (424), 382, (506)  
HUBMANN - (179)  
HUVELIN - (115), (116)

## I

IBBA - (9)  
ILLESCAS ORTIZ - (428)  
IMHOFF - (17)  
ISAY, H. - 665

## J

JACQUET, J. M. - (281)  
JAEGER - (370)  
JAUFRET, A. - (39), (128), 382, (522)  
JEANDIDIER - 382  
JEANTIN - 382  
JOLIET - (965)  
JORIO - (373)  
JÚNIOR, Santos - (651)

## K

KELSEN - (19)  
KEUTGEN - 376  
KLEIER, U. - 265  
KOCK, E. - (23)  
KOVARICK, M. - (50)  
KUHN - (99)  
KUR - 627

## L

LA LUMIA - (555)  
LADAS - (744)  
LADD, M. - (283)  
LAGARDE, P. - (241)  
LAMARQUE - (520)  
LAMEGO, J. - 4  
LANDO, O. - 68, (280)  
LANDRAU - (1015)  
LANGE, O. - (13)  
LANGLE, E. - (137), (428)  
LAPIERRE - (462)  
LARANJEIRO, Carlos - (13)  
LARENZ, K. - (23), 59, (320)  
LASALE - (493)  
LAURENCE, W. - (280)  
LAUTERBACH - (125)  
LAVABRE - (466)  
LE GALL, J.-P. - (291)

LE POITVIN - (131)  
LE TALLEC - (762)  
LE TORNEAU - (462)  
LEBRUN - (524)  
LECONTE - 472  
LEGEAIS - (506)  
LEHMANN - 563, 627  
LEMASSIER - (530)  
LENZI - (481)  
LIMA, Carlos - (530)  
LIMA, Pires de - (308), (550)  
LIMBACH, J. - (203)  
LINDACHER, W. F. - (23)  
LINHARES, Aroso - 3  
LOBATO - (994)  
LOCRE - (158)  
LOMBARDINI, S. - (5), (41)  
LOOKOFKY, J. - (283)  
LORENZO DE BENITO - (348)  
LOUSSE - (127)  
LUCENA, Manuel de - (63)  
LUNSFORD, J. R. - (794)  
LUZZI - (169)  
LYON CAEN - (36), (137), (497), (530)

## M

MACCARONE, S. - (319)  
MACEDO, Borges de - (107)  
MACHADO, Baptista - (18), 318, (806), 704  
MACHADO, M. N. Pedrosa - (23)  
MACHETE, Rui - (63)  
MACIOCE - (716)  
MADSEN, P. B. - (194)  
MAGALHÃES, Barbosa de - (83), (105),  
(303), (452), (557)  
MAGALHÃES, José - (686)  
MAGGIORE, R. - (697)  
MAGITOT - (241)  
MALINVERNI - (281)  
MANARA - (36), (37)  
MANGO - (526)  
MANGUINI - (713)  
MARCHETTI - (809)  
MARENCO - (500)  
MARGHERI - (36), (100)  
MARIAGE - (28)  
MARIN LAZARO - (489)  
MARMILLOD - (965)  
MARQUES, Oliveira - (107)

MARQUES, Remédio - (221), (228), (481)  
 MARSHAL, A. - (7)  
 MARTEAU-ROUJOU DE BOUBÉE - (771)  
 MARTIN - (523)  
 MARTINE - (518)  
 MARTINEZ LAGE - (839)  
 MARTINEZ MINGUEZ - (763), (767), (815)  
 MARTINEZ, Soares - (8)  
 MARTY, J.-P. - (83)  
 MARX, K. - (6)  
 MASSAGUER - (839), 815  
 MATA, Caeiro da - (308)  
 MATHELY - (761), (768)  
 MC CARTHY - (811)  
 MENDELSON, M. - (99)  
 MENDES, Castro - (417), (488)  
 MENDES, Ohen - (737)  
 MENENDEZ, A. - (181), (186)  
 MENESINI - 627  
 MERÊA, PAULO - 78  
 MERLE - (483)  
 MERVILLE - (127)  
 MESQUITA, H. - (936)  
 MESSINETI - (702)  
 METAXAS, S. - (286)  
 MICCIO - (540)  
 MINERVINI - (1006)  
 MIRABELLI - (612)  
 MIRANDA, João - (15)  
 MIRANDA, Jorge - (19), (24), (64), 568  
 MODERNE - (523)  
 MONCADA, L. Cabral - 68  
 MONTALENTI - (99)  
 MONTEIRO, Pinto - (23), (213), (381), (982)  
 MONTEIRO, Sinde - (202), (204), (204)  
 MONTESANTO, L. - (317)  
 MONTESSORI - (36)  
 MOREIRA, Guilherme - (37), (303), (312), (484)  
 MOREIRA, Vital - (24), (63)  
 MORINI, A. - (195)  
 MOSSA, L. - (38), (698)  
 MOURA, Pereira de - (5)  
 MOURIER - (507)  
 MÜLLER, W. - (241)  
 MUÑOZ MACHADO - 795

