

JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES

# DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS

  
ALMEDINA

OSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES

# DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS

*5.ª Reimpressão da edição de Outubro de 2009*

  
ALMEDINA

## CAPÍTULO I

### Aspectos Gerais\*

#### §1 O Contrato Comercial Hoje

I. O *contrato* constitui, não apenas uma das mais importantes invenções do espírito humano e jurídico, como verdadeiramente uma instituição sem a qual as sociedades e economias modernas não seriam pensáveis, ou, pelo menos, não seriam como hoje as conhecemos. Não surpreende assim que se trate de um instituto que atravessa de lés a lés o ordenamento jurídico: desde áreas tipicamente patrimoniais até pessoais (v.g., contratos de casamento) ou de áreas tipicamente privadas até públicas (v.g., contratos administrativos), os contratos continuam ainda hoje a constituir – apesar

---

\* **Bibliografia Portuguesa:** ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, Direito e Justiça, Lisboa, 2007; MARTINEZ, P. Romano, *Contratos Comerciais*, Principia, Lisboa, 2001; NETO, Abílio, *Contratos Comerciais (Legislação, Doutrina e Jurisprudência)*, 2.ª edição, Lisboa, Ediforum, 2004. **Bibliografia Estrangeira:** AAVV, *Contratti d'Impresa*, 2 volumes, Giuffrè, Milano, 1993; BULGARELLI, Waldirio, *Contratos Mercantis*, 13.ª edição, Atlas, São Paulo, 2000; CAGNASSO, Oreste/ COTTINO, Gastone, *Contratti Commerciali*, Cedam, Padova, 2000; DUTILLEUL, F. Collart/ DELEBECQUE, Philippe, *Contrats Civils et Commerciaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004; GASTAMINZA, E. Valpuesta/ RUTE, J. Cuesta (dir.), *Contratos Mercantiles*, 3 volumes, Bosch, Barcelona, 2007; KOZOLCHYK, Boris, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Dykinson, Madrid, 2006; MUKWIRI, Jonathan, *Commercial Contract Law*, Abramis, London, 2006; PFEIFFER, Thomas, *Handbuch der Handelsgeschäfte*, RWS, Köln, 1999; SAMBUCCI, Leopoldo, *Il Contratto dell'Impresa*, Giuffrè, Milano, 2002.

de uma tão vaticinada “crise do contrato”<sup>1</sup> ou até “morte do contrato”<sup>2</sup> – uma das mais importantes fontes de relações jurídicas.

O Direito Comercial, enquanto ramo jurídico centrado na Empresa, não escapa a esta regra: *os contratos comerciais ou mercantis representam hoje o mais relevante instrumento jurídico da constituição, organização e exercício da actividade empresarial.*<sup>3</sup>

II. Na verdade, e desde logo, é frequentemente através do recurso a figuras contratuais que os empresários *constituem e organizam as suas empresas*. Basta assim lembrar que a forma jurídico-empresarial por excelência, a *sociedade comercial*, tem a sua origem comum num contrato (o contrato de sociedade), sendo ainda que é em figuras contratuais, típicas ou atípicas, que assenta a esmagadora maioria, quer dos actos constitutivos das demais formas de empresa (v.g., agrupamento complementar de empresas, agrupamento europeu de interesse económico, cooperativa, etc.), quer das relações de cooperação e concentração estabelecidas entre as próprias empresas (v.g., *contrato de consórcio*, contrato de “*joint venture*”, contrato de *subordinação*, contrato de grupo paritário, etc.).

Por outro lado, e mais importante, os contratos consubstanciam o mais relevante instrumento de *criação e regulação das relações jurídicas pertinentes à actividade empresarial*, enquanto actividade económica profissional e organizada de produção, circulação e mediação de bens e serviços no mercado. Basta lembrar que algumas das mais proeminentes figuras contratuais dos nossos dias se encontram indissociavelmente ligadas ao exercício de determinadas actividades empresariais (“maxime”, os contratos bancários às

---

<sup>1</sup> BATIFFOL, Henri, *La “Crise du Contrat” et sa Portée*, in: XIII APD (1968), 13-30.

<sup>2</sup> GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 1974.

<sup>3</sup> Sobre o Direito Comercial moderno como sistema pluridisciplinar, composto por um conjunto de unidades normativas autónomas polarizadas em torno da Empresa, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em curso de publicação.

empresas de crédito e financeiras, os contratos de seguro às empresas seguradoras, os contratos de intermediação financeira às empresas de investimento, ou os contratos de transporte às empresas transportadoras), além de que, já em via geral, é maioritariamente através de contratos que se criam e disciplinam as relações jurídicas estabelecidas entre os empresários e os terceiros adquirentes dos respectivos bens ou serviços, sejam estes últimos os “consumidores” ou outros empresários (incluindo contratos tipificados na lei, v.g., compra e venda mercantil, reporte, agência, ou os inúmeros negócios atípicos sedimentados na prática dos negócios, v.g., concessão comercial, franquia, cessão financeira, etc.).

## §2 *Seu Relevo*

I. A importância do instituto contratual para o Direito Comercial – para além da atenção de que foi alvo por parte da doutrina<sup>4-5</sup> e da jurisprudência<sup>6</sup> – foi desde cedo reconhecida pelo próprio legislador, tanto dentro como fora de portas.

