



ANA CRISTINA BARBEDO PINTO ALVARENGA

A APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

Mestrado em Direito

Ramo: Ciências Jurídico- Privatísticas

Trabalho-ensaio realizado sob a orientação do Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada

Porto, 15 de Setembro de 2010

INTRODUÇÃO

A vida comercial, as relações próprias que se estabelecem no domínio mercantil e a estrutura complexa em que se desenrola a actividade económica suscitam, com alguma facilidade, o surgimento de situações de aparência, isto é, situações em que o que é perceptível não tem correspondência com a real situação jurídica.

É, pois, a problemática da representação aparente nas relações mercantis o objecto deste estudo. São pontos obrigatórios dessa abordagem a confiança e a boa fé. De facto, a percepção do problema passa pela apreensão destes três vectores: aparência, confiança e boa fé. A aparência jurídica é o ponto de partida para a protecção daquele que está de boa fé e é a confiança que este deposita na situação de aparência que justifica a sua protecção.

Pretendemos, pois, perceber que relevo é dado à aparência nas relações comerciais, os interesses em conflito, e, numa abordagem mais particular da representação aparente, analisar os mecanismos de protecção disponibilizados ao terceiro e as normas em causa.

Sem a pretensão de chegar a certezas absolutas, desde logo atenta a divergência doutrinal e jurisprudencial quanto ao problema, pretendemos apreender que protecção é dada à aparência criada nas relações comerciais e em que medida se justifica e é possível a extensão da tutela do terceiro que confia no representante aparente para lá da letra da lei.

1. A REPRESENTAÇÃO APARENTE E AS SUAS ESPECIFICIDADES NO DOMÍNIO COMERCIAL

É impensável, hoje, conceber as relações comerciais sem a intervenção de representantes atento o seu fundamental contributo na prossecução da actividade das empresas. Sem a figura da representação não seria alcançável a amplitude das relações que caracteriza o desenvolvimento do tráfego comercial.

Nos termos do disposto no artigo 258º do Código Civil, que versa sobre os efeitos da representação, para que se verifique a eficácia do acto na esfera jurídica do representado é necessário que o representante tenha actuado munido de poderes representativos e dentro dos limites desses poderes.¹ Ou seja, por norma, os efeitos de certo negócio só se podem repercutir na esfera de quem o realizou ou concluiu. Decorre do princípio da autonomia privada que ninguém deve ficar vinculado negocialmente, contra a sua vontade, pela intervenção de outrem que, para isso, não possuía os necessários poderes. Assim, em princípio, atento o interesse fundamental do representado, os efeitos dos actos praticados pelo representante sem poderes não o poderão afectar. Da mesma forma, em princípio, não tem eficácia liberatória a prestação realizada pelo devedor a pessoa diversa do credor que não se encontra legitimada para cobrar créditos do principal.

O que é uma evidência não pode, porém, fazer ignorar em absoluto o terceiro que contrata com o representante supondo, legitimamente, que contratava com alguém que dispunha de poderes representativos. Por outro lado, não deve ser desprotegido o terceiro que, por confiar nos seus poderes de cobrança, paga à pessoa aparentemente legitimada para receber, convicto de que a realização da prestação teria eficácia liberatória. Ou seja, pode acontecer que se crie, perante um terceiro, a aparente existência de um vínculo de representação que afinal não se verifica.

A questão que se coloca é a de saber que mecanismos de protecção são disponibilizados ao terceiro que é confrontado com uma situação de representação aparente, tendo por base o carácter particular da representação no desenvolvimento comercial e as condições específicas que favorecem a criação de situações de aparência nesse domínio.

¹ Isto sem ignorar as situações em que, supervenientemente, o representado chama a si os efeitos do acto praticado pelo representante sem poderes através da ratificação.

No que diz respeito a tais condições, importa, em primeiro lugar, fazer apelo à relação do sujeito com os bens, que, no domínio mercantil, se revela muito mais fluida, atento o intuito principal de com eles obter lucro, directamente ou pela sua utilização numa empresa, podendo potenciar a opacidade dessa relação².

Por outro lado, a empresa, modo normal de exercício da actividade económica, é uma estrutura complexa, com uma cadeia interna de colaboradores na dependência do comerciante-empresário. Para os terceiros que com esses colaboradores contactam nem sempre se revela esclarecida a relação interna que os liga ao comerciante e mostra-se difícil a averiguação da exacta conformidade dos poderes representativos que aqueles invocam.

Deste modo, o domínio comercial é um meio propício à criação de situações de aparência de representação.

Acresce que o tema da representação aparente, não obstante ser um problema geral do direito em sede de tutela da confiança de terceiro, tem especial importância no domínio das relações comerciais. De facto, a questão da confiança, em que se centra a problemática da aparência, assume no domínio comercial contornos que exigem um tratamento diferenciado³.

A crescente amplitude e conseqüente complexificação das organizações empresariais dificultam ou impossibilitam, mesmo, que um terceiro que com uma empresa contacte saiba quem, dentro dela, tem poderes para a prática de actos jurídicos bem como quais os actos para os quais os poderes foram concedidos. Nessas circunstâncias, é natural que o terceiro, na hipótese de contactar com um representante aparente, confie na situação de aparência.

² Só a título de exemplo, no Código Comercial é amplamente admitida a compra e venda de coisas futuras e, na locação financeira, o locatário dispõe de um bem de que não é proprietário.

³ A confiança é um conceito fortemente indeterminado, repleto de várias dimensões e perspectivas, sendo, por isso, necessário flexibilizar e distinguir o tratamento da confiança consoante a relação jurídica que se está a analisar. Nesse sentido FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, (Almedina, Coimbra/2007), 17 e 18. Importa também salientar que a tutela da aparência, que realiza privilegiadamente o princípio da segurança do tráfico jurídico, se distingue da tutela da confiança. A primeira tende para transcender a particularidade do caso concreto, procurando ponderações mais gerais ligadas às condições de funcionamento e às exigências do comércio jurídico no seu todo. Na tutela da aparência tem-se em vista a segurança e a facilidade do tráfico, com exigências de estabilidade e normalização e não a resolução em termos equitativos de conflitos intersubjectivos localizados. Pelo contrário, a tutela da confiança é mais permeável às ponderações específicas do caso concreto, estando em causa uma relação de confiança pessoal e individualizada e daí que nem toda a protecção de expectativas se traduza numa tutela do tráfico jurídico. Para maior desenvolvimento, cfr. FRADA, *ibidem*, 47 e 48.

Por outro lado, as exigências de celeridade e segurança no tráfico jurídico são intensificadas nas relações comerciais, exigindo-se, por isso, nesse domínio, um sistema simples e eficaz de tutela da posição do terceiro que estabelece relações negociais com uma empresa⁴.

Atentas tais particularidades, o domínio comercial reclama, no nosso entendimento, uma tutela mais densa da aparência jurídica. Aliás, é já significativa a relevância jurídica atribuída pela lei comercial à aparência em alguns institutos ou regimes⁵.

⁴Quando nos referimos à empresa referimo-nos independentemente da forma jurídica adoptada para a sua titularidade, ou seja, independentemente de ser detida por pessoa singular, sociedade ou de se tratar de empresa pública.

⁵ A título de exemplo, são manifestações da aparência de representação o disposto nos artigos 259º e 249º do Código Comercial e o artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86, de 3 de Julho, que regula o contrato de agência, que conferem à aparência efeitos mais específicos, em termos de responsabilização do sujeito que contribui para a formação da situação de aparência ou que dela beneficia.

Em matéria de letras e livranças, o portador da letra ou da livrança, apresentando-se formalmente como seu portador legítimo, ainda que não seja o verdadeiro titular do direito nem o proprietário do título, não tem que a restituir, nos termos do disposto no artigo 16º da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças. Tal apenas não ocorre se o portador está de má fé ou se, ao adquirir a letra, cometeu falta grave.

Por outro lado, o facto de determinados contratos comerciais serem sujeitos a registo ou a publicidade resume a aplicação da teoria da aparência jurídica. É o caso do contrato de locação financeira (leasing), cuja publicidade se exige para a tutela dos terceiros que sejam credores do locatário financeiro, que se podem convencer, se não houver publicidade, de que o bem dado em locação financeira é propriedade daquele que o utiliza. Assim, o artigo 3º do Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho, impõe que a locação financeira de imóveis e móveis sujeitos a registo seja registada e os demais móveis devam ter uma placa ou aviso indicativos do direito de propriedade da sociedade de locação financeira. A referida norma não esclarece qual a sanção para a falta da publicidade, mas parece-nos, partilhando a posição de CASSIANO SANTOS [vide SANTOS, Filipe Cassiano, *O contrato de leasing*, in *Direito Comercial*, 5º ano (1994)], que o não cumprimento dessas exigências de publicidade pela sociedade de locação financeira tem como consequência a inoponibilidade do seu direito de propriedade. Ou seja, se não cumprir tais exigências, perante os terceiros, tudo se passa como se o locatário fosse o efectivo proprietário e a sociedade de locação financeira não poderá invocar o seu direito, quer quanto aos bens sujeitos a registo quer quanto aos não sujeitos. Tal solução, razoável e compreensível, traduz a aplicação da teoria da aparência jurídica, já que ao não indicar que o bem está dado em locação financeira, a dita sociedade pode estar a contribuir para gerar no terceiro a convicção de que o bem é propriedade do locatário, criando uma aparência em que o terceiro confia efectiva e fundamentadamente, devendo, pois, ser onerada a sua posição.

O contrato de agência, quando celebrado por escrito, está também sujeito a registo bem como as suas alterações e extinção, de acordo com o disposto na alínea e) do artigo 10º do Código de Registo Comercial. Tal exigência, permitindo a informação dos clientes sobre os poderes do agente, manifesta a preocupação do legislador com a transparência e com a tutela dos terceiros.

2. A PROCURAÇÃO APARENTE E A SUA DISTINÇÃO FACE A FIGURAS AFINS

O universo factual da representação aparente é vasto e comporta situações tão variadas como a ausência originária de legitimidade representativa, por nulidade ou falta de procuração, ou, pelo contrário, a ausência superveniente da habilitação representativa, por actuação *ultra vires* ou levada a cabo após a sua extinção atenta a revogação, renúncia ou cessação da relação jurídica subjacente.

Diferente da representação aparente é o abuso de representação que sucede quando o representante age com poderes, no quadro formal dos seus poderes, mas deles abusando, isto é, agindo materialmente contra os fins da representação⁶.

Atenta a vastidão daquele universo factual, importa, para a apreensão do conceito distingui-lo quer da procuração tolerada ou consentida quer da procuração tácita.