## N

NAPOLEONI, C. - (12), (41)  
 NAVARRINI - (36), (37)

NÉGRET - (515)  
 NETO, Abílio - (833)  
 NEVES, Castanheira - (229), (320)  
 NEVES, César das - (7)  
 NORA, Sampaio - (893)  
 NORDHAUS, W. - (7)  
 NOUGUIER - (166)  
 NUNES, Avelãs - (7), (62)

## O

OLAVO, Fernando - (15), (81), (97), (105)  
 OLIVEIRA, M. Esteves de - (420)  
 OLIVENCIA RUIZ - (39), (133)  
 OLIVER - (122)  
 OPPETIT - (229)  
 OPPO, G. - (15), (379)  
 ORILLARD - (163)  
 OSMAN, F. - (280)  
 OTERO LASTRES - (744), (767), (850)  
 OTTA VIANO, V. - (401)

## P

PAGENBERG - (965)  
 PAJARDI - (560)  
 PALANDT, O. - (43), (198)  
 PALLIERI - (244)  
 PALMER, F. R. - 4  
 PAOLI - (113)  
 PARDESSUS - (132), (159), 123  
 PARDOLESI - (797)  
 PARISI, F. - (318)  
 PARK, W. - (280)  
 PARK, W. - (280)  
 PATRÍCIO, Simões - (684)  
 PAÚL, Jorge - 628  
 PAULSSON - (280)  
 PAVONE LA ROSA - (269), 322  
 PÉGAMON - (424)  
 PEGOLOTTI, F. B. - 80  
 PELLISÉ PRATS, B. - (817)  
 PELSTER - (198)  
 PEREIRA, Miriam H. - (107)  
 PERES, Damião - 87  
 PEREZ GARCIA - (202)  
 PETIT - (376)  
 PETTITI - (652)  
 PFLUG - (221)  
 PIMENTEL, Sampaio - 313

PINTO, D. Renault - 472  
 PINTO, Mota - (17), (23), (43), (175), (212)  
 PINTO, Varela - (665)  
 PIRES, Lucas - (64)  
 PIZZIO, J. M. - (221)  
 PLASSERAUD - (798)  
 PLEIONIS, L. - (113)  
 PLUCKNETT - 92  
 POLLAUD-DULIAN - (713)  
 PORZIO - (428), (529), (595)  
 POTHIER - (127)  
 POUSSON - (376)  
 PRÄNDL, F. - (994)  
 PREDIERI, A. - (686)  
 PUGLIATI - (555)  
 PUGLIESSE - (698)  
 PUGSLEY, D. - (265)

## Q

QUEIRÓ, Afonso - (15), (743)

## R

RABITTI BEDOGNI - 568  
 RAISCH, P. - (50), (133), (157), (218)  
 RAMBERG - (282)  
 RAMOS, Moura - (241)  
 RAPOSO, Amável - (317)  
 RASCIO - (558)  
 RATZ - (282)  
 RAU, Virginia - (107)  
 RAULT - (14)  
 REHME, P. - (110), (111), (120)  
 REICH, N. - 625  
 REINHARD - (368)  
 REIS, Alberto dos - (392), (689), (695), 636  
 RESCIGNO, P. - (508)  
 RIBEIRO, Ana Paula - 783  
 RIBEIRO, Sousa - (23), 59, (175), (203), (213)  
 RIBEIRO, Teixeira - (5), (7), (8), (11), (42), (63)  
 RICOLFI - 568, 625  
 RIPERT - (14), (36), (246), (338), (368)  
 RITTERSHAUSEN, H. - (12)  
 RIVERO, J. - (684)  
 RIVOLTA - (397)  
 ROBLOT - (338), (368), (507)  
 ROCCO - (36), (135), (335)  
 RODIÈRE - (506)