---

<sup>4</sup> A literatura portuguesa sobre o tema não é particularmente abundante. Entre os trabalhos monográficos, contam-se apenas os de ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, Direito e Justiça, Lisboa, 2007; MARTINEZ, P. Romano, *Contratos Comerciais*, Principia, Lisboa, 2001; NETO, Abílio, *Contratos Comerciais (Legislação, Doutrina e Jurisprudência)*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Ediforum, 2004; na doutrina mais antiga, com referência aos contratos do CCom de 1888, vide BENAVIDES, José, *Contratos Commerciaes (Actos Commerciais, Troca, Compra e Venda, Aluguer, Reporte, Transporte Terrestre)*, Derin e C.<sup>a</sup> Editores, Lisboa, 1892. Além disso, são também escassas as obras gerais de Direito Comercial e de Direito dos Contratos que lhe fazem referência: entre estas, podem confrontar-se ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. I, 40 e segs., Almedina, Coimbra, 2008; CORDEIRO, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 457 e segs., 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2007; CORREIA, M. Pupo, *Direito Comercial*, 485 e segs., 9.<sup>a</sup> edição, Ediforum, Lisboa, 2005; FURTADO, J. Pinto, *Disposições Gerais do Código Comercial*, 269 e segs., Almedina, Coimbra, 1984.

<sup>5</sup> Bastante diferente é a situação no direito estrangeiro, onde abundam as monografias gerais sobre os contratos mercantis, além de estes constituírem parte integrante obrigatória de todos os manuais de referência de Direito Comercial. Apenas para

Com efeito, é mister ter presente que uma boa parte dos *ordenamentos jurídicos europeus* consagrou expressamente, ao lado dos contratos civis, uma regulação autónoma dos contratos comerciais (vejam-se assim, por exemplo, os arts. 50.º e segs. do “Código de Comercio” espanhol, ou os §§ 343 e segs. do “Handelsgesetzbuch” alemão)<sup>7</sup>. Assim também aconteceu, e acontece ainda hoje, em *Portugal*, onde o Código Comercial

mencionar algumas das obras mais relevantes em certas ordens jurídicas da “Civil Law” e da “Common Law”, e para além das referidas na nota inicial, vide na Alemanha, Vorr. Wolfgang, *Handelsgeschäfte – Allgemeine Bestimmungen*, Carl Heymanns, Köln, 1988; na Argentina, BARBIERI, Pablo, *Contratos de Empresa*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998; ETCHEVERRY, R. Aníbal, *Obligaciones y Contratos Comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1994; na Áustria, GRUBER, Michael, *Handelsgeschäfte*, 6. Aufl., Orac Rechtsskripten, Wien, 2000; no Brasil, MARTINS, Fran, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 12.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993; em Espanha, AAVV, *Contratos Mercantiles*, vol. I, Civitas, Pamplona, 2008; RODRÍGUEZ-CANO, A. Bercovitz/ CONDE, M. Calzada (dir.), *Contratos Mercantiles*, 3 volumes, Aranzadi, Pamplona, 2009; RICO, J. Cano/ MALLOL, A. Serra, *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, 2 tomos, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1987; YOLDI, J. Miranda/ VILLANUEVA, M. Taberna/ GARCIA, F. Martinez (dir.), *Contratos Mercantiles*, 3 volumes, Thomson/ Aranzadi, Madrid, 2008 (colectânea de jurisprudência); em França, DELGRANGE, Olivier/ CORRADINO, Giani/ CIRONE, Romeo, *Formulaire Commenté de Contrats Commerciaux*, Litec, Paris, 1998; LECLERC, Xavier, *Les Contrats Commerciaux*, Chiron, Paris, 2001; em Itália, AAVV, *Contratti d’Impresa*, 2 volumes, Giuffrè, Milano, 1993; DALMARTELLO, Arturo, *I Contratti delle Imprese Commerciali*, Cedam, Padova, 1962; SAMBUCCI, Leopoldo, *Il Contratto dell’Impresa*, Giuffrè, Milano, 2002; na Suíça, SCHNEEBERGER, Ernst, *Kommerzielles Vertragsrecht*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1976; na Inglaterra, ANDERSON, Mark/ WARNER, Victor, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, Tottel, West Sussex, 2008; CHRISTOU, Richard, *Drafting Commercial Agreements*, 3<sup>rd</sup> edition, Thomson/ Sweet & Maxwell, London, 2008; SINGLETON, Susan/ LAWSON, Richard, *Commercial Contracts: A Practical Guide to Standard Terms*, 2<sup>nd</sup> edition, Tottel Publishing, Sussex, 2006; nos Estados Unidos da América, GRUSON, Michael (ed.), *International Commercial Agreements*, Practising Law Institute, New York, 1994; MOSKIN, Morton (ed.), *Commercial Contracts*, Aspen Law & Business, New York, 2001; finalmente, numa perspectiva comparatística, KOZOLCHYK, Boris, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Dykinson, Madrid, 2006, e para formulários contratuais, LÓPEZ, M. Ferrer/ SUSO, M. Barrenechea/ IRIATE, Ainoa, *Los Contratos más Utilizados en la Empresa – Modelos con Comentarios*, Deusto, Barcelona, 2008.