Como já resulta do acima vertido, a procuração aparente sucede quando o representado não tem conhecimento das actividades do representante, a quem não conferiu os poderes em causa, sendo exigível que o tivesse, atento o cuidado reclamado pelo tráfego e em nome da boa fé, de modo a evitar o engano de terceiros.

A procuração consentida ou tolerada ocorre quando o representado, conhecendo a actuação do representante a quem não atribuiu poderes, tolera o seu comportamento, porque não lhe deduz oposição, sendo que essa tolerância, de acordo com a boa fé, pode criar no terceiro, atentos os usos normais do comércio, a impressão de que o representante tem subjacente o poder de representação correspondente.

A procuração tácita tem lugar quando o representante manifesta tacitamente, através de comportamentos concludentes, a sua vontade de conferir os poderes ao

⁶ No caso de abuso de representação, em que não se trata da falta ou insuficiência de poderes do representante, mas do seu abuso, o terceiro de boa fé está protegido pelo regime do artigo 269º do Código Civil, que estabelece um regime da tutela da contra-parte que desconheça e não deva conhecer o abuso de representação, consistente na eficácia do acto relativamente ao representado. Na hipótese de haver culpa do terceiro por conhecer ou dever conhecer, com a normal diligência, o abuso, o negócio é ineficaz. Nesse caso, o regime será o da representação sem poderes, sendo certo que a cognoscibilidade também já exclui o merecimento de protecção do terceiro quando faltem poderes representativos. O abuso de representação não será, pois, abrangido pelo disposto no artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86, de 3 de Julho, a que nos referiremos.

representado⁷. A procuração tácita é uma verdadeira declaração negocial e pressupõe, assim, uma consciência da declaração por parte do representado.

A diferença entre a procuração tácita e a procuração aparente reside no facto de, na primeira, o representado criar conscientemente uma situação de representação⁸, enquanto que, na segunda, a situação de aparência da procuração é causada inconscientemente pelo representado no sentido de que não tem intenção de atribuir ao representante os poderes de representação em causa. Assim, na procuração aparente o nexó da imputação da situação de aparência ao representado é mais ténue, prescindindo-se da sua consciência e, assim, de uma verdadeira declaração negocial, para que possa ficar vinculado pelos actos do falso procurador perante os terceiros.

Já relativamente à procuração tolerada, a procuração tácita dela se distingue porque naquela não existe vontade mas apenas conhecimento-inacção.⁹

⁷Assim, o dono de um estabelecimento comercial que o confia a um empregado, confere-lhe (ao empregado) os poderes representativos relativos aos negócios próprios daquele estabelecimento. Da mesma forma, numa oficina de reparações de automóveis, aos funcionários encarregues de receber os veículos são tacitamente atribuídos poderes representativos para todos os negócios relativos às reparações.

O legislador, na ponderação dos interesses, optou, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 6º do Código das Sociedades Comerciais, pelos interesses do terceiro, já que a estes não pode ser exigível uma indagação completa e uma interpretação exaustiva dos estatutos e das deliberações tomadas. No mesmo sentido e no âmbito das sociedades anónimas, estabelece o n.º 1 do artigo 409º do C.S.C. que os actos praticados pelos administradores da sociedade vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes dos estatutos ou resultantes de deliberações. Idêntica previsão é estabelecida pelo artigo 260º do C.S.C para as sociedades por quotas. Assim, os actos praticados pelos gerentes e administradores em nome da sociedade vinculam-na sempre, excepto se se provar que o terceiro tinha conhecimento das limitações de poderes resultantes do contrato de sociedade. No entanto, esse conhecimento não pode ser aferido apenas pela publicidade conferida ao contrato de sociedade (ver n.ºs 3 do artigo 409º e 260º do C.S.C) e o ónus da prova incumbe, sempre, à sociedade. Por maioria de razão, as limitações de poderes derivadas das deliberações não são oponíveis aos terceiros.

Estes aspectos relativos à procuração tácita não levantam grandes divergências doutrinárias e a sua aceitação é praticamente unânime, ao contrário do que sucede com a procuração aparente.

⁸ Não contendo, pois, qualquer elemento de aparência jurídica.

⁹ Para uma síntese da distinção das três figuras, vide CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, II, (Almedina, Coimbra/1984), 1244 e 1245, n. 147 e FRADA, *ibidem*, 49 a 52, n. 40.

3. AS RESPOSTAS DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS EM CASO DE REPRESENTAÇÃO APARENTE

No direito português não existe um instituto geral dirigido à tutela da aparência jurídica. O Código Civil, na regulamentação relativa à representação e nas disposições destinadas a proteger os interesses dos terceiros (artigos 260^{o10}, 266^{o11}, 267^{o12}, 268^o e 269^{o13}), não tutela de forma geral a aparência. Não existe nem no Código Civil nem no Código Comercial, a propósito de alguns dos contratos a que possa associar-se a relação representativa, qualquer norma que tenha subjacente um princípio geral de protecção da aparência. Pelo contrário, verifica-se a ausência, em absoluto, de qualquer disposição que vincule o representado ao negócio representativo celebrado por quem não tinha poderes. “A aparência não tem aceitação geral no direito português; o grande princípio é antes o de que ninguém está sujeito à intervenção na sua esfera jurídica contra a sua vontade.”¹⁴

Nessa medida, o interesse legítimo do terceiro que confiou na titularidade pelo representante dos poderes representativos do representado e, em consequência, na sua vinculação, pode ficar desacautelado.

Desde logo, o terceiro não tem direito de acção contra o representado¹⁵, podendo apenas demandar o *falsus procurator* com fundamento em responsabilidade pré-contratual, nos termos do disposto no artigo 227^o. do Código Civil, por violação culposa, dolosa ou negligente, de deveres de informação. No entanto, tal dever de indemnizar funda-se na culpa, pelo que, se o representante desconhecer, sem culpa, a falta de poderes representativos, não responderá. Por outro lado, mesmo conhecendo com culpa a falta de legitimidade representativa, apenas responderá, segundo a doutrina

¹⁰ O artigo 260^o do Código Civil estabelece a possibilidade de o terceiro exigir ao representante a prova dos seus poderes, sob pena de a declaração feita pelo representante não produzir efeitos.

¹¹ O artigo 266^o do Código Civil fixa o dever de serem levadas ao conhecimento do terceiro, por meios idóneos, as modificações e a revogação da procuração, sob pena de não lhes serem oponíveis. Ou seja, daqui decorre a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, o representado ser vinculado relativamente a terceiros que, de boa fé, confiem na existência do poder de representação.

¹² O artigo 267^o do Código Civil impõe ao representante a restituição do documento de onde constem os seus poderes depois de a procuração ter cessado.

¹³ Tratam da representação sem poderes e do abuso de representação.

¹⁴ Vide ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil/ Teoria Geral*, II (acções e factos jurídicos), (Coimbra Editora, Coimbra, 1999), 240.

¹⁵ No sentido das soluções jurídicas favoráveis ao representado está, também, a própria modalidade sancionatória cominada, já que o acto ineficaz assim permanecerá enquanto não for ratificado.

dominante¹⁶, pelo interesse contratual negativo¹⁷, isto é, pelo prejuízo que o terceiro teria sofrido se não tivesse confiado na eficácia do negócio e na representatividade de quem o realizou¹⁸. Por outro lado ainda, se o representante não tiver meios para assegurar o ressarcimento devido, sempre o terceiro ficará desprotegido.

Uma alternativa de protecção dos interesses do terceiro em caso de representação aparente, face à insuficiência das regras acima referidas quanto à responsabilização do representante aparente, seria a da responsabilidade civil do representado. Assim, apesar de o principal não ficar vinculado pelo contrato celebrado pelo representante aparente, ele seria obrigado a reparar os danos sofridos pelo terceiro, já que o lesado só sofreu aquele dano por ter confiado na existência de poderes de representação¹⁹. No entanto, mais uma vez, apenas responderia pelo interesse contratual negativo, o que se nos afigura insuficiente.

No entanto, a simples indemnização pelo interesse contratual negativo não existirá nos casos em que não se verifica a culpa do representado ou nos casos de ausência de consciência da declaração, já que tais situações escapam, em absoluto, à regulamentação do Código Civil e do Código Comercial.

Em alternativa, ainda, poderia apelar-se ao enriquecimento sem causa, desde que verificados determinados pressupostos, figura que intervém de forma a restituir ao terceiro que contratou com o representante sem poderes na medida do aproveitamento que o principal fez da prestação que aquele terceiro realizou.

O enriquecimento sem causa é um mecanismo de correcção e equilíbrio de patrimónios e, de acordo com o artigo 473º do Código Civil, pressupõe um enriquecimento que é desprovido de causa justificativa e que é obtido à custa do empobrecimento de outrem.

¹⁶ Nesse sentido vide ALVES, Raúl Guichard, *Da relevância jurídica do conhecimento no Direito Civil* (Universidade Católica Editora, Porto/1996), 69-71, que faz uma síntese da doutrina nacional quanto à questão.

¹⁷ Em oposição ao interesse contratual negativo está o interesse contratual positivo, de acordo com o qual se preserva a posição do confiante, atribuindo à situação de confiança ocorrida os efeitos jurídicos equivalentes ao objecto de representação, como se ele tivesse realmente ocorrido.

¹⁸ Prejuízo que resulta dos investimentos feitos pelo terceiro a diferentes níveis (económicos, físicos ou intelectuais) para cumprir um contrato que, afinal, é ineficaz e que se tornaram absolutamente inúteis.

¹⁹ Não pretendemos nesta abordagem desenvolver a questão da responsabilidade pelo que, quanto a esta questão, se remete para os artigos 800º, nº1 e 500º do Código Civil. Para aprofundar a questão vide ASCENSÃO, José de Oliveira/ FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, in Revista de Direito e Economia (separata), 1990 a 1993, 62 a 74, e PINTO, Paulo Mota, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86, de 3 de Julho*, in Boletim da FDUC, 69 (Gráfica de Coimbra, Coimbra/1993), 638 a 640.

Ora, se para o principal, em virtude daquele negócio ineficaz, resultar uma vantagem patrimonial decorrente da realização da prestação do terceiro, o primeiro requisito encontra-se preenchido. Também o segundo se mostra verificado, visto que o cumprimento de um negócio ineficaz consubstancia um enriquecimento sem causa justificativa. O terceiro requisito, o enriquecimento à custa de outrem, será, em princípio, preenchido porque ele resulta da actividade ou dos bens do terceiro despendidos no cumprimento das obrigações que para ele derivaram do contrato²⁰.