RODOTÀ - 59  
 ROGRON - (162), 123  
 ROPPO - (96)  
 ROSAS, Fernando - (63)  
 ROTONDI - (542)  
 ROUGÉ, J. - (116)  
 ROVERATI, F. - (993), (995)  
 ROWE, M. - (285)  
 ROY Y BERGADA - (348)  
 ROZÈS - 376  
 RUBIO, J. - (61), (246), (423)  
 RUEDA MARTÍNEZ - (545)  
 RUFINI - 425  
 RUIGROK - (995)  
 RUIJSENAARS, H. E. - 627

## S

SÁ, Alves de - (294)  
 SACCO, R. - 69, (318)  
 SACK, R. - (753)  
 SAINT GAL - (833)  
 SALANITRO, N. - (39)  
 SALDANHA - (294)  
 SAMUELSON, P. - (7)  
 SANCHEZ, N. Lopes - (17)  
 SANCHEZ-ALBORNOZ - 78  
 SANTARÉM, Pedro de - (125)  
 SANTINI, G. - (508), (702), 563  
 SANTONI - (802)  
 SAVARY - (127), 90  
 SAVATIER - (529)  
 SCACCIA - (125)  
 SCHECHTER - 665  
 SCHEIER - (17)  
 SCHIELB - 601  
 SCHIMIKOWSKI - (184)  
 SCHLUEP, W. R. - (265)  
 SCHMIDT, D. - (20)  
 SCHMIDT, K. - (50)  
 SCHMITTHOFF - (264), (785)  
 SCHOLZ, M. - (109)  
 SCHÖNWITZ, D. - (80), (185)  
 SCHRICKER - 624, (866), (965)  
 SCHULTZ - (118)  
 SCIALOJA - (558)  
 SCORDAMAGLIA - (995)  
 SCOZZAFAVA - (702)  
 SEELIG - (850)  
 SELVIG, E. - (194)

SENDIM, Paulo - 2, (10), (48), (133)  
 SERENS, Nogueira - (254), (749), (750)  
 SERNA - 508  
 SERRA - (648)  
 SERRA, Vaz - (92), (381), (565), (597), (644), (670), (671), (689), (827), (896), (963)  
 SHAUPY - (99)  
 SILVA, Azevedo e - (294)  
 SILVA, Calvão - (42), (43), (190), (198), (217), (221)  
 SILVA, Gomes da - (598)  
 SILVA, Paula Costa e - 778  
 SMITIS, S. - (42)  
 SOARES, Azevedo - (247)  
 SOARES, Rogério - (63)  
 SORDELLI - (763)  
 SORTAIS - (519)  
 SOUROIUX - 322  
 SOUSA, Alfredo de - (5), (41)  
 SOUSA, M. Rebelo de - (686)  
 SOUSA, Nuno de - (684)  
 SOUSA, R. Capelo de - (598)  
 SOUSI-ROUBI - (507)  
 SPADA - 438  
 STAUDER, B. - (298), (965)  
 STEENBERGEN - (498)  
 STILLMUNKES - (525)  
 STOLFI, C. - (530), (555), (558)  
 STRACCA - 85, 91  
 STROWEL - (839)  
 STÜBING, J. - (23)  
 SUMMERS - (172)

## T

TADJER, V. - (281)  
 TAKAMATSU - (994)  
 TANZI - (391)  
 TAVARES, José - (305), (374), (452)  
 TEDESCHI - (540)  
 TELLES, Galvão - (20), (550), 472  
 TENREIRO, M. Paulo - (251)  
 TERCIER - (265)  
 TETI - (139)  
 THALLER - (115), (134), (165)  
 THÖL - (27), (140)  
 THOMAS - (645)  
 THRIERR - (831), (839), (841), (861)  
 TILMANN - (753)  
 TILOCA - (413)