<sup>6</sup> A título de exemplo, vejam-se as reflexões do juiz britânico Robert GOFF, *Commercial Contracts and the Commercial Court*, in: X LMCLQ (1984), 382-393.

dedica à matéria um Livro inteiro, por sinal o mais extenso (Livro II, arts. 96.º a 484.º): intitulado justamente “*Dos Contratos Especiais do Comércio*”, nele se contém um conjunto de regras jurídicas aplicáveis à contratação mercantil em geral (arts. 96.º a 102.º do CCom) seguido de um elenco bastante vasto de contratos mercantis singulares (v.g., contratos de sociedade, de comissão, de transporte, de seguro, de compra e venda mercantil, de empréstimo mercantil, de depósito mercantil, de reporte, de conta-corrente, etc.).<sup>8</sup>

Não se pense, todavia, que o relevo dos contratos comerciais é apanágio exclusivo daquelas ordens jurídicas que os previram e disciplinaram expressamente como categoria legal autónoma. Ao invés, é curioso constatar que naquelas legislações europeias onde foi eliminada a distinção formal entre contratos civis e comerciais se assiste hoje a uma “redescoberta” da categoria dos contratos comerciais<sup>9</sup>, e que mesmo nos ordenamentos anglo-saxónicos, que jamais conheceram tal distinção, os contratos já chegaram a

---

<sup>7</sup> Sobre esta categoria no contexto dos respectivos Códigos Comerciais, vide CALERO, F. Sánchez, *El Código de Comercio y los Contratos Mercantiles*, in: AAVV, “Centenário del Código de Comercio”, vol. I, 211-260, Ministério de Justicia, Madrid, 1986; SCHMIDT, Karsten, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5 (“Handelsgeschäfte”), Beck/ Vahlen, München, 2001.

<sup>8</sup> Sobre este elenco legal dos contratos mercantis, bem como a progressiva erosão do seu relevo prático, vide *infra* Parte III, Cap. I, §1.

<sup>9</sup> É o caso de Itália, onde, apesar da supressão da distinção entre contratos civis e comerciais operada pelo “Codice Civile” de 1942 (que existia no anterior “Codice Commerciale” de 1882), os comercialistas jamais deixaram de considerar os contratos comerciais (“contratti commerciali”) como tema obrigatório do Direito Comercial (vejam-se assim as obras gerais de Gastone COTTINO, Giuseppe FERRI, ou Francesco GALGANO, entre muitas outras): a sua importância é tal que se fala mesmo hoje de um fenómeno de “redescoberta” (SAMBUCCI, Leopoldo, *Il Contratto dell’Impresa*, 10, Giuffrè, Milano, 2002) ou de “reemergência” (BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 56, Giuffrè, Milano, 2000) destes contratos no âmbito do ordenamento privatístico. Sobre o ponto, vide ainda AAVV, *Contratti d’Impresa*, Giuffrè, Milano, 1993; CAGNASSO, Oreste/ COTTINO, Gastone, *Contratti Commerciali*, Cedam, Padova, 2000; DALMARTELLO, Arturo, *I Contratti delle Imprese Commerciali*, Cedam, Padova, 1962.

ser reputados como “o elemento central do Direito Comercial” (ROY GOODE).<sup>10</sup>

II. Aliás, a evolução legislativa mais recente tem apenas confirmado e acentuado sobremaneira as estreitas relações existentes entre o Direito Comercial e o instituto do contrato<sup>11</sup>, já que este tem sido justamente um dos sectores da Ordem Jurídica – senão porventura “o” sector da Ordem Jurídica – *que mais numerosos e rasgados horizontes tem aberto a este velho instituto jusprivatístico*<sup>12</sup>. Bastará para tal pensar na verdadeira profusão qualitativa e quantitativa de figuras contratuais geradas pela actividade comercial e empresarial, inteiramente novas e totalmente desconhecidas ainda há algumas décadas ou até anos atrás, que se foram sedimentando progressivamente na prática dos negócios ou mesmo sendo consagradas em legislação mercantil especial: apenas para citar alguns dos contratos mais difundidos, tal o caso dos contratos de agência, de concessão comercial, de cessão

---

<sup>10</sup> *Commercial Law in Next Millenium*, 49, Sweet & Maxwell, London, 1998 (tradução italiana, Giuffrè, Milano, 2003). No mesmo sentido, os britânicos L. SEALY e R. HOOLEY, para quem os contratos “estão em pleno coração do Direito Comercial” (*Commercial Law*, 21, 4<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2008), ou os norte-americanos LEN SMITH e GALE ROBERSON, para quem “o contrato é um dos mais importantes tópicos de estudo do Direito dos Negócios” (*Business Law – Uniform Commercial Code*, 124, 5<sup>th</sup> edition, West Publishing, St. Paul, 1982). Por último, vide ainda LORD MILLET, *Contract: The Heart of Commercial Law*, in: Lowry, John/ Mistelis, Loukas (eds.), “Commercial Law: Perspectives and Practice”, 1-14, Lexis Nexis/ Butterworths, London, 2006.

<sup>11</sup> Que, de resto, possui raízes históricas profundas: cf. ANGELIS, C. Nicola, *I Contratti Commerciali nel Periodo Medioevale Italiano*, Jovene, Napoli, 1940.

<sup>12</sup> Aliás, como nos recordam Rodrigo URÍA e Aurelio MENÉNDEZ, o direito dos contratos foi precisamente um dos sectores onde despontou a chamada “comercialização do Direito Civil”, na qual alguns pretenderam entrever a unificação do Direito Privado (*El Contrato Mercantil*, 31, in: AAVV, “Curso de Derecho Mercantil”, tomo II, 31-53, 2.<sup>a</sup> edición, Thomson/ Civitas, Madrid, 2007). Sobre este jogo de influências e osmose recíprocos entre o Direito Comercial e o Direito Civil – para o qual, faz agora um século, o juscomercialista português Caeiro da MATTA chamava a atenção –, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em curso de publicação.

financeira (“factoring”), de locação financeira (“leasing”), de franquia (“franchising”), de patrocínio (“sponsoring”), de monetização de créditos (“forfaiting”), de titularização de créditos (“securitization”), de “engineering”, de “project finance”, de “renting”, de “merchandising”, de “countertrade”, de “know-how”, de “management”, de “futures”, de “forwards”, de “swaps”, de “caps”, de “floors”, de “call” ou “put option”, entre muitos e muitos outros.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre estas e outras novas figuras contratuais, vide AMATO, Astolfo, *Impresa e Nuovi Contratti – Materiali per un Moderno Diritto Commerciale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1991; GALGANO, Francesco, *I Contratti del Commercio, dell’Industria e del Mercato Finanziario*, 4 volumes, Utet, Torino, 1995-1997; MARTINEK, Michael, *Moderne Vertragstypen*, 3 volumes, Beck, München, 1991-1993.