No entanto, desde logo, se o representado não tiver meios para assegurar a restituição ao terceiro do valor do aproveitamento em causa, mais uma vez, não será resposta suficiente.

No nosso entendimento, atenta a já aludida especificidade da representação aparente no domínio comercial, sendo crescente o desenvolvimento e a sofisticação dos modelos empresariais, que conduzem a situações de aparência de representação, crescente deve ser também a tutela dos terceiros contra a falta ou limitação de poderes de quem contrata em nome de outrem.

Ou seja, a solução indemnizatória pode, em determinadas situações, não se afigurar suficiente nem satisfatória e, por outro lado, as já aludidas especificidades da situação em concreto podem exigir uma tutela mais densa do terceiro a quem interessará fundamentalmente a manutenção do negócio representativo.

Nesse sentido, somos da opinião de que a tutela do terceiro só se torna plena com a vinculação do representado ao negócio representativo, podendo a contraparte exigir dele o cumprimento ou, se assim entender, uma indemnização do interesse positivo, isto é, alargando o *quantum* indemnizatório ao interesse de cumprimento, em que se procura colocar o credor na situação patrimonial correspondente à realização do contrato.

²⁰ Esta questão do enriquecimento é abordada com maior desenvolvimento em ASCENSÃO/FRADA, *ibidem*, 74 a 77.

4. A PERSPECTIVA ADOPTADA: A VINCULAÇÃO DO REPRESENTADO AO NEGÓCIO

4.1. OS INTERESSES EM CONFRONTO

Na análise da perspectiva adoptada, é fundamental detalhar os interesses em confronto.

Quanto aos interesses individuais, podemos enunciar três: o do representado/principal, que consiste em não ficar vinculado contra a sua vontade e em poder rejeitar o negócio concluído sem poderes para tal; o do *falsus procurator*/representante, que procura eximir-se à responsabilidades perante o terceiro e perante o principal; e o do terceiro, que pretende a vinculação do principal atenta a confiança que foi criada.

Na ponderação dos interesses não atendemos ao do representante, já que este não tem autonomia em relação aos dois outros: na verdade, se agiu sem culpa, na ignorância dos poderes representativos, não responde nem perante o terceiro nem perante o principal; se agiu com culpa, não poderá ser atendida a sua pretensão de se eximir às responsabilidades.

Para lá dos interesses individuais há que atender aos interesses gerais em conflito perante a aparência de poderes de representação. Por um lado, existe o interesse geral de protecção do princípio da autonomia privada, segundo o qual ninguém deve ser vinculado negocialmente contra a sua vontade. Por outro e em oposição a este, existe o interesse geral de tutela do comércio jurídico, particularmente relevante no direito comercial, interesse que exige que se protejam as legítimas expectativas e a confiança dos terceiros.

Na ponderação dos interesses em confronto torna-se evidente que o caminho não é uma tutela dos terceiros excessivamente alargada, já que esta, para lá de pôr em causa o interesse individual do representado, prejudicaria o interesse geral do comércio jurídico, que estagnaria perante a reserva dos seus sujeitos no recurso à colaboração de terceiros na actividade negocial, de modo a evitar vinculações contra a sua vontade.

Depois, a actuação em representação, que introduz um risco adicional de erro para o parceiro contratual, traz vantagens quer ao representante, que é compensado pelo representado pelo serviço prestado, quer ao representado, que daquele se serve para

ampliar a sua esfera de actuação, não deixando, porém, de aproveitar ao terceiro, que beneficia da facilidade em contratar.

Assim, o equilíbrio é a chave para o conflito de interesses: em princípio, o interesse do representado prevalece²¹, mas, em determinadas circunstâncias, a posição do terceiro deve ser protegida. Referimo-nos àqueles casos em que já houve poderes de representação ou em que o representado contribuiu para a criação da situação de aparência, estando o terceiro de boa fé. Nessas hipóteses, a confiança do terceiro nos poderes de representação é tão densa que é merecedora de tutela²², tutela que vai ferir o interesse do representado ao vinculá-lo ao negócio. Todavia, este representado, recorrendo ao representante, criou a aparência de poderes, possibilitou a criação da confiança do terceiro na conduta do representante e daí retirou vantagens. Muitas vezes o representado poderá ter mesmo culpa na criação da situação enganosa, poderá esperar tirar proveitos dessa situação, ficando com a porta aberta para não se vincular. Quando assim é, não podem ser frustradas as legítimas expectativas dos participantes no tráfico jurídico: “a confiança nos poderes de representação de certas pessoas é indispensável para o comércio jurídico e a suposição de que esses poderes existem é inevitável, mesmo para aqueles que procedem com a máxima diligência.”²³

4.2. O RISCO DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL E A CULPA DA ORGANIZAÇÃO

A estrutura complexa de uma empresa, com a sua complicada divisão de funções e poderes, é algo obscura para o terceiro que com ela contrata, não lhe sendo cognoscível nem controlável. Por essa razão, parece-nos razoável que o detentor da empresa fique vinculado à imagem externa que a empresa deixa transparecer, independentemente da consciência que tenha dessa imagem. Ou seja, cai “sobre o detentor de uma empresa comercial (sociedade, pessoa singular, empresa pública) o risco da organização interna da empresa e da observância efectiva da divisão interna de funções por parte das pessoas e departamentos de acordo com as suas instruções.”²⁴

²¹ A protecção do interesse do representado está subjacente ao princípio geral de que o risco de encontrar um falso representante impende sobre o terceiro contraente, princípio que garante a autonomia privada – Vide PINTO, *ibidem*, 599.

²² Nesse sentido PINTO, *ibidem*, 597 e 598.

²³ Vide PINTO, *ibidem*, 598

²⁴ ASCENSÃO/FRADA, *ibidem*, 56.

Podemos, então, falar no princípio do risco de organização, segundo o qual o modo de funcionamento da empresa, em concreto, facilita a criação da situação de aparência e induz o terceiro em erro. Ou seja, independentemente de culpa, ao representado, detentor de uma empresa, é imputado o negócio celebrado pelo representante aparente com fundamento no princípio do risco da organização.

No domínio comercial parece-nos razoável invocar tal princípio, ao contrário do domínio do direito civil, em que para que o negócio seja imputado ao representado se exige culpa²⁵. Esta distinção e este apelo a uma protecção mais lata do terceiro no domínio comercial, independentemente de culpa, funda-se no facto de a opacidade das organizações e actividades mercantis se traduzir em riscos acrescidos de criação de situações de aparência, para lá de a necessidade de servir a segurança do tráfico jurídico se sentir com particular intensidade nos sectores tradicionalmente objecto do direito comercial. Fazendo o paralelismo com as disposições da responsabilidade pelo risco dos artigos 502º e 503º do Código Civil, também o detentor da empresa, que a utiliza em seu próprio interesse, deve responder pelo risco especial que essa utilização envolve. Ou seja ainda, aquele que tem o controlo do risco da empresa e, conseqüentemente, a faculdade de o controlar deve ser por ele (pelo risco) responsabilizado.

Nesta perspectiva, tratando a ordem jurídica a situação que não se verificou como se tivesse ocorrido, não o faz a título de ressarcimento em espécie do prejuízo resultante da situação de aparência. A tutela da aparência não é globalmente perspectivada como a resposta à violação de um dever de não provocar um dano a alguém que toma como real a situação aparente, mas sim como a resposta ao risco próprio da criação de uma imagem que não corresponde à realidade. Deste modo, a posição do representado, contra quem actua a protecção, corresponde a um ónus e não depende, necessariamente, de uma infracção.

No entanto, há quem considere preferível apelar-se, não ao risco da organização, mas à culpa da organização²⁶. A ideia de culpa de organização funda-se na existência de um dever, por parte de quem administra ou gere a empresa, de a organizar internamente

²⁵ A formulação que relaciona a procuração aparente a uma culpa do representado sustenta que o principal, apesar de não conhecer que outrem actua como um seu representante, devia ter esse conhecimento em virtude da boa fê e do cuidado exigível no tráfico jurídico, por forma a evitar o engano de terceiros.

²⁶ MONTEIRO, J. Sinde, *Ofensa ao crédito ou ao bom nome, “culpa de organização” e responsabilidade da empresa* in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 139º, nº 3959 (Coimbra Editora/Novembro-Dezembro2009), 130 a 136.

de modo a evitar as violações dos direitos e interesses dos terceiros e o surgimento de danos. O seu fundamento reside na existência de um dever de organização, cuja violação é ilícita e, na hipótese de ser censurável, justifica o juízo respectivo. Nesta perspectiva é possível distinguir o pressuposto objectivo, a própria violação do dever de organização, e o pressuposto subjectivo, a actuação culposa do detentor da empresa.

“Os deveres de organização dizem respeito às funções de direcção e condução da empresa, ou seja, à criação de uma organização de vigilância e à preparação de instruções de funcionamento geral, não a vigilância em particular no quadro desta organização e na execução destas instruções.”²⁷ O dever de organização empresarial constitui, pois, um dever de segurança no comércio jurídico no domínio da estruturação da empresa enquanto âmbito espacial de actividade organizada. Ou seja, para lá da concreta vigilância dos seus colaboradores, nos termos do disposto no artigo 500º. do Código Civil²⁸, nas organizações empresariais exige-se também uma prevenção dos perigos que vai para lá da concreta actuação dos auxiliares, prevenção que se define pelo cuidado exigível dentro dos limites e de acordo com as circunstâncias em causa²⁹.

Segundo esta perspectiva, ao titular da empresa são imputados deveres de organização com vista à protecção de terceiros, no quadro dos “deveres de prevenção do perigo”³⁰. Nestas situações é defensável uma inversão do ónus da prova, já que se os deveres de prevenção do perigo e os deveres de agir para evitar que perigos provenientes da própria esfera de domínio causem danos a terceiros, estão previstos no disposto no artigo 493º. do Código Civil, no que diz respeito à detenção de coisa móvel

²⁷ Vide SINDE, *ibidem*, 132.

²⁸ Perspectivar o problema da representação aparente no domínio da responsabilidade objectiva dos comitentes não nos parece indicado, por diversas razões. Em primeiro lugar, para a hipótese de nunca ter existido qualquer relação negocial entre o falso representante e o pretenso representado, não seria possível aplicar o artigo 500º do Código Civil. O que também não seria equacionável caso o representado não estivesse munido do poder de direcção do comitente ou se o comissário não estivesse no exercício da respectiva função. Por outro lado, resolver a tutela de terceiros de boa fé perante actos praticados por representantes sem poderes com base na responsabilidade do comitente por actos do comissário protege-os (aos terceiros) apenas perante as faltas e os actos do auxiliar, sendo certo que na representação aparente o que se procura é uma tutela perante situações geradas pelo próprio representado. Vide ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em Direito Civil. Ensaio de reconstrução dogmática*, (Almedina, Coimbra/2004), 1041 e 1050.