TONDO - (559)  
 TONI, A. M. - (911)  
 TONNER, K. - 625  
 TRABUCHI - (269)  
 TRAVISAN - 580  
 TURRI - (125)

## U

UBERTAZI - (752), (809)  
 ULLRICH, H. - (994)  
 ULMER - (23), 59, (174), (196)  
 ULPIANUS - 24, 75, (118)  
 UNGARI - (146)  
 URIA, Rodrigo - (39), (428)

## V

VALERI, G. - (114)  
 VALIN - (127)  
 VALLS TABERNER - (122)  
 VANZETTI - (702), (994), (1005)  
 VARELA, Antunes - (23), (380), (550), 459, 472, (628), (637), (827), (893), (963)  
 VASSALLI - (169)  
 VASSEUR, M. - (84), (284)  
 VAZ, Albino - (15)  
 VAZ, Oliveira - (240)  
 VEDEL - (684)  
 VENTURA, Raúl - (117)  
 VERCELLONE - (713)  
 VIANDIER - (529)  
 VIDAL - (648)  
 VIDARI - (294)  
 VINCENS - (160)  
 VINCENT CHULIÀ - (39)  
 VINCENT E GELLA - (115), (122), (137)  
 VINCENT, Dário M. - (289)  
 VITU - (493)  
 VIVANTE - (82), (137)  
 VOELP, F. - 627  
 VON OVERBECK - (243)

## W

WALBROECK - (255)  
 WAHL - (167)  
 WALINE, M. - (684)

WARNER - (122)  
 WEBER, J. - (80), (185)  
 WEGENER, H. - 625  
 WEIMAR - (184)  
 WHINCUP, M. H. - 69  
 WHITE - (172)  
 WIELAND - 6, (50), 119, (153), (154)  
 WILHELMSSON - (193)  
 WILLIAMS, P. R. - (241)  
 WITTGENSTEIN - 2  
 WOLF, M. - (23)  
 WOODLAND - 376  
 WURDINGER, H. - (456)  
 WUSTENDÖRFER - (177)

## X

XAVIER, B. G. Lobo - (25)  
 XAVIER, V. G. Lobo - (15), (54), 109, (151), (187), (231), (233), (235), (597)

## Z

ZAPPA - (549)  
 ZEIDMAN - (255)  
 ZENCO-ZENCOVICH - 562  
 ZÖLLNER, W. - (85), (188), (222)

## Índice Geral

Siglas _____	V
Apresentação _____	VII
Visão Global da Literatura sobre Direito Comercial _____	IX

### Capítulo 1. O MUNDO AMBIENTE ESTRUTURANTE DO COMÉRCIO E DO DIREITO COMERCIAL

A. O comércio como objecto do Direito Comercial _____	1
I - Comércio/factores produtivos _____	6
II - Comércio/Produção _____	7
III - Comércio/troca _____	8
IV - Comércio/Lucro _____	9

### Capítulo 2. O DIREITO COMERCIAL. ENQUADRAMENTO

A. Doutrina. Teoria. Metódica _____	13
B. O Direito Comercial como ramo do Direito Privado _____	17
1. O direito comercial como direito privado _____	17
1.1. Justificação _____	20
1.2. Dimensões específicas do direito privado _____	22
C. Caracteres distintivos e constitutivos do Direito Comercial _____	23
I. Delimitação doutrinal do direito comercial _____	24
1. O direito comercial como direito do comércio _____	24
2. O direito comercial como o direito de uma classe profes- sional determinada _____	25
3. O direito comercial como ramo do direito que regula os actos de comércio _____	26
4. O direito comercial como o direito que regula as empre- sas _____	32
5. O direito comercial como o direito do capitalismo ou do factor capital _____	41
6. Conclusões _____	44
D. O Problema da autonomia do direito comercial _____	52
I - O Problema _____	52