## CAPÍTULO V

### A Contratação Mercantil em Perspectiva\*

I. Esclarecida a noção, as fontes e os principais tipos dos chamados contratos comerciais ou mercantis, cabe agora – subindo um patamar – inquirir sobre a existência e o alcance de um *regime jurídico próprio ou geral da contratação mercantil*.

II. Dito de um outro modo. Já sabemos que, lado a lado com os contratos civis de direito comum, os contratos mercantis dispõem hoje de uma consagração legal própria no quadro do ordenamento jurídico-privado português. O que se pergunta agora é: será que, para lá das disposições específicas relativas aos diferentes contratos individualmente considerados, será possível identificar também um conjunto de disposições gerais ou comuns aplicáveis a todos eles (*existência de um regime próprio da contratação mercantil*)? em caso afirmativo, qual o grau de autonomização desse

---

\* **Bibliografia Portuguesa:** ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, Direito e Justiça, Lisboa, 2007. **Bibliografia Estrangeira:** BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d'Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000; GASTAMINZA, E. Valpuesta, *Marco General de la Contratación Mercantil*, in: Gastaminza, E. Valpuesta/ Rute, J. Cuesta (eds.), “Contratos Mercantiles”, tomo I, 25-109, Bosch, Barcelona, 2001; LASTRES, J. García-Pita, *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003; LLANOS, L. Suárez, *Bases para una Ordenación del Derecho de la Contratación Mercantil*, in: AAVV, “Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil”, 283-305, Civitas, Madrid, 1979; URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ VÉRGEZ, Mercedes, *Especialidades de la Contratación Mercantil*, in: AAVV, “Curso de Derecho Mercantil”, tomo II, 55-92, 2.ª edición, Thomson/ Civitas, Madrid, 2007.

“corpus” normativo próprio em relação às regras gerais da contratação civil (*sentido e alcance* do regime próprio da contratação mercantil)?

### §1 *Seus Fundamentos*

I. Quanto à primeira questão, a nossa resposta de princípio é indubitavelmente *afirmativa*, com base em várias ordens de razões. À semelhança do que sucedeu noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros de ambos os lados do Atlântico<sup>73</sup>, convém começar por recordar que o legislador português não se limitou a prever e regular um conjunto de contratos mercantis avulsos, tendo antecedido e encimado esse elenco legal por uma espécie de “*parte geral*” constituída por regras comuns da contratação mercantil: falamos do Título I do Livro II do Código Comercial, onde, justamente sob a epígrafe “Disposições Gerais”, foi previsto um conjunto de regras gerais aplicáveis aos contratos especiais de comércio (arts. 96.º a 103.º).

II. É certo que tal circunstância não seria, por si só, suficiente para se poder falar de um verdadeiro regime geral da contratação mercantil: para além de as especialidades constantes de tais normas não serem em si mesmas particularmente numerosas (“maxime”, língua, prova, solidariedade, e juros), é hoje visível a erosão nelas provocada por mais de cem anos de vigência, existindo mesmo algumas de entre elas que foram ultrapassadas pela “*praxis*” contratual mercantil hodierna (é o caso do art. 97.º do

---

<sup>73</sup> Prevendo igualmente uma “*parte geral*” dos contratos comerciais, encontramos – na Europa – as leis espanhola (arts. 50.º a 63.º do “Código de Comercio”) e alemã (§§ 343 a 372 do “Handelsgesetzbuch”) e – na América – as leis argentina (arts. 207.º a 220.º do “Código de Comercio”) e mexicana (arts. 77.º a 88.º do “Código de Comercio”).

CCom sobre o valor da correspondência telegráfica, hoje caída em desuso).<sup>74</sup>

Decisivo para a existência e afirmação de um regime próprio da contratação mercantil constitui, antes sim, um *conjunto de factores jurídicos e económicos* de ordem vária, ocorridos sobretudo nos finais do séc. XX, cujo concurso espontâneo foi responsável pela redescoberta e revivescência de um tema cuja actualidade se havia entretanto perdido. Entre esses factores, destacamos os seguintes quatro: a multiplicação massiva de novas figuras contratuais resultantes de legislação mercantil avulsa ou da criatividade dos empresários; a pressão harmonizadora da legislação mercantil comunitária e internacional; a emergência da problemática do consumidor; e a centralidade da empresa no actual tráfico contratual.

## **1. A Explosão da Contratação Mercantil Hodierna**

I. Um primeiro factor consiste na *criação e multiplicação massivas de novos contratos comerciais*, através de leis mercantis avulsas ou da iniciativa dos próprios empresários.

II. Sem qualquer paralelo quantitativo ou qualitativo no passado legislativo português, assistiu-se nas últimas décadas ao surgimento de novos tipos de contratos mercantis através de uma *massa aluvional de legislação mercantil extravagante*: tal aluvião legislativo traduziu-se fundamentalmente, quer em contratos mercantis individuais consagrados por leis avulsas (v.g., o contrato de consórcio através do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, o contrato de agência através do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de

---

<sup>74</sup> Há mesmo quem sustente que tal preceito foi revogado tacitamente com a entrada em vigor do art. 379.º do CCivil (ASCENSÃO, J. Oliveira, *Direito Comercial*, vol. I, 377, Lisboa, 1998/99). Sobre o ponto, vide, para mais desenvolvimentos, ANTUNES, J. Engrácia, *O Regime Jurídico dos Actos de Comércio*, in: Themis-UNL (2009), em curso de publicação.