²⁹ Estamos no domínio da responsabilidade por culpa, pelo que, para que haja negligência, é necessário que o agente tivesse podido representar as consequências do seu comportamento e que as tivesse podido evitar através das medidas de precaução exigíveis, o que será determinado de acordo com o padrão objectivo de cuidado previsto no n.º 2 do artigo 487º. do Código Civil. Nesse sentido, MONTEIRO, J. Sinde, *ibidem*, 132 e 133.

³⁰ Terminologia introduzida por Antunes Varela para as situações em que, porque a pessoa cria ou mantém a situação especial de perigo, existe um dever legal de agir para prevenir esse perigo. *Apud* MONTEIRO, J. Sinde, *ibidem*, 133.

ou imóvel e ao exercício de actividade perigosa, também para o caso de culpa da organização, atenta a similitude, se justifica a aplicação directa da disposição legal em causa.³¹ Ou seja, fazendo o devido ajuste quanto à diferente dimensão da perigosidade que ressalta do artigo 493º do Código Civil, é possível na actividade empresarial destacar perigos próprios de confusão de poderes que exigem uma prevenção acrescida e a inversão do ónus da prova.

Sistematizando, para que o terceiro seja protegido é necessária a conjugação de diversos factores. Em primeiro lugar, é necessário que se verifique uma situação de aparência, apreciada objectivamente, que seja suficientemente forte para poder gerar confiança no terceiro. Deve verificar-se um nexo de causalidade entre a situação de aparência e a celebração do negócio, tendo a aparência que ser adequada a gerar confiança. Em segundo lugar, o terceiro tem que estar de boa fé, isto é, tem que ignorar, sem culpa, a falta de legitimidade do representante, confiando na situação de aparência³². Em terceiro lugar, a situação de aparência tem que ser imputável ao representado, porque ela resulta do seu comportamento (acção ou omissão) ou dos riscos da organização da empresa³³.

³¹MONTEIRO, J. *Sinde, ibidem*, 135.

³² Admite-se, em geral, que se presume a boa fé do terceiro se este provar a situação de aparência. Assim, o terceiro tem apenas que provar os factos que constituem a situação de aparência e que conhecia essa situação, presumindo-se a partir daí o seu desconhecimento da realidade.

³³Para COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, o que partilhamos, a ideia de aparência, por si só, “não justifica tutela normativa, pois trata-se de um conceito axiologicamente fraco que não comunica qualquer conteúdo ético-jurídico ponderoso.” Vide ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes* (AAFDL, Lisboa/2008), 146. No entanto, tal fraqueza da situação de aparência, em si, é compensada pelos conceitos de culpa ou risco de organização, adensando o atributo ético que faltava à aparência, o que, ao contrário do que sustenta aquele autor, para nós não constitui problema, porque a aparência não deixa de ser a essência da questão, ainda que dependa da verificação de outros pressupostos. A propósito da crítica que este autor faz às teorias circulares, cfr. ATAÍDE, *ibidem*, 146 e 147.

5. AS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES DA TUTELA DA APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NO DOMÍNIO COMERCIAL

Não obstante a inexistência de um princípio geral de protecção da aparência no ordenamento jurídico português, a aparência de representação é protegida em determinadas circunstâncias, como sucede nos artigos 259º e 249º do Código Comercial e no artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86, de 3 de Julho, relativo ao contrato de agência.

5.1. APARÊNCIA NOS ARTIGOS 259º E 249º DO CÓDIGO COMERCIAL

O artigo 259º do Código Comercial³⁴ refere-se às situações em que o comerciante recorre a funcionários (caixeiros) que vendem a retalho no seu estabelecimento ou que vendem por grosso em armazém, passando recibo em nome daquele. Esta norma estabelece que os caixeiros se reputam autorizados a cobrar o preço das vendas e que os adquirentes, pagando-lhes, ficam desonerados. Dessa forma, o artigo 259º do Código Comercial contém um afloramento do instituto da procuração aparente, na medida em que considera válidos os recibos passados em nome do proponente pelos caixeiros que foram encarregados de vender e autorizados para cobrar o produto dessas vendas, independentemente da atribuição de poderes para receber a prestação do preço. Ora, a lei não atende a uma eventual falta de poderes na relação entre o caixeiro e o dono da loja e considera os primeiros autorizados independentemente da atribuição daqueles poderes.

Por outro lado, a lei não supõe que a aparência tenha sido provocada por uma actuação do comerciante, ou do caixeiro com a sua tolerância ou colaboração activa. Da norma resulta, sim, como que uma “imputação objectiva ao comerciante da aparência criada com e pelo recurso a um tal colaborador no quadro de uma empresa, sendo esse colaborador um elemento da empresa (interno, e não externo, portanto)”³⁵.

³⁴ Artigo 259º - Poderes dos caixeiros:

“Os caixeiros encarregados de vender por miúdos em lojas reputam-se autorizados para cobrar o produto das vendas que fazem; os seus recibos são válidos, sendo passados em nome do proponente.

§ único. A mesma faculdade têm os caixeiros que vendem em armazém por grosso, sendo as vendas a dinheiro de contado e verificando-se o pagamento no mesmo armazém; quando, porém, as cobranças se fazem fora ou procedem de vendas feitas a prazo, os recibos serão necessariamente assinados pelo proponente, seu gerente ou procurador legitimamente constituído para cobrar.”

³⁵ SANTOS, Filipe Cassiano, *Direito Comercial*. 4º ano. 2ª turma. Ano lectivo 2005/2006.

A solução consagrada pelo artigo 249º do Código Comercial³⁶ é semelhante à do artigo 259º, na medida em que o comerciante é vinculado pelos actos do gerente comercial, que trata mediante mandato do comércio do primeiro, exactamente pela aparência criada com base no mandato.

5.2. O ARTIGO 23º DO DECRETO-LEI Nº. 178/86 DE 3 DE JULHO (CONTRATO DE AGÊNCIA): POTENCIALIDADES NO AVANÇO DA TUTELA DA APARÊNCIA

O problema da representação aparente tem especial acuidade no domínio do contrato de agência pela própria natureza desta relação : “a própria situação objectiva da relação de agência pode contribuir fortemente para induzir o público em erro.”³⁷ Na agência podem colocar-se, com alguma facilidade, dúvidas quanto à relação que liga o agente ao principal e quanto à existência de legitimação representativa³⁸. Não podemos ignorar o que a prática nos demonstra: os clientes, na generalidade dos casos, ao negociarem com o agente e dado que é com ele que tratam, criam a convicção de que o agente tem o poder de celebrar contratos e/ou proceder à cobrança de créditos.

A actividade do agente consiste, em regra, na promoção da celebração de contratos, em determinada zona ou área de clientes, por conta do principal. O agente é visto como um representante comercial do principal, um colaborador externo do principal. Muitas vezes o principal encontra-se distante da área onde actua o agente, sendo, muitas vezes, uma empresa estrangeira. Por outro lado, o agente pode ter já disposto de poderes de representação e esses poderes são, porventura, detidos por outros agentes do mesmo ramo. Por outro lado ainda, quem intervém nas diversas fases da celebração dos contratos (desde a angariação de clientes até à negociação) é o agente. A conjugação destes aspectos permite que o terceiro, que apenas contactou com o agente, suponha que este está munido dos necessários poderes de representação que vinculam o principal.

³⁶ Artigo 249º - Extensão do mandato não registado:

“ O mandato conferido ao gerente, verbalmente ou por escrito, enquanto não registado, presume-se geral e compreensivo de todos os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado, sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram.”

³⁷Vide MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º. 178/86*⁵, (Almedina, Coimbra/2000), 88.

³⁸ Também neste sentido vide PINTO, *ibidem*, 593.

Quanto à questão da cobrança de créditos, sabemos que, frequentemente, os agentes têm esses poderes de cobrança ou, então, deles já dispuseram. Por outro lado, os contratos donde emergem os créditos são frequentemente promovidos ou celebrados pelo agente³⁹. Ora, também no âmbito da cobrança de créditos pelo agente é necessário proteger os terceiros, na medida em que os aspectos acima enumerados e as circunstâncias objectivas do caso podem criar uma situação de aparência que iluda o terceiro.

São estas razões e estas particularidades da relação de agência que exigem especial transparência no âmbito deste contrato em ordem à protecção de terceiros⁴⁰. Ou seja, a fundamentação desta regra reside nas necessidades próprias da vida comercial e, em particular, da sua dependência de colaboradores, representantes, agentes.

Relativamente ao contrato de agência, podem colocar-se, fundamentalmente, dois problemas aos clientes: a celebração de contratos por agente sem os necessários poderes ou a cobrança de créditos por agente não autorizado.

Em matéria de representação aparente, o n.º 1 do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 178/86⁴¹ estabelece a ineficácia do negócio celebrado pelo agente sem poderes em relação ao representado, se por este o negócio não for ratificado. Não obstante o n.º 2 do mesmo artigo consagrar uma medida de tutela de terceiros, esta ineficácia deixa desprotegidos os terceiros que contrataram com o agente na expectativa de que o principal ficasse vinculado.

É a necessidade de tutela da legítima confiança dos terceiros que exige que, em certos casos, se vá mais longe, o que sucedeu quando o legislador criou a norma constante do artigo 23º do Decreto-Lei n.º 178/86⁴².

³⁹ Aliás, neste caso o n.º 2 do artigo 3º do Decreto-Lei 178/86 presume que o agente está autorizado a cobrar os créditos resultantes dos contratos por si celebrados. Porém, tal presunção é ilidível, pelo que mesmo aquele que paga a um agente em cumprimento de obrigações resultantes de um contrato celebrado com este possa vir a necessitar de protecção.

⁴⁰ Por apelo à transparência, o agente tem a obrigação de, nos termos do disposto no artigo 21º do Decreto-Lei 178/86, informar previamente os interessados, através de meios idóneos, sobre os poderes de que dispõe. Não deve, pois, deixar dúvidas quanto ao conteúdo da relação interna que o liga ao principal, através da afixação de letreiros ou da sua explicitação nos documentos que utiliza no exercício da sua actividade.

⁴¹ Artigo 22º do Decreto-Lei 178/86 – Representação sem poderes:

“1-Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, o negócio que o agente sem poderes de representação celebre em nome da outra parte tem os efeitos previstos no artigo 268º, n.º.1 do Código Civil.