II - A Doutrina	52
1. A unificação	53
2. A perspectiva autonomista	57
3. Conclusões	62
E. A evolução histórica do direito comercial	69
I - Metodologia	69
II - Prolemas fundamentais na História	71
1. Direito Grego	72
2. Direito Romano préjustiniano (até ao séc. VI a.C.)	73
3. Direito Justiniano	76
4. Os bárbaros e o direito romano comum	73
5. O direito comercial corporativo	78
5.1. Caracteres do direito comercial estatutário. Conclusões	83
6. O capitalismo mercantil e o Direito Comercial dos séculos XVI a XVIII	84
7. O Movimento codificador do século XIX	95
7.1. O ordenamento inglês	95
7.2. França	97
7.3. A extensão a outras codificações do Code de Commerce	101
7.4. A codificação germânica. O retorno a um sistema subjectivo	102
Conclusões	110
III - A evolução do direito mercantil tradicional	118
A) A transformação da estrutura económica	118
B) A evolução do direito comercial no plano dos códigos comerciais	128
I - A Formação do Direito Industrial	133
A) O reconhecimento da propriedade industrial	133
B) A conformação do regime da concorrência desleal	135
C) Relações com o Direito Comercial tradicional	136
II - O direito económico e o direito comercial	137
C) O Direito Comercial e as alterações na concepção do direito privado	141
I - As políticas intervencionistas e a conformação do moderno direito comercial	141
II - O direito comercial sob o ângulo da protecção do consumidor	147

### Capítulo 3. AS FONTES DE DIREITO COMERCIAL

A) Introdução	171
I - A complexidade conceitual	171
B) O sistema de fontes de direito no código comercial português e o problema da interpretação e integração no domínio do direito comercial	175
C) Tendências gerais de evolução das fontes de direito comercial	179
D) A legislação Mercantil	183
I - As fontes do direito comercial interno	183
1. O impacto da constituição no direito comercial	183
II - Legislação interna	188
III - Fontes internacionais	191
IV - Fontes Comunitárias	200
E) Fontes de Produção Autónoma	212
I - Os usos do comércio	212
II - O Direito autónomo da contratação internacional	224

### Capítulo 4. OS ACTOS DE COMÉRCIO

A) Introdução	235
B) Factos jurídico-comerciais e actos de comércio	236
C) O artigo 2º do código comercial	238
D) A segunda parte do artigo 2º	250
E) A segunda parte do artigo 2º. Os actos de comércio subjectivos como actos acessórios. Crítica	268

### Capítulo 5. CLASSIFICAÇÃO DOS ACTOS DE COMÉRCIO

A) Actos de comércio objectivos e subjectivos	277
B) Actos de comércio (objectivos) absolutos e actos de comércio por conexão objectiva e subjectiva	280
C) Actos substancialmente e formalmente comerciais	286
D) Actos de comércio puros e actos de comércio mistos	288
E) A classificação dos actos previstos no art. 230º do código comercial. Actos objectivos ou subjectivos?	294

## Capítulo 6. OS COMERCIANTES

A) Noção. A interpretação dos arts. 13º e 230º do código comercial _____	303
B) Análise do art. 13º/1. O exercício profissional do comércio _____	314
C) Análise do art. 230º. Requisitos do exercício das empresas aí mencionadas, de que depende a comercialidade do empresário _____	323
I - A actividade produtiva _____	324
II - A organização _____	326
III - A economicidade da actividade _____	328
IV - A profissionalidade _____	330
V - O escopo lucrativo _____	331
VI - A destinação ao mercado dos produtos e serviços _____	332
D) O começo da empresa. A comercialidade do empresário desde o início da actividade de organização _____	333
I - Exemplificação. A aquisição da qualidade de comerciante pelos agentes de comércio _____	336
E) A capacidade comercial _____	343
I - Generalidades _____	343
II - A capacidade comercial dos memores, interditos e inabilitados _____	348
F) A atribuição da qualidade de comerciante e certas pessoas colectivas _____	366
I - As empresas públicas _____	366
II - As Cooperativas _____	371
III - Os agrupamentos europeus de interesse económico (A.E.I.E) _____	374
IV - Os agrupamentos complementares de empresas _____	376
V - As sociedades civis sob forma comercial _____	378
VI - Gerentes auxiliares e caixeiros _____	382
VII - O comissário mercantil _____	385
VIII - Os membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais _____	386
IX - Os mediadores _____	386
X - Os agentes comerciais _____	388
XI - Os corretores da bolsa _____	388
XII - Os sócios de responsabilidade ilimitada _____	389
G) Incompatibilidade, impedimentos e indisponibilidades _____	391
H) A liberdade de comércio e o exercício do comércio por cidadãos estrangeiros _____	399