Julho, etc.), quer sobretudo em feixes de figuras contratuais que, atinentes a diferentes sectores merceológicos, foram sendo aprovadas por leis mercantis sectoriais (pense-se na expansão dos novos contratos previstos na actual legislação da banca, bolsa e seguros)<sup>75</sup>. Para além disso, não se pode perder de vista o relevo da *criatividade e inventiva negocial das empresas*, esses “mercatores” do novo milénio: semelhante “vis criativa” foi responsável por uma verdadeira explosão de novos instrumentos contratuais – que incluem, entre tantos e tantos outros, os contratos de “factoring”, “leasing”, “franchising”, “sponsoring”, “engineering”, “project financing”, “securitization”, “forfaiting”, “renting”, “confirming”, “merchandising”, “countertrade”, “know-how”, “forwards”, “swaps”, “caps”, “floors”, e “contracts for differences” –, que rapidamente se transformou numa espécie de fonte autopoiética de produção normativa em matéria da contratação mercantil, especialmente internacional.<sup>76</sup>

Esta multiplicação das figuras contratuais atinentes à vida comercial e empresarial teve, sem dúvida, o mérito de fazer assim ressurgir a contratação mercantil da espécie de limbo em que progressivamente caíra mercê do ocaso de um Código Comercial

---

<sup>75</sup> Sobre a questão, noutras latitudes, vide OPPO, Giorgio, *I Contratti d'Impresa tra Codice Civile e Legislazione Speciale*, in: AAVV, “Il Diritto Europeo dei Contratti d'Impresa”, 15-25, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>76</sup> Como sublinha Fabio BORTOLOTTI, pode hoje dar-se por adquirido que os contratos internacionais em matéria económica privada são, no essencial, contratos celebrados por empresários (*Le Tecniche di Redazione di un Contratto Internazionale*, 384, in: AAVV, “Nuovi Tipi Contrattuali e Tecniche di Redazione nella Pratica Commerciale”, 381-395, Giuffrè, Milano, 1978). Sobre o relevo da “praxis” comercial na evolução do Direito Comercial, vide DEVLIN, Patrick, *The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice*, in: 14 ModLR (1951), 249-266; e na evolução do próprio direito contratual, CABRILLAC, Michel, *Remarques sur la Théorie Générale du Contrat et les Créations Récentes de la Pratique Commerciale*, in: “Mélanges Dédiées à Gabriel Marty”, 235-254, Université des Sciences Sociales, Toulouse, 1978; LELOUP, Jean-Marie, *La Création de Contrats par la Pratique Commerciale*, in: “L'Évolution Contemporaine du Droit des Contrats”, 167-177, PUF, Paris, 1986.

centenário, recentrando os respectivos paradigmas normativos e lógicos em torno de novos conceitos jurídicos e económicos (mormente, o de empresa).

## **2. A Uniformização Europeia e Internacional**

I. Depois ainda, um segundo “input” extremamente importante, senão mesmo decisivo, consistiu na *enorme pressão harmonizadora e uniformizadora resultante da legislação comunitária e internacional*.

II. Como atrás vimos, a imensa mole de Regulamentos e Directivas comunitárias, bem como de Convenções Internacionais, ocupa um lugar de destaque no actual sistema das fontes da regulação dos contratos mercantis<sup>77</sup>. Ora, encontramos-nos perante um “*corpus*” normativo do maior relevo que, nascido praticamente nos últimos três decénios, cobre vastas áreas pertinentes à contratação mercantil (v.g., contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, contratos de crédito ao consumo, contratos do mercado de capitais, contratos de seguro, cláusulas contratuais abusivas, contratação e comércio electrónico, pagamento das transacções comerciais, práticas comerciais desleais, etc.) e tem determinado uma evolução inovadora das legislações nacionais, frequentemente ao arrepio de princípios e regras privatísticas seculares<sup>78</sup>. Como recorda Guido ALPA, relativamente ao relevo das normas comunitárias para as regulações nacionais em matéria de contratação mercantil, “o Direito Europeu é hoje, não um sector de heteroregulação externa, mas sim uma fonte do direito interno

---

<sup>77</sup> Cf. *supra* Parte I, Cap. IV, §2, 1.

<sup>78</sup> Cf. BENACCHIO, Gianantonio, *Diritto Privato della Comunità Europea*, 33 e segs., Padova, Cedam, 1998; MONATERI, P. Giuseppe, *I Contratti d’Impresa e il Diritto Comunitario*, in: AAVV, “Il Diritto Europeo dei Contratti d’Impresa”, 73-94, Giuffrè, Milano, 2006.