2-Considera-se o negócio ratificado se a outra parte, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo essencial do mesmo, não manifestar ao terceiro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a sua oposição ao negócio.”

⁴² Artigo 23º do Decreto-Lei 178/86 – Representação aparente:

A hipótese configurada no artigo 23º supõe a celebração pelo agente, em nome do principal, de negócio que não se encontra abrangido pelo poder de representação conferido nos termos previstos no artigo 2º do mesmo diploma⁴³, porque ao agente não foram atribuídos poderes representativos ou porque o negócio celebrado não se insere no âmbito dos poderes que lhe foram atribuídos. Se não existisse esta norma, perante tal hipótese, a consequência natural seria a ineficácia do negócio em relação ao representado e a ineficácia liberatória da cobrança de créditos, nos termos do disposto no artigo 22º do Decreto-Lei, que remete para o artigo 268º do Código Civil.

No entanto, porque as circunstâncias que rodeiam tal negócio sustentam a confiança da contraparte, que está de boa fé, na legitimidade representativa do agente ou na legitimidade deste para efectuar a cobrança de créditos e, por essa via, na eficácia do negócio em relação ao principal ou na eficácia liberatória daquela cobrança, o legislador entendeu tutelar a contraparte. Fê-lo em termos prudentes e equilibrados, pois exige que tal confiança se sustente em razões objectivas e sérias, associadas à própria contribuição do principal na criação dessa confiança.

Entendemos nós que o artigo 23º tanto pode ser perspectivado para as situações em que ocorre culpa do principal, quando o seu comportamento (acção ou omissão) contribui para a criação da situação de aparência, como para as situações em que o principal, pela sua estrutura, potenciou o risco da criação dessa situação de aparência em que o terceiro confia⁴⁴.

O artigo 23º consagra, inequivocamente, o instituto da procuração aparente no domínio do contrato de agência, concedendo uma protecção que se traduz na eficácia do

“1-O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro.

2-À cobrança de créditos por agente não autorizado aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no número anterior.”

⁴³ Artigo 2º do Decreto-Lei 178/86 – Agente com representação:

“1-Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o agente só pode celebrar contratos em nome da outra parte se esta lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes.

...”

⁴⁴ Assim, o artigo 23º do Decreto-Lei 178/86, ao exigir que o principal tenha contribuído para fundar a confiança do terceiro, parece não se bastar com o risco em si, inerente à relação de agência, sendo necessária uma razão suplementar e qualificada em relação a esse risco. Em resposta à questão da dimensão desse suplemento, parece comportável pela letra do preceito que apenas lhe seja imputável a criação de uma situação de risco acrescido de surgirem situações enganosas para terceiros. Isto é, não basta um risco indiferenciado de empresa e de actividade, é necessário que esse risco potencie a criação de situações de aparência que induzam em erro o terceiro. Nesse sentido vide FRADA, *ibidem*, 59.

negócio celebrado por um agente sem poderes de representação (nº.1) e na eficácia liberatória da cobrança de créditos por agente não autorizado (nº. 2). O legislador optou, deste modo, face às consequências possíveis da responsabilidade pela confiança, por considerar relevante o conteúdo significativo da autovinculação do principal que criou a situação de confiança, impedindo-o de invocar a falta de poder de representação e considerando o negócio eficaz. O legislador fez depender esta consequência “da ocorrência, cumulativa, de requisitos objectivos (embora ponderados à luz do caso concreto e das circunstâncias que o rodeiam) e de requisitos subjectivos, deixando-se ao tribunal a indispensável margem de liberdade na apreciação da conduta das partes e na decisão a tomar”⁴⁵. Esses requisitos são a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente (requisito subjectivo relativo ao terceiro), justificada por razões ponderosas, objectivamente apreciadas, atendendo às circunstâncias do caso (requisito objectivo) e a contribuição do principal para a formação dessa confiança (requisito subjectivo relativo ao principal)⁴⁶. Atendendo a estes requisitos é possível responder “às duas questões fundamentais que o problema da aparência da representação suscita: quando pode considerar-se legítima a confiança na aparência; e de que condições depende a imputabilidade ao principal das consequências da aparência.”⁴⁷

Note-se que no contrato de agência, ao contrário do regime previsto nos artigos 259º e 249º do Código Comercial, a tutela da aparência exige mais do que a imputação objectiva decorrente da utilização de colaboradores. De facto, aqui é necessário que o principal, por acção ou omissão ou ainda pelo risco que a utilização da agência envolve, tenha contribuído para a confiança do terceiro na aparência de poderes. Esta diferença de pressupostos explica-se pelo facto de na relação de agência estar em causa uma colaboração externa (pressupondo, por isso, requisitos mais exigentes), enquanto que nas situações dos referidos artigos do Código Comercial se trata de uma colaboração interna.

O artigo 23º revela a sua verdadeira virtualidade quanto à tutela dos terceiros nas situações em que nunca houve legitimação representativa ou em que se verificou o excesso de poderes, já que são estas situações que escapam da regulamentação do

⁴⁵ MONTEIRO, António Pinto, *ibidem*, 92.

⁴⁶ PINTO, *ibidem*, 588.

⁴⁷ BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, (Almedina, Coimbra/1998), 135.

Código Civil e do Código Comercial⁴⁸. O que não significa, porém, que o legislador tenha tido a intenção de deixá-las a descoberto, como iremos ver a propósito da tutela mais ampla da aparência de poderes.

De acordo com a própria epígrafe da norma, trata-se de um caso de representação aparente, bem ilustrativo da teoria da aparência, sendo que o artigo 23º é pioneiro, entre nós, quanto à dimensão da protecção dada aos intervenientes que tratam com um representante aparente. Ou seja, como o preceito revela, o legislador português não ignorou a necessidade de uma tutela mais alargada dos terceiros no caso do contrato de agência.

5.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Relativamente à jurisprudência, importa enunciar os acórdãos que, num e noutro sentido, se pronunciaram quanto à questão da representação aparente e quanto ao alargamento da tutela da aparência.

Contra a admissibilidade da procuração aparente, destacamos:

- o Acórdão da Relação de Coimbra, de 27/01/1987⁴⁹, que refere que “o mandato aparente não está consagrado na nossa lei”, acrescentando que “o chamado «mandato aparente», dado o disposto no artigo 268º do Código Civil, embora possa fazer incorrer em responsabilidade civil o seu autor, não pode fazer ingressar o negócio concluído sem poderes em quem os não concedeu, expressa ou tacitamente”.

-o Acórdão da Relação de Lisboa, de 28/02/1991⁵⁰, que, questionando se a recusa de ratificação de um negócio celebrado sem poderes por parte do representante, nas circunstâncias do caso (situação de aparência), consubstanciava ou não um *venire contra factum proprium*, configurando abuso de direito, responde negativamente.

-o Acórdão da Relação do Porto, de 16/05/1991⁵¹, que, apreciando uma situação de aparência de representação, julga haver responsabilidade pré-contratual por parte do

⁴⁸ No entanto, o artigo 23º permite, no total, abranger quatro hipóteses: carência total e desde sempre de poderes representativos ou de autorização para cobrança de créditos por parte do agente; situação em que o agente ultrapassa os seus poderes de representação ou de cobrança; desrespeito por acordos e instruções à margem da concessão de poderes representativos; e extinção de poderes representativos ou de cobrança de créditos que existiram. Porém, o que a tutela geral parece deixar de fora são os dois primeiros casos. Vide PINTO, *ibidem*, 599 a 601.

⁴⁹ Colectânea de Jurisprudência, Ano XII, 1987, Tomo I, 40 a 45.

⁵⁰ Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI, 1991, Tomo I, 169 a 171.

⁵¹ Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI, 1991, Tomo III, 231 a 234.

falso representante perante o terceiro, mas quanto à indemnização do terceiro entende limitá-la ao interesse negativo: “o dano a ser ressarcido é o dano de confiança, resultante de lesão do interesse contratual negativo – deve colocar-se o lesado na situação que estaria, se não tem chegado a depositar uma confiança, afinal frustrada, na celebração dum contrato válido e eficaz.”

No sentido contrário, reconhecendo a representação aparente e tocando nas questões da aparência e da confiança, referimos:

-o Acórdão da Relação do Porto, de 18/11/1993⁵², que sustenta poder representar uma situação de *venire contra factum proprium* a invocação da ineficácia de um negócio se, entre as partes, tiver sido criado um clima de confiança de tal modo que pudesse fazer crer ao terceiro que nunca essa ineficácia pudesse vir a ser arguida.

-o Acórdão da Relação do Porto, de 06/10/1992⁵³, que estabelece que a solução do artigo 23º do Decreto-Lei nº 178/86 deveria ser estendida a todos os contratos de cooperação e colaboração já que se trata de “uma norma paradigmática dos contratos de cooperação, aplicando-se, assim, analogicamente, a todos os contratos que revistam tal natureza”⁵⁴.

-o Acórdão da Relação de Lisboa, de 07/10/1993⁵⁵, que se mostra favorável ao alargamento da tutela, indo mais longe ao sugerir a aplicação analógica do artigo 23º aos contratos de gestão em geral: “actualmente, o regime jurídico do contrato de agência regulado no já referenciado DL 178/86, de 3 de Julho, e aplicável, por analogia, aos contratos de gestão em geral, como o preâmbulo deste diploma admite em relação ao contrato de concessão...”. Por fim, destacamos um acórdão mais recente, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 29/04/2003⁵⁶, que consagra a representação aparente e que

⁵² O Direito, Ano 126, 1994, 677 a 685.

⁵³ Colectânea de Jurisprudência, Ano XVII, 1992, Tomo IV, 245 a 251.

⁵⁴ Este acórdão trata da seguinte situação: determinada pessoa, depois de entrar num stand de automóveis e de se dirigir ao indivíduo que nele se encontrava, faz uma encomenda de uma viatura. Para o efeito, entrega-lhe um cheque por conta do preço do veículo, recebendo daquele indivíduo um recibo, por ele passado, num cartão comercial com o logótipo da sociedade proprietária do stand. No entanto, o indivíduo vem a apropriar-se do cheque em proveito próprio e a sociedade, dizendo que não havia recebido qualquer encomenda ou importância, alega que aquele era um mero “angariador-comissionista”, que não podia aceitar encomendas, receber quantias, assinar recibos ou concluir contratos em nome daquela. Na análise que faz, a Relação do Porto considera irrelevante tal circunstância, qualificando aquele indivíduo como agente e aplicando ao caso o artigo 23º do Decreto-Lei 178/86, por se encontrarem verificados os seus requisitos. No entanto, este Tribunal vai ainda mais longe, considerando ainda que, mesmo que não se tratasse de uma relação de agência, sempre seria de aplicar o artigo 23º por aplicação analógica.