I) Outros condicionamentos administrativos em geral _____	405
J) As actividades não comerciais _____	407
I - O Artesanato _____	407
II - A Agricultura _____	413
III - As Profissões liberais _____	420

## Capítulo 7. A ORGANIZAÇÃO DO COMERCIANTE

A) O Estabelecimento Comercial _____	433
I - Noção. Organização e aviamento _____	433
II - Estabelecimento comercial e figuras afins _____	440
1. Estabelecimento comercial e empresa _____	440
2. Estabelecimento e sociedade _____	441
3. Estabelecimento e sucursal _____	442
III - A Natureza Jurídica do Estabelecimento Comercial _____	444
1. Teoria da Personalidade _____	445
2. O Estabelecimento como Património autónomo/património de afectação _____	445
3. O Estabelecimento como universalidade _____	447
IV - Os Elementos Constitutivos de estabelecimento _____	456
1. Bens incorpóreos _____	457
a) Local ou direito ao local _____	457
b) Os elementos individualizadores do estabelecimento _____	460
c) Os direitos emergentes dos contratos de trabalho e de prestação de serviços _____	460
d) Os direitos resultantes de contratos, cuja finalidade é a célebre e funcional penetração no mercado económico _____	460
e) Os direitos de propriedade industrial _____	461
f) As autorizações e licenças _____	461
g) Outros direitos _____	464
2. Bens Corpóreos _____	466
3. Elementos de facto. A clientela. Distinção do aviamento _____	468
V - O estabelecimento como objecto de negócios _____	475
1. Os tipos negociais. Generalidades. O âmbito de entrega _____	480
a) A locação do estabelecimento _____	488
i) Os Centros Comerciais _____	501
ii) Requisitos de forma _____	509
iii) Alguns efeitos do contrato _____	510

b) A venda do estabelecimento (trespasse por venda) _____	516
i) Requisitos de forma _____	525
ii) Outros efeitos jurídico-negociais. Generalidades _____	528
c) A transferência imprópria do estabelecimento _____	538
d) A transferência coactiva do estabelecimento _____	540
e) A transmissão mortis causa _____	544
f) O usufruto do estabelecimento _____	550
B) Os Sinais distintivos _____	552
I - A Firma _____	558
II - O nome e a insígnia do estabelecimento _____	581
III - As Marcas. Noção. Funções _____	592
1. Os tipos de Marcas _____	602
2. Os requisitos de validade das marcas _____	612
3. A constituição do direito à marca. Direitos e obrigações decorrentes do registo da marca _____	663
4. Direitos do titular da marca cujo registo foi concedido _____	664
a) Direito de uso exclusivo _____	664
i) Os direitos do titular de um registo internacional _____	674
ii) O direito de introduzir no mercado os produtos e serviços diferenciados pela marca _____	685
iii) O direito de o titular da marca obter a renovação da vigência do registo _____	687
iiii) O direito de modificar a marca _____	690
iiii) O direito de se dispor da marca _____	692
5. Obrigações do titular da marca _____	693
i) Obrigações de uso de marca _____	693
a) O uso sério da marca _____	704
b) O uso parcial _____	716
c) Causas de justificação da falta de uso sério _____	719
d) A declaração de caducidade por falta de uso _____	725
ii) Obrigação de pagamento de taxas _____	736
6. A tutela da marca não registada _____	739
7. A marca do agente ou representante _____	752
8. A unicidade do registo _____	757
9. A contitularidade do direito sobre a marca _____	759
10. A transmissão da propriedade da marca _____	767
i) O problema. As soluções _____	767
ii) Problemas de fundo _____	772
iii) Problemas de forma _____	776
iiii) Outros efeitos _____	778