(dos contratos comerciais) cuja violação implica a responsabilidade do Estado-membro”.<sup>79</sup>

### 3. A Emergência da Problemática do Consumidor

I. Em terceiro lugar, um outro factor determinante para o renascimento da temática da contratação comercial prende-se com a recente *emergência da problemática do consumidor*.<sup>80</sup>

II. Uma das projecções centrais do fenómeno do consumo nas ordens jurídicas modernas consistiu na progressiva autonomização dos chamados “contratos de consumo”, subordinando estes a um conjunto de normas especiais que têm em vista a protecção do consumidor. Ora, não se pode perder de vista que os contratos de consumo têm como contraparte natural um empresário – representando por isso também, “ex definitione”, verdadeiros e próprios contratos comerciais (no sentido da concepção, aqui defendida, de contratação relativa a empresários ou empresas). Com efeito, muito embora na maioria das legislações actuais a contraparte contratual seja construída com recurso ao conceito mais amplo de “profissional” (veja-se assim também, entre nós, o art. 10.º, n.º 1 do “Anteprojecto do Código do Consumidor”), constitui um dado insofismável que a esmagadora maioria dos contratos consumeristas correspondem hoje a negócios celebrados entre empresários e consumidores: como sublinha Leopoldo SAMBUCCI, “é hoje claro que os contratos de consumo são, ao mesmo tempo, «contratos de empresa»”<sup>81</sup>. Esta asserção, de resto, é válida em pleno coração

---

<sup>79</sup> “Commercial Contracts”: *Freedom, Practice and Rules in Italian Law*, 1563, in: XXVI EBLR (2005), 1555-1574.

<sup>80</sup> Sobre as relações entre o Direito Comercial e o Direito de Consumo em geral, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em curso de publicação.

<sup>81</sup> *Il Contratto dell'Impresa*, 65, Giuffrè, Milano, 2002. Esta proeminência natural (embora não necessária ou exclusiva) da figura do empresário ou, mais restritamente,

da contratação mercantil, como é o caso dos contratos bancários, de seguro e de investimento financeiro: como é bem sabido, a esmagadora maioria destes contratos são celebrados entre um contraente “forte” – uma empresa creditícia, seguradora ou de investimento – e um contraente “fraco” – o cliente, o segurado ou o investidor.

Semelhante ligação tendencial entre os contratos comerciais e de consumo – quase como se de duas faces de uma mesma moeda se tratasse –, torna assim directa ou indirectamente relevante para os primeiros a recente e copiosa regulação jurídica das

---

do comerciante, como contraparte contratual consumerista, é reconhecida pacificamente na generalidade da *doutrina*, nacional ou estrangeira. Assim, entre nós, C. Ferreira de ALMEIDA afirma que “quase todos os textos (legais) caracterizam os contratos de consumo (...) como contratos celebrados entre um consumidor e uma empresa (ou profissional)” (*Direito do Consumo*, 87, Almedina, Coimbra, 2005), pelo que “a generalidade dos contratos de consumo corresponde, nas ordens jurídicas onde a classificação jurídica existe, ao perfil dos actos de comércio, quase sempre por força da qualidade de comerciante do fornecedor que confere ao contrato a qualificação de acto de comércio unilateral ou misto” (*op. cit.*, 200). Na literatura estrangeira, são abundantes os autores que salientam este aspecto: assim, segundo J. Gómez CALERO, “em muitas relações contratuais mercantis intervêm como sujeitos, de um lado, os empresários, e do outro, os adquirentes dos produtos e serviços que aqueles colocam no mercado, isto é, os consumidores e utentes”, dando lugar a “uma crescente projecção no regime dos contratos mercantis de uma nova e importante regulação destinada a tutelar estes últimos, tidos como a parte mais débil daquelas relações jurídicas” (*Las Obligaciones Mercantiles*, 212, in: AAVV, “Derecho Mercantil”, tomo II, 211-223, 10.<sup>a</sup> edición, Ariel, Barcelona, 2005); também Vincenzo BUONOCORE, para quem “os contratos de empresa e de consumo representam, e não apenas do ponto de vista lexical, o epílogo conjunto das transformações sofridas pela nossa economia e sociedade no curso dos últimos anos” (*Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 99, Giuffrè, Milano, 2000). Existem mesmo *legislações* onde esta proeminência da figura do empresário nos contratos de consumo foi objecto de consagração expressa: assim, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde, nos termos da secção 2-103 (1) (c) do “Uniform Commercial Code”, se define expressamente o contrato de consumo como “o contrato celebrado entre um comerciante (“merchant”) e um consumidor”. Para um confronto entre as duas figuras, vide ainda BUONOCORE, Vincenzo, *Contratti del Consumatore e Contratti d’Impresa*, in: XLI RDC (1995), 1-41; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Il Diritto Europeo dei Contratti (Verso la Distinzione fra “Contratti Commerciali” e “Contratti dei Consumatori”)*, in: 147 GiurI (1993), IV, 57-73.

relações contratuais consumeristas, cobrindo matérias tais como os deveres pré-contratuais (“maxime”, dever de informação), a formação do contrato (v.g., forma, vícios), o conteúdo do contrato (“maxime”, cláusulas contratuais abusivas), ou as suas vicissitudes ou efeitos (v.g., responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, direito de desistência ou arrependimento).<sup>82</sup>

#### 4. A Empresa e a Evolução do Instituto Contratual

I. Por último, mas não menos importante, é mister chamar a atenção para *o relevo que o fenómeno empresarial reveste para a evolução do próprio instituto contratual*.

II. Como logo de início se salientou, os contratos representam provavelmente o mais relevante instrumento jurídico de suporte da constituição, organização e exercício da actividade empresarial: a vida empresarial nasce e desenvolve-se em boa medida através de um conjunto de actos negociais celebrados pelos empresários com outros empresários ou consumidores<sup>83</sup>. Ora, se é verdade que o instituto do contrato constitui assim um dos momentos essenciais da actividade da empresa, *também o inverso é verdadeiro*, já que aquele instituto tem sido significativamente

---

<sup>82</sup> É verdade que o acento tónico deste vector evolutivo das ordens jurídicas modernas tem sido sobretudo colocado na figura do “consumidor” – circunstância inteiramente compreensível, não apenas pela áurea de modernidade que rodeia o próprio conceito, mas sobretudo pela própria “ratio” genérica inspiradora da referida regulação jurídica (protecção do contraente mais débil). Tal, todavia, não nos deve fazer obliterar as importantíssimas implicações que resultam para o Direito Comercial em geral, e para a contratação mercantil em particular, deste recentramento do direito contratual clássico em torno do “status” dos contraentes: com efeito, mais tarde ou mais cedo, a emergência da figura do consumidor, contraente “fraco”, terá forçosamente como consequência lógica a “reemergência” da figura do empresário, contraente “forte”, no quadro do Direito privado moderno – cujos contornos futuros, aliás, dependerão significativamente da forma como ambas essas figuras forem compatibilizadas.