⁵⁵ Colectânea de Jurisprudência, Ano XVIII, 1993, Tomo IV, 133 a 137.

⁵⁶ www.dgsi.pt – processo nº. 1636/2003-7, Relator: Pimentel Marcos.

também se posiciona favoravelmente quanto ao alargamento da tutela da aparência. No seu sumário pode ler-se: “vincula a sociedade comercial o acto praticado por um seu auxiliar, actuando como promotor de vendas num stand de venda de automóveis daquela. Ainda que se verifique uma situação de desrespeito das instruções recebidas, o princípio da confiança deve levar a proteger o particular que, acreditando na aparência, celebra um contrato em tais circunstâncias.” O Tribunal entendeu que no caso em apreciação vigorava um contrato de agência, regulado pelo DL 178/86. De todo o modo, ressaltou que mesmo não se tratando verdadeiramente de um contrato de agência sempre seria aplicável o regime do artigo 23º, justificando que “«a cláusula geral de protecção de terceiros de boa fé» consagrada naquele artigo aplica-se analogicamente a todos os contratos de cooperação ou de colaboração.”

Relativamente ao alargamento dos artigos 259º e 249º do Código Comercial aos casos similares, no nosso estudo não fomos capazes de encontrar qualquer acórdão que se ocupasse da questão. Parece-nos, pois, que tal abordagem é nula ou, pelo menos incipiente. De todo o modo, se a evolução da jurisprudência tem revelado uma crescente abertura quanto ao alargamento do âmbito de aplicação do artigo 23º do Decreto-Lei 178/86, será de esperar que os tribunais superiores admitam a extensão daquelas normas do Código Comercial aos casos análogos.

6. AMPLIAÇÃO DA TUTELA DA APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO

6.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO ALARGAMENTO DA TUTELA DA APARÊNCIA EM TERMOS GERAIS

Depois da análise das normas, suscita-se a questão de saber se, para lá do seu âmbito, é possível um alargamento da protecção dos terceiros a outros casos de aparência de representação, quer no domínio comercial quer no domínio civil, questão que não encontra, de todo, uma resposta unânime, como também resulta das diferentes respostas da jurisprudência.

Contra uma tutela geral mais ampla da aparência de poderes representativos, em diferentes abordagens, ouvem-se vozes⁵⁷ no sentido de que não existe qualquer protecção genérica da boa fé para além das situações previstas na lei, não admitindo a sua eventual extensão interpretativa ou analógica, muito menos a sua elevação a um princípio constitutivo do Direito Civil.

Um dos argumentos apresentados é literal e estriba-se no artigo 268º/1 do Código Civil, que estabelece que o negócio celebrado pelo representante sem poderes é ineficaz em relação ao representado. Nada é excepcionado nessa norma, não é feita qualquer restrição para os casos de confiança legítima do terceiro na aparência dos poderes de representação, nem para o caso de o representado ter contribuído para fundar essa confiança.

Outro argumento parte da completude da disciplina do Código Civil: atento o regime pesado estabelecido pelo artigo 268º e atendendo a que para lá das hipóteses previstas nos artigos 266º e 269º do Código Civil nada mais é previsto, a lei civil parece apresentar-se como uma *lex completa*, não sendo de admitir excepções não previstas expressamente.

É, ainda, sustentado que o nosso ordenamento não conhece um instituto geral dirigido à tutela da aparência enganosa e da confiança nela depositada. A aparência

⁵⁷ Autores como RAÚL GUICHARD ALVES (vide ALVES, *ibidem*, 66), FERNANDO PESSOA JORGE [vide JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Coleção Teses, (Almedina, Coimbra/2001), 117], RITA AMARAL CABRAL [vide CABRAL, Rita Amaral, *A teoria da aparência e a relação jurídica cambiária*, in ROA, 44, (Lisboa/1984), 635-639], COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE (vide ATAÍDE, *ibidem*, 48 a 52).

jurídica só é protegida em casos especiais e especificados na lei, como é exemplo o artigo 2076º, nº. 2 do Código Civil.

Em geral, contra uma protecção mais alargada dos terceiros, sustenta-se ainda que tal implicaria o sacrifício do interesse do representado em não lhe serem impostas vinculações contrárias à sua vontade, interesse que é superior ao interesse do terceiro.

Em oposição a tais argumentos e contestando-os outros se erguem no sentido do alargamento da protecção da aparência.

De facto, o argumento literal é, por si só, frágil, porque apesar da letra da lei, o que releva é saber se o artigo 268º do Código Civil deve ou não merecer restrições. Ou seja, ainda que se aborde a questão com prudência, a formulação do artigo 268º do Código Civil não nos permite excluir, sem mais, outras formas de tutela de terceiros.

Por outro lado, o argumento da completude do Código Civil pode ser debatido, já que, da mesma forma que se pode conjecturar que o legislador não disciplinou deliberadamente as hipóteses de representação aparente, também é plausível a hipótese de o legislador poder ter, também deliberadamente, deixado uma lacuna (lacuna intencional⁵⁸) quanto à protecção de terceiros, admitindo um ulterior aperfeiçoamento da tutela do tráfico⁵⁹.

Quanto à questão da inexistência, entre nós, de um princípio geral da tutela da aparência, ainda que tal se admita, nada obsta a que se estabeleçam excepções à regra dos actos praticados pelo representante sem poderes, pelo menos em certos casos especiais, como é o caso daqueles que são protegidos pelo artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86.

O argumento que apela ao interesse do representado é, também, débil, na medida em que em determinadas situações, como quando o representado contribui para a criação da situação de aparência, a sua posição é menos merecedora de protecção do que a de terceiros.

⁵⁸ A lacuna intencional verifica-se quando o legislador deliberadamente omite regular determinada situação, que considera pouco madura para uma disciplina própria, deixando a sua decisão à doutrina e jurisprudência. Para a distinção entre lacunas intencionais e involuntárias, vide FERRARA, Francesco, *Interpretação e aplicação das leis*, Coleção Studium, 3ª ed., (Arménio Amado – Editor, Sucessor, Coimbra/1978), 157.

⁵⁹ Nesse sentido vide PINTO, *ibidem*, 612, MOTA, Helena, MOTA, Helena, *Do abuso de representação. Uma análise da problemática subjacente ao artigo 269º do Código Civil de 1966* (Coimbra Editora, Coimbra/2001), 124, e SCHWARTZ, Hubertus, *Sobre a evolução do mandato aparente nos direitos romanísticos. Seu significado para o direito português*, in RDES, XIX, (Atlântida Editora, Coimbra/1972), 114.

Ultrapassados estes argumentos, é possível caminhar para a possibilidade de uma protecção mais ampla dos terceiros no caso da aparência de representação, ainda que em termos prudentes⁶⁰.

Em primeiro lugar, o legislador, ao não prever outras formas de protecção do terceiro para além das expressamente reguladas nos artigos 266º e 269º do Código Civil, pode ter tido o propósito de deixar a via aberta (lacuna intencional) para um posterior aperfeiçoamento da dimensão da tutela.

Por outro lado, tal protecção pode traduzir-se em grandes vantagens, já que, no domínio mercantil, a segurança da actividade comercial exige a confiança nos poderes de representação.

Acresce que a posição do consumidor é melhor acautelada, já que desta forma não é obrigado a fazer demoradas investigações (para o que não tem tempo nem competência) quanto à legitimação representativa das pessoas com quem tem que contratar. “O princípio de que aquele que contrata não deve ignorar a condição da contraparte, que poria sempre a seu cargo o risco de deparar com um representante sem poderes, tem que sofrer correcções, resultantes dos interesses em jogo.”⁶¹ De facto, o terceiro não pode ter sempre o encargo de indagar a condição daquele com quem contrata e há casos em que não é razoável impor essas indagações⁶².

A possibilidade de uma protecção mais ampla dos terceiros é, também, motivada pela percepção do alcance do artigo 266º do Código Civil. Este assenta, sobretudo, na pré-existência de certos poderes de representação, que são contrariados por uma modificação ou extinção da procuração, mas a tutela da aparência de poderes de

⁶⁰ Nesse sentido, autores como PAULO MOTA PINTO (cfr. PINTO, *ibidem* 611 a 626), ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (cfr. MONTEIRO, António Pinto, *ibidem*, 92 e 93), PEDRO DE ALBUQUERQUE [vide ALBUQUERQUE, *ibidem*, 991 a 1079, MARIA HELENA BRITO [vide BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Coleção Teses, (Almedina/Coimbra/1998), 137 a 140], OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA (vide ASCENÇÃO/FRADA, *ibidem*, 58, e FRADA, *ibidem*, 56 a 60) e MENEZES CORDEIRO (vide, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *ibidem*, 1246-1247).

⁶¹ Vide PINTO, *ibidem*, 617.

⁶² Alguém dirige-se a um armazém e compra por preço baixo uma televisão a uma pessoa que se encontra por trás do balcão com toda a aparência de se tratar de um empregado, mas que é apenas um amigo do dono, que este, por culposa falta de vigilância ou de organização, não impediu de se fazer passar por legitimado para contratar em seu nome, apesar de nada saber e de não querer que ele fosse seu representante. Esta questão não é resolvida pelo artigo 259º do Código Comercial, que não é aplicável (porque a pessoa não foi encarregada de vender nem é caixeiro e ainda porque o problema não é apenas quanto ao pagamento do preço), mas coloca-se a questão da subsistência do negócio e pode ser conveniente considerar o empresário vinculado.

representação vai para além desta norma, que tem uma justificação e um modo próprios de operar.

Um outro argumento a favor da tutela dos terceiros é o que resulta das experiências de vários sistemas jurídicos estrangeiros, como o alemão, francês, italiano, espanhol e da Common Law, experiências que, pelo menos em termos jurisprudenciais, nos revelam uma larga protecção do terceiro face à aparência de poderes de representação, como acima aludimos. A posição adoptada por estes sistemas jurídicos permite-nos concluir que a tutela de terceiros deve ir para além daquelas situações em que ocorre uma modificação ou extinção da procuração ou da possibilidade, apenas preventiva, de se pedir a justificação dos poderes ao representante.