11. A licença de exploração de marca _____	781
i) Forma legal _____	791
ii) Outros efeitos _____	792
iii) A licença ultramerceológica _____	797
12. Os limites da eficácia dos direitos conferidos pelo registo da marca. O esgotamento do direito sobre a marca _____	805
13. A extinção do direito sobre a marca _____	818
i) A renúncia _____	818
ii) Caducidade _____	820
iii) A não renovação do registo _____	825
iiii) Anulação do registo _____	825
IV - O Logotipo. Noção. Referência sumária _____	830



ERRATA

Na página	linha	onde se lê	deve ler-se	Na página	linha	onde se lê	deve ler-se
3	17	potergou	postergou	94	8	endossante	endossante
3	26	independentemente	independentemente	97	9	triumfo	triumfo
4	16	oportuno	oportuno	97	24	dicotomia	dicotomia
14	27	FERREIRA DE ALMEIDA	FERREIRA DE ALMEIDA	99	20	intuído	intuído
16	22	obrigações	obrigações	100	29	juríco-mercantil	jurídico-mercantil
19	19	a promoção e serviços	a promoção de produtos e serviços	101	16	aos actos	referir-se aos actos
19	20	têm	têm	103	9	inspitavam	inspiraram
21	26	cláusulas contratuais	cláusulas contratuais	103	18	esfarçou-se	esforçou-se
32	32	de uma actividades	de actividades	104	3	ou si mesmo	ou em si mesmo
36	20	vícios do produtor	vícios do produto	106	21	reguladorde	regulador de
37	11	que o	que a	107	29	promulgadas	promulgadas
45	5	careçem	carecem	109	19	obsorção	absorção
45	17	concretizem	concretizarem	110	15	contribui	contribuiu
46	2	procedem	procedem	126	2	perservar	preservar
46	6	ultrapassados	ultrapassadas	129	37	profunda	profundada
47	13	casa	coisa	131	10	adoptação	adaptação
49	7	arts. 86º e 119º	arts. 167º/1 e 29º/3	131	16	vazados	vazadas
49	8	150º	232º e 243º	133	5	do	do
49	8	24º	105º/5 e 29º/3	133	13	estendeu	estendeu
49	9	64º	29º/2	138	9	economia	economia
49	11	Decreto-lei nº 30679	Decreto-lei nº 16/94	141	7	administrativo	administrativo
49	12	24 de Agosto de 1940	24 de Janeiro de 1994	144	5	publicação	publicação
52	19	lhes	eles	144	25	contem porâneo	contemporâneo
54	9	não na	não só na	153	7	nº 379/93	nº 370/93
58	17	celebras	celebrar	153	27	No	O
60	28	declaratório	declaratório	157	38	declaratório	declaratório
60	29	sivais	sinais	174	26	significativos	significativos
61	29	o compra	a compra	176	15	previstos o cfr. art. 2º	previstos. Cfr., art. 2º
63	5	substanciação	substanciação	179	15	tratado e	tratados e
63	26	imporia	a impor	180	5	1986	1985
64	6	não-subjectivista	neo-subjectivista	181	30	autónoma	autónoma
66	7	as empresas	das empresas	185	17	ociedade	ociedade
67	6	tenebrosso	tenebroso	185	23	é do	e do
67	18	este	estes	191	30	o outras institucionais	e outros princípios
68	4	codificação	codificação	191	2	Com a	A
69	27	ARNANDO	ARMANDO	195	9	próprios	próprias
70	18	expansão	expansão	199	25	utilizador	utilizadas
72	2	so depósito	so depósito	200	2	constante	o constante
77	22	Provença	Provença	200	15	1986	1985
77	26	encomendavam	encomendavam	202	32	pragmática	programática
78	4	MEREA	MERÊA	203	26	contribuição	contribuição
78	13	aliado a	aliado à	203	30	garantido	garantida
81	25	metáde	metade	206	23	a	à
84	21	Precisamente	precisamente	210	5	DI nº 271/93	DL nº 371/93
87	4	persente	presente	211	27	revela	revela
87	27	cessado	cessada	211	28	autónoma	autónoma
90	2	compostas	compostos	211	31	legislados	legislados
90	6	comçando	começando	211	32	vinculado	vinculando
91	8	fosse	fosse	219	5	pressupõe	pressupõem
92	4	colonias	coloniais	219	16	constan	constante
93	33	celeberrima	celebérrima	222	9	coduta	conduta

Na página	linha	onde se lê	deve ler-se
223	1	violação	a violação
224	19	artigo 212º	artigo 260º
229	32	Stuos	Studios
232	17	possa possa	possa
237	25	art. 4º, do Código	art. 47º do Código
241	12/13	arts. 24º e segs.	art. 29º/1
247	11	subjectiva	subjectivo
253	8	memsos	mesmos
254	1	jurídico-sucesárias	jurídico-sucessórios
255	22	art. 227º	art. 260º
256	10	garatam	garantem
256	25	de um acto dum acto	de um acto
259	16	declaratório	declaratório
261	11	subsequentes	subsequentes
262	4	idóneas	idóneos
263	22	nestas formas	nesta forma
263	30	declaratório	declaratório
268	21	resultiva	resultava
271	5	por conexos	por que conexos
272	7	para o código comercial)	no código comercial
274	4	que esquecido	esquecido
279	6	reestem	revestem
280	22	ao qual	à qual
282	1	direita	direito
286	25	sague	saque
287	33	Lei Unifrome	Lei Uniforme
292	9	o credor do comerciante for casado	o devedor único responsável for casado
292	11	àquele profissional	ao credor
292	28	forém	forem
295	4	correponderia	corresponderia
304	21	arts. 212º e 213º	art. 260º
307	15	que	quem
308	15	dispõe	dispõem
310	21	comerciante	comércio
310	31	o	ao
311	17	o que vai não	o que vai dito não
313	5	alhus	alguns
313	22	qe	que
316	18	necessaria-mente	necessariamente
317	26	revendê-las	revendê-los
318	11	circunstancialismo	circunstancialismo
319	14	pesoa	peessoa
321	29	podiam	podiam
321	30	na comissão mercantil: o mandato	na comissão mercantil o mandato
322	18	co-proprietário	comproprietário
325	27	serviços	serviços
326	10	estável	estável
330	2	segndo	segundo
331	17	nunca seria	nunca se seria
334	29	do que	daquele que
334	31	antece	antecede
335	8	este últimos	estes últimos
336	13	cefulo	veículo

Na página	linha	onde se lê	deve ler-se
336	16	basta	bastar
337	4	aquele	aquele
337	30	a que	a quem
338	27	dstinação	destinação
340	1	autores	autores
340	19	esertório	escritório
343	3	solido	sabido
348	16	eles	elas
348	21	para actos de	para praticar actos de
352	14	ter de	ter de se
359	14	palsmam	plasmam
362	6	autorizaões	autorizações
362	28	estajam	estejam
366	1	deixam	deixa
367	7	certos casos	em certos casos
370	31	heurístico-normativas	heurístico-normativo
374	2	art. 212º	art. 260º
378	13	estrutura disciplina	estrutura e disciplina
380	1	delimitada	delimitadora
387	32	peessoas	peessoa
392	13	comina e nulidade	comina a nulidade
392	15	estando	estatuto
393	6	Outubeo	Outubro
393	30	reabilitado	reabilitado
394	17	inoponível	inoponível
395	20	ex n do	ex vi do
395	24	os que	as que
398	27	no qual	no que
399	27	cauber	couber
400	7	condicionamentos	condicionamentos
401	2	em 1984	em 1985
402	15	deveriam	devessem
411	2	artesa-nato	artesanato
411	3	os taxistas, os pintores	os pintores
411	14	art. 212º	art. 260º
413	21	indicia	incidia
420	15	diversos	diversos
424	12	do serviços	dos serviços
429	30	arts. 264º e segs.	art. 10º/2, b
434	3	ou indústria	comercial ou industrial
437	32	art. 118º, §3 e 4 e segs.	art. 260º/a, b, c, d
438	8	art. 118º, §1, 141º	arts. 211º e 29º/4, 5, 6
439	15	(art.	(art. 112º/1
439	32	mor hipótese	na hipótese
452	8	universalidade	universalidade
455	12	cit. I,	cit. I,
458	2	colocações	colocações
458	30	elemntos	elementos
460	27	art. 118º, 1	art. 211º/2
461	29	constitivas	constitutivas
462	22	por exemplo art. 1º	por exemplo, do art. 1º
462	28	Pescar	Pescas