<sup>83</sup> Cf. *supra* Parte I, Cap. I, §1, 1.

influenciado pelas características próprias ou específicas desta actividade: como melhor veremos adiante, são as características e os imperativos próprios da moderna actividade empresarial (celeridade, segurança, padronização, objectivização) que estão na origem de uma boa parte das transformações sofridas pelo modelo contratual clássico herdado do séc. XIX, “rectius”, dos novos horizontes rasgados em matéria da negociação, formação, conteúdo e efeitos dos contratos. Na formulação de Leonardo SAMBUCCI, “a conexão com a actividade organizada em forma de empresa repercute-se no contrato, modificando, frequentemente de modo marcante, a sua fisionomia”.<sup>84</sup>

Para não irmos mais longe, sirva de exemplo o regime legal das cláusulas contratuais gerais. Na verdade, foram as exigências de celeridade, massificação e padronização próprias de numerosos domínios da actividade empresarial hodierna – justamente conducentes ao recurso intensivo às cláusulas contratuais gerais na contratação mercantil (por exemplo, nos contratos bancários, contratos de seguro, contratos de transporte, etc.) – que constituíram as principais responsáveis pela progressiva erosão da imagem clássica do contrato como produto do acordo de vontade entre partes livres e iguais, com a consequente introdução de mecanismos de controlo do seu conteúdo (entre nós, a LCCG, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que tipifica as cláusulas abusivas ou proibidas nos contratos celebrados por empresários, entre si ou com consumidores).<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *Il Contratto dell'Impresa*, 34, Giuffrè, Milano, 2002. Salientando o impacto da actividade empresarial no figurino contratual, sob diferentes ângulos, vide ALESSI, Ricardo, *Contrato e Mercato*, in: “Scintillae Iuris. Studi in Memoria di Gino Gorla”, tomo III, 2339-2354, Giuffrè, Milano, 1994; CAPO, Giovanni, *Attività d'Impresa e Formazione del Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001; MEO, Giorgio, *Impresa e Contratto nella Valutazione dell'Atipicità Negoziale*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>85</sup> Relembre-se ainda que, historicamente, as primeiras cláusulas contratuais gerais de que há notícia surgiram precisamente ligadas a uma actividade empresarial – a actividade

## §2 *Suas Características*

I. Apesar de estruturalmente os contratos no Direito Comercial e no Direito Civil não se diferenciarem, a verdade é que a “praxis” e o regime jurídico vigentes evidenciam a existência de determinadas *características especiais* dos contratos comerciais – especialidade essa que muito deve, em particular, à emergência da empresa como baricentro da moderna contratação mercantil: como nota José GARCÍA-PITA Y LASTRES, “se não se questiona que a relação do Direito Comercial com o Direito Civil seja uma relação de “lex specialis” em face da “lex generalis”, também é verdade que o direito dos contratos mercantis apresenta evidentes traços especiais, propiciados pela transcendência do fenómeno «Empresa», que não podem ser resolvidos optimamente pelo Direito Civil, mas requerem uma intervenção do Direito Comercial e um esgotamento das possibilidades que este proporciona”.<sup>86</sup>

II. Não sendo este decerto o momento para analisar em profundidade semelhante temática, de indiscutível complexidade e alcance, limitar-nos-emos por ora a enunciar brevemente três dos principais traços ou manifestações da referida especialidade, mais comumente referenciados na doutrina: *objectivação*, *padronização* e “*mercadorização*” dos contratos comerciais.

---

bancária: cf. RAISER, Ludwig, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 27, Hanseatische Verlag, Hamburg, 1935. Sobre as diferentes funções económico-empresariais deste processo de contratação (redução dos custos de transacção, especialização, coordenação, segurança), vide ÁGUILA-REAL, J. Alfaro, *Función Económica y Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales de la Contratación*, 76 e segs., in: AAVV, “Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, 75-93, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>86</sup> *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, 77, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003. Sobre a unidade e diversidade das obrigações mercantis, no confronto das obrigações civis, vide ainda CALERO, J. Gómez, *Las Obligaciones Mercantiles*, in: AAVV, “Derecho Mercantil”, tomo II, 212-223, 10.ª edición, Ariel, Barcelona, 2005; GASTAMINZA, E. Valpuesta, *Marco General de la Contratación Mercantil*, in: Gastaminza, E. Valpuesta/ Rute, J. Cuesta, “Contratos Mercantiles”, tomo I, 25-109, Bosch, Barcelona, 2001.

## 1. Objectivização

I. Uma primeira característica consiste na acentuada *objectivização* dos contratos comerciais. Com efeito, a actividade empresarial é, por definição, uma actividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou colectivos. Ora, é inegável que uma tal exigência intrínseca provinda do mundo económico da empresa tem, paulatina mas decisivamente, marcado a evolução da matriz e regime jurídicos dos contratos comerciais – falando aqui os autores, a este propósito, de um fenómeno de “insensibilidade”<sup>87</sup>, “ambulatoriedade”<sup>88</sup> ou “despersonalização”<sup>89</sup> dos contratos mercantis, *destinados a permanecer indiferentes e sobreviver às vicissitudes do respectivo substrato pessoal, mormente do empresário contraente.*

Basta assim pensar, por exemplo, nos contratos de fusão societária (arts. 94.º e segs. do CSC) – precipuamente destinados a assegurar a “sucessão universal” de patrimónios de sujeitos jurídico-empresariais não obstante a extinção de um ou alguns deles –, nos contratos de mandato mercantil (arts. 231.º e segs. do CCom) – que subsistem após a morte do mandante (art. 261.º do CCom) –, nos contratos de seguro (art. 1.º da LCS) – que subsistem em caso de morte ou transmissão da empresa do respectivo tomador (arts. 95.º, n.º 5 e 96.º, n.º 1 da LCS) ou de transferência

---

<sup>87</sup> LUMINOSO, Angelo, *La Contrattazione d’Impresa*, 541, in: AAVV, “Istituzione di Diritto Commerciale”, 527-626, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>88</sup> BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 173, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>89</sup> LASTRES, J. García-Pita, *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, 79, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003. Tal não significa naturalmente que não existam determinados contratos mercantis que possam ser marcados por um forte “intuitus personae”, tais como, por exemplo, os contratos bancários de crédito, onde a pessoa dos contratantes e a confiança mútua jogam um papel importante (sobre o ponto, vide FERREIRA, A. Pedro, *Direito Bancário*, 384 e seg., Quid Juris, Lisboa, 2005; SIMONETTO, Ernesto, *I Contratti di Credito*, 250 e segs., Cedam, Padova, 1953).

da carteira do segurador (arts. 148.º e segs. do RGAS) –, ou ainda na generalidade dos contratos mercantis ligados à exploração da empresa no caso do respectivo trespasse ou locação – que se transmitem automaticamente sem necessidade de consentimento dos contraentes cedidos, como é o caso dos contratos de arrendamento (art. 1112.º, n.º 1, a) do CCivil), de locação financeira (art. 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho), ou de seguro (art. 95.º, n.º 5 da LCS), bem como analogicamente todos os demais contratos exploracionais.<sup>90</sup>

II. Não surpreende assim que as obrigações mercantis emergentes destes contratos tendam também a objectivar-se. Ao passo que a visão tradicional de obrigação, de matriz civilista e romanista, possui um pendor marcadamente subjectivista, concebendo-a essencialmente como um vínculo entre dois sujeitos jurídicos determinados (credor e devedor), as obrigações mercantis testemunham uma acentuada tendência para a sua *impessoalidade* ou *patrimonialização*, saltando para o primeiro plano a ideia de “vínculo entre dois patrimónios” cujos titulares tendem a mudar indefinidamente sem afectar a subsistência e estrutura do vínculo obrigacional: ou seja, tendem a separar-se da pessoa do credor ou devedor para se converterem num valor patrimonial objectivo e autónomo (um activo ou um passivo, consoante os casos) vocacionado a circular no tráfico jusempresarial.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Sobre os fundamentos desta analogia, vide *infra* Parte II, Cap. V, §2. 2.

<sup>91</sup> Já Joaquín GARRIGUES sublinhava que uma tal feição objectiva e patrimonial da obrigação mercantil representou uma reacção contra o conceito romanista clássico, por ser aquela que melhor se adapta às exigências do tráfico mercantil: “No Direito Comercial, o que se destaca é o aspecto objectivo da obrigação e a sua modalidade económica. O que o credor procura, independentemente da conduta do devedor, é a utilidade patrimonial da obrigação: a actividade do devedor não é um fim, mas um meio para obter tal satisfação patrimonial” (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 4, 8.ª edición, Aguirre, Madrid, 1983). Num sentido semelhante, entre outros, vide BOY, Laurence, *Le Cadre Civil des Affaires*, 9, Economica, Paris, 1989; CALERO, J. Gómez, *Las Obligaciones Mercantiles*, 214 e seg., in: AAVV, “Derecho Mercantil”, tomo II, 212-223, 10.ª edición.

## 2. Massificação e Padronização

I. Uma segunda característica dos contratos mercantis consiste na sua *massificação e padronização*. É bem sabido que o Direito Comercial foi sempre, da sua origem aos nossos dias, um ramo jurídico cuja existência está intimamente ligada à prática de actos económicos em massa (“Massenverkehr”): como recordava A. Ferrer CORREIA, se, ao lado do Direito Civil, se foi progressivamente afirmando este ramo jurídico especial, tal deveu-se às necessidades de regulação, não de actos comerciais individuais, mas antes de actos praticados em massa ou em série pelos “mercatores” ou “homens de negócios”<sup>92</sup>. A actividade da empresa, esse “mercatores” hodierno – sobretudo no advento da produção e distribuição em grande escala, da internacionalização do consumo e da globalização dos mercados – exhibe hoje, mais do que nunca, uma tendência inexorável para a massificação, padronização, simplificação e velocidade da oferta.

Ora, este vector fundamental haveria de marcar indelevelmente a contratação mercantil, principal veículo jurídico dessa actividade. Hoje, a grande empresa, nascida para a produção e distribuição em massa de bens e serviços homogéneos, coloca estes no mercado primacialmente através de processos contratuais estandardizados e uniformizados, sendo impensável negociar caso a caso o conteúdo de milhares ou mesmo milhões de contratos que se sucedem ininterruptamente, seja com outras empresas ou com consumidores: dir-se-ia, pois, que *à massificação e normalização da oferta empresarial se sucedeu a massificação e padronização dos contratos