6.2. PERSPECTIVA ADOPTADA QUANTO À AMPLIAÇÃO DA TUTELA NO DOMÍNIO COMERCIAL

O regime previsto no artigo 23º explica-se pela circunstância de entre o principal e o agente se estabelecer uma relação de confiança e, ao mesmo tempo, de dependência económica entre os dois. Trata-se de uma relação em que o agente actua por conta do principal e em que se verifica a integração económica do agente na rede de distribuição da empresa do principal. Esta situação é propícia à criação de uma convicção do terceiro no sentido de que o agente actua em nome do principal e que este fica vinculado pelos seus actos.

Este risco não é exclusivo do contrato de agência e, em muitos outros casos, se reúnem estas características de integração económica, actuação por conta de outrem, confiança e dependência, não havendo razões para a aplicação de um regime diferente. “Não se vislumbra qualquer motivo para alterar a consequência ou efeito da actuação do falso procurador se, em vez de um contrato de agência, nos depararmos com uma situação merecedora de qualificação diversa mas igualmente susceptível de criar no espírito do terceiro uma convicção acerca da existência de poderes de representação na titularidade do auxiliar do falso representado. A natureza ou qualificação jurídica do contrato entre o *dominus* e o suposto representante, por si, em nada altera a situação, os perigos existentes, os danos sofridos ou o equilíbrio de interesses a procurar.”⁶³

⁶³ Vide ALBUQUERQUE, *ibidem*, 1057 e 1058.

Por isso, alguns autores⁶⁴ entendem que o artigo 23º do Decreto-Lei 178/86 deve ser alargado a todos os contratos de cooperação ou de colaboração ou até aos contratos de gestão em geral. O artigo 23º surge como uma norma paradigmática da disciplina dos contratos de cooperação, podendo, pois, ser analogicamente aplicada a todos os contratos que revistam tal natureza cooperativa ou de colaboração⁶⁵, já que em todos eles existe o perigo de o terceiro ser levado a acreditar na concessão de poderes de representação.

Outros, mais prudentes na sua extensão, são receptivos ao alargamento desta norma a outras relações, mas apenas no âmbito do direito comercial, pelo facto de outra solução colidir com o disposto no artigo 246º do Código Civil, que estabelece a ineficácia da declaração nos casos de falta de consciência.^{66 67}

Por outro lado, se uma das características do contrato de agência é a dependência do agente face ao principal, pode ser questionável a aplicação analógica do referido preceito quando entre representante e representado há uma relação paritária como nos contratos de cooperação.

Na nossa opinião, não existem razões para confinar a *ratio* do artigo 23º ao contrato de agência, sendo de alargar tal regime, não ilimitadamente, mas apenas no domínio comercial, já que neste, ao contrário do que sucede no domínio civil, a “voracidade e rapidez com que se desenvolve a actividade comercial na actualidade, não sobeja espaço nem tempo para os parceiros comerciais suspenderem os seus contratos e verificarem a legalidade das posições jurídicas dos representantes com quem negociam...”⁶⁸. Por outro lado, a extensão de tal regime deve ficar-se por aqueles contratos em que há uma relação, não de paridade, mas de confiança e dependência entre representante e representado.

⁶⁴ Como ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, nas obras já citadas.

⁶⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE não encara o artigo 246º do Código Civil como um obstáculo ao alargamento, dentro de certos limites, do regime da representação aparente nos moldes do artigo 23º para além do direito comercial. Admite, face aos requisitos do artigo 23º, que é um pouco mais difícil o surgimento da representação aparente no âmbito do direito civil, no entanto, não afasta a possibilidade de aplicação analógica da referida norma aos contratos de direito civil. Para maiores desenvolvimentos vide ALBUQUERQUE, *ibidem*, 1060 a 1067.

⁶⁶ Vide ASCENSÃO/FRADA, *ibidem*, 58.

⁶⁷ Vide GUICHARD ALVES, Raul, *ibidem*, 66. Apesar de este autor se mostrar contra a extensão da disciplina contida no contrato de agência por se tratar de direito especial, cuja regulamentação é, neste ponto, justificada pela própria natureza da relação de agência, ainda assim, deixa em aberto a extensão do artigo 23º a outras relações no âmbito do direito comercial.

⁶⁸ Vide, MOTA, *ibidem*, 174.

No que diz respeito à extensão da solução consagrada pelos artigos 259º e 249º do Código Comercial, a doutrina portuguesa não lhe tem, na nossa opinião, dispensado a merecida atenção. Porém, parece-nos que os argumentos favoráveis ao alargamento do regime do artigo 23º do Decreto-Lei 178/86 sustentam, também, o alargamento daquelas normas do Código Comercial aos casos similares. Parece-nos, pois, fundado pugnar pela aplicação analógica dos artigos 259º e 249º do Código Comercial aos casos de aparência suscitada no interior da empresa.

O problema da representação aparente não é, pois, específico do contrato de agência nem das situações abrangidas pelos artigos 259º e 249º do Código Comercial. Trata-se de questão que tange todo o fenómeno da representação jurídica voluntária, pelo que podemos afirmar que aquelas normas têm subjacente um pensamento de ordem mais geral e, por isso, susceptível de aplicação mais vasta. Elas encerram em si “um princípio geral do direito comercial segundo o qual, no comércio (em sentido jurídico) profissional, a aparência criada genérica ou especificamente pelo comerciante (empresário) no quadro da sua actividade (da qual tira benefícios, naturalmente) produz consequências na sua esfera jurídica, designadamente imputando-se-lhe as consequências jurídicas que a lei associaria à existência (efectiva) de uma realidade conforme com essa aparência”⁶⁹. “A *ratio* daquela disposição não assenta tanto em especificidades deste tipo contratual quanto num pensamento de ordem mais geral, susceptível de aplicação mais vasta.”⁷⁰ Assim, estando subjacente esse pensamento mais geral, é possível, na nossa opinião, mais do que uma mera *analogia legis*, retirar do preceito um critério jurídico mais amplo, restrito ao âmbito do direito comercial e que se concretize em regras jurídicas a aplicar a outras situações por integração de lacuna.⁷¹

Ora, a questão que se coloca em seguida é se, no âmbito da representação aparente, o nosso ordenamento se confronta com uma incompletude, com uma lacuna a colmatar, sendo que só haverá lacuna, depois de se averiguar, por interpretação da lei, que o caso omissis não deve ficar sem disciplina jurídica apropriada⁷².

⁶⁹ Vide SANTOS, Filipe Cassiano, *Direito Comercial*. 4º ano. 2ª turma. Ano lectivo 2005/2006.

⁷⁰ Vide FRADA, *ibidem*, 58.

⁷¹ Não se deve contudo falar em *analogia iuris* porque esta implica a obtenção de um critério jurídico a partir de várias disposições e, neste caso, a base seria apenas o artigo 23º do Decreto-Lei 178/86. Cfr. FRADA, *ibidem* 58.

⁷² Como sucede quando a lei regula certo facto da vida real, mas incompletamente. Para maiores desenvolvimentos quanto à interpretação das leis e ao recurso à analogia, vide ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Colecção Studium, 3ª ed., (Arménio Amado – Editor, Sucessor, Coimbra/1978).

No caso da procuração aparente, a existência de uma previsão legal que a consagra numa situação particular, como é o caso da norma do artigo 23º. do Decreto-Lei que regula o contrato de agência, permite que, através do princípio da igualdade, se justifique, de um modo mais notório, a aceitação de uma lacuna nas situações que, por força desse princípio, devam ser resolvidas de modo não divergente ou semelhante.⁷³

Ou seja, porque o processo de realização do Direito nunca se mostra acabado, é possível que o ordenamento esteja receptivo a novas avaliações, trilhando um raciocínio de tipo indutivo, partindo de previsões singulares, limitadas a determinada figura ou regime jurídico, que permita alcançar um princípio geral para as hipóteses em que tal previsão encerre uma justificação material que ressume a própria ideia de Direito e de Justiça. Então, apelando-se ao princípio fundamental da igualdade, tratando igual o que é igual, é possível perceber que determinada situação que não encontra resposta no ordenamento a exige, levando à formação de uma nova figura ou instituto para o sistema jurídico.

Por outro lado, sendo o agente um colaborador autónomo e não um membro da empresa a protecção densa do terceiro no caso previsto para o contrato de agência deve, por maioria de razão, existir quando estejam em causa condutas de elementos da própria empresa. O que vale para os casos em que existe autonomia empresarial entre representado e *falsus procurator* terá de vigorar, por maioria de razão, se o representante não dispunha dessa independência⁷⁴.

Assim, entendemos que o nosso ordenamento tem espaço para uma tutela da aparência mais lata, que se deve fundamentar na aplicação analógica, em termos prudentes, do regime estabelecido no artigo 23º do Decreto-Lei 178/86⁷⁵, nos casos de aparência em virtude da externalização da empresa, bem como do regime dos artigos 259º e 249º do Código Comercial, nas hipóteses de aparência suscitada no interior da empresa.

⁷³ FRADA, *ibidem*, 58 e 59.

⁷⁴ Vide FRADA, *ibidem*, 60.

⁷⁵ Entendendo que não é correcto dizer que o artigo 23º não se mostra susceptível de aplicação analógica por constituir uma norma excepcional. A aplicação analógica de normas excepcionais, nos termos do artigo 11º do Código Civil, não deve ser entendida à letra, tanto mais que normas semelhantes ou equivalentes ao artigo 266º. do Código Civil, também elas encaradas como excepcionais, têm sido tomadas como ponto de partida para o desenvolvimento *praeter legem* de uma responsabilidade do dominus em caso de representação aparente. Nesse sentido cfr. ALBUQUERQUE, *ibidem*, 1054 e 1055, autor que, aliás, não se mostra seguro quanto à excepcionalidade da norma em causa, já que, para a sustentar, seria necessário demonstrar a inexistência de um princípio de tutela da confiança e ainda provar a existência de um princípio da irrelevância da aparência e confiança.

O fundamento dessa aplicação analógica reside, na nossa opinião, no risco da organização empresarial, isto é, com ela (aplicação analógica) permite-se acautelar as exigências de estabilidade, normalização e segurança do comércio profissional face a esse risco, conferindo a necessária protecção ao terceiro que confia na imagem externa da empresa, o que se revela vital na prossecução das relações mercantis.

Ou seja, através da aplicação analógica pretende-se alcançar uma protecção mais lata do terceiro que confia no representante aparente no intuito de assegurar as condições de funcionamento e as exigências do comércio jurídico.

Não sendo possível tal aplicação analógica⁷⁶, entendemos que não é possível a vinculação do representado ao negócio celebrado pelo representante aparente, restando ao terceiro uma tutela meramente indemnizatória, que, como alegado, se mostra, por vezes, insuficiente.

No entanto, alguns autores⁷⁷ referem-se ao abuso do direito, previsto no artigo 334º do Código Civil, como um instrumento jurídico capaz de proteger de modo adequado aquele que contrata com um representante sem poderes, vinculando o representado ao negócio celebrado. Nessa perspectiva, o representado não pode invocar a ineficácia dos actos celebrados pelo representante aparente se essa invocação se traduzir num abuso do direito⁷⁸.

No entanto, na nossa opinião, nessa perspectiva não está tanto em causa a aparência de representação mas sim a tutela da confiança, como sendo o abuso do direito um vector genérico de protecção da confiança: “ a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa fé ou se concretize um «abuso de direito».”⁷⁹

Entendemos, aliás, que o recurso ao abuso do direito não é compatível com a ideia de risco de organização empresarial, não sendo possível usá-lo como um instrumento de distribuição do risco de actividades. Poderia, eventualmente, falar-se em abuso do direito naquelas situações em que o representado, conhecendo a conduta do representante, optava por não reagir, vindo mais tarde a querer prevalecer-se da

⁷⁶ Nos casos em que não existe qualquer contrato a relacionar o falso representante ao representado ou na hipótese de tal contrato ter já cessado ou ter sido declarado sem efeito não é possível proceder à referida aplicação analógica.

⁷⁷ Crf. PINTO, *ibidem*, 634 a 638.

⁷⁸ Neste sentido vide PINTO, *ibidem*, 634 a 638.

⁷⁹ Vide CORDEIRO, *ibidem*, 1247 e 1248.

ineficácia do negócio. No entanto, tais situações estão no domínio da procuração tolerada e não da representação aparente.

Depois, o abuso do direito e a tutela da aparência de representação têm em vista domínios de protecção distintos. Por um lado, no abuso do direito pretende-se conferir relevância jurídica às expectativas na continuidade de uma conduta, sendo-lhe inerente o princípio da coerência e estabilidade do comportamento enquanto factor de confiança numa perspectiva pessoal e individualizada. Pelo contrário, na procuração aparente, numa orientação mais generalizante e menos permeável às ponderações subjectivas e específicas do caso concreto, protege-se a credibilidade intrínseca da aparência de um facto. Distinguindo-os, ainda, para que seja possível accionar a protecção de aparência basta verificar-se o indício de que determinada situação ocorreu, enquanto que no abuso do direito será, em princípio, necessário a demonstração de um investimento de confiança⁸⁰.

⁸⁰ A propósito desta questão, vide FRADA, *ibidem*, 53.

CONCLUSÃO

É inegável a essencialidade da representação no domínio comercial, como é inegável que se trata de um meio propício à criação de situações de aparência, daí termos centrado o presente estudo na análise dos mecanismos de protecção que são disponibilizados ao terceiro que é confrontado com uma situação de representação aparente.

Apesar dos interesses em jogo, afigura-se-nos notória a necessidade de tutela da contraparte que contrata com o representante aparente em determinadas circunstâncias.

Assim, perante a actuação de uma pessoa como representante de outrem sem que exista um acto de atribuição do poder de representação, mas em que existe uma situação objectiva de aparência jurídica, imputável ao representado, entendemos que o terceiro de boa fé deve ser protegido, atento a seu interesse expresso pela confiança na existência de poder de representação.

Entendemos, ainda, que a imputabilidade da aparência ao representado não se deve fazer, no âmbito comercial, apenas a título de culpa, mas, sim, invocando o princípio do risco.

Parece-nos insofismável que aquele que cria uma especial situação de risco para os interesses dos terceiros deve ser responsável por esse risco. Não nos referimos, obviamente, a uma pura responsabilidade pelo risco, mas à responsabilidade pelo “risco de aparência” que decorre da forma de organização da empresa. É nessa vertente que devemos acolher a ideia de risco na abordagem da problemática da representação aparente: a tutela impõe-se nos domínios em que o risco de organização empresarial assume maior relevância, isto é, no domínio comercial.

Como conclusão, pretendemos destacar o passo dado pelo legislador português ao consagrar a tutela da representação aparente no artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86. Esta norma pretende ser uma solução prudente e equilibrada entre os interesses em conflito, conduzindo à tutela das legítimas expectativas dos terceiros. Nessa medida, faz prevalecer os interesses dos terceiros em detrimento dos interesses do representado, mas apenas nos casos em que os interesses deste último na ineficácia do negócio não se apresentam dignos da protecção do direito.

Por fim, quanto à ampliação da tutela da aparência, cremos que o nosso ordenamento tem espaço para uma protecção mais lata do terceiro que contrata com o representante aparente.

Parece-nos de admitir a aplicação analógica do artigo 23º do Decreto-Lei nº. 178/86, bem como dos artigos 259º e 249º do Código Comercial, ainda que em termos prudentes. Na verdade, supomos que está subjacente a estas normas um pensamento mais geral que compatibiliza os interesses em causa, tendo como referência a aparência, a confiança e a boa fé. Nessa medida, é possível concretizar tal pensamento em regras jurídicas a aplicar a outros casos por integração de lacuna.

Na delimitação do âmbito de aplicação da tutela da aparência a jurisprudência tem um papel decisivo. Das abordagens mais recentes quanto a tal questão, parece-nos que se caminha, pelo menos no domínio comercial, para a ampliação daquela protecção. Resta-nos aguardar para perceber se o futuro nos leva no sentido de uma tutela da aparência com a amplitude devida, tanto mais que as novas tecnologias, como a Internet, podem contribuir para a criação de novas situações de aparência, atenta a vastidão de intervenientes e a percepção, normalmente pouco esclarecida, do terceiro relativamente a quem com ele está a contratar.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em Direito Civil. Ensaio de reconstrução dogmática*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2004.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Lisboa, 1990.
- ALVES, Raul Guichard, *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Porto, 1996.
- ALVES, Raul Guichard, *O Instituto da Representação Voluntária no Código Civil de 1966*, in *Direito e Justiça*, XVIII, Tomo I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, 197-207.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Colecção Studium, 3ª edição, Arménio Amado- Editor, Sucessor, Coimbra, 1978.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil/ Teoria Geral, Volume II (acções e factos jurídicos)*, Coimbra Editora, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira e FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa.*, in *RDE (separata)*, 16 a 19, Coimbra, 1990 a 1993.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, AAFDL, Lisboa, 2008.
- BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1994.
- BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 1998.
- CABRAL, Rita Amaral, *A teoria da aparência e a relação jurídica cambiária*, in *ROA*, 44, Lisboa, 1984, 627-640.
- CARVALHO, Orlando de, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial – I – O problema da empresa como objecto de negócios*, in *RDE*, Atlântida Editora, Coimbra, 1967.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 1997.

FERRARA, Francesco, *Interpretação e Aplicação das leis*, traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade, Coleção Studium, 3ª edição, Arménio Amado- Editor, Sucessor, Coimbra, 1978.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2007.

GALGANO, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale, Volume Secondo – Le obbligazioni e i contratti, Tomo Primo – Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Cedam, Padova, 1990.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2001

MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86*, 4ª. edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2000.

MONTEIRO, António Pinto, *Sobre a protecção do agente comercial no direito português e europeu*, in Boletim da FDUC, LXXI (separata), Coimbra, 1995.

MONTEIRO, J. Sinde, *Ofensa ao crédito ou ao bom nome, “culpa de organização” e responsabilidade da empresa*, in RLJ, Ano 139º, N.º. 3959, Coimbra Editora, 2009.

MOTA, Helena, *Do abuso de representação. Uma análise da problemática subjacente ao artigo 269º do Código Civil de 1966*, Teses e Monografias 2 da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota, *Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23º do Decreto-Lei n.º. 178/86, de 3 de Julho*, in Boletim da FDUC, 69, G.C. – Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1993.

PRATA, Ana, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, in Revista da Banca, 17, Janeiro/Março de 1991, Associação Portuguesa de Bancos, Lisboa, 1991, 62-70.

SANTOS, Filipe Cassiano, *Direito Comercial*. 4º ano. 2ª turma. Ano lectivo 2005/2006, Coimbra, 2005.

SANTOS, Filipe Cassiano, *O contrato de leasing*, in Direito Comercial, 5ºano, Coimbra, 1994.

A APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

Trabalho-ensaio de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Privatísticas

SCHWARTZ, Hubertus, *Sobre a evolução do mandato aparente nos direitos romanísticos. Seu significado para o direito português*, in RDES, XIX, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, 99-122.

SERRA, Adriano Vaz, *Anotação ao Acórdão do STJ de 19/06/1979*, in RLJ, 112, Ano 1979-1980, Coimbra Editora, Coimbra, 1980, 373-375.

TRIGO, Maria da Graça, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Maio de 2009.

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|--|
| Boletim da FDUC | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra |
| RDE | Revista de Direito e Economia |
| RDES | Revista de Direito e de Estudos Sociais |
| RLJ | Revista de Legislação e de Jurisprudência |
| ROA | Revista da Ordem dos Advogados |

SUMÁRIO

| | |
|---|------|
| INTRODUÇÃO | p.2 |
| 1. A REPRESENTAÇÃO APARENTE E AS SUAS ESPECIFICIDADES NO DOMÍNIO COMERCIAL | p.3 |
| 2. A PROCURAÇÃO APARENTE E A SUA DISTINÇÃO FACE A FIGURAS AFINS | p.6 |
| 3. AS RESPOSTAS DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS EM CASO DE REPRESENTAÇÃO APARENTE | p.8 |
| 4. A PERSPECTIVA ADOPTADA: A VINCULAÇÃO DO REPRESENTADO AO NEGÓCIO | p.11 |
| 4.1. Os interesses em confronto | p.11 |
| 4.2. O risco da organização empresarial e a culpa da organização | p.12 |
| 5. AS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES DA TUTELA DA APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NO DOMÍNIO COMERCIAL | p.16 |
| 5.1. A aparência nos artigos 259º e 249º do Código Comercial | p.16 |
| 5.2. O artigo 23º do Decreto Lei nº. 178/86 de 3 de Julho (Contrato de agência): potencialidades no avanço da tutela da aparência | p.17 |
| 5.3. Análise jurisprudencial | p.21 |
| 6. AMPLIAÇÃO DA TUTELA DA APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO | p.24 |
| 6.1. Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao alargamento da tutela da aparência em termos gerais | p.24 |
| 6.2. Perspectiva adoptada quanto à ampliação da tutela no domínio comercial | p.27 |
| CONCLUSÃO | p.33 |
| BIBLIOGRAFIA | p.35 |
| ABREVIATURAS | p.37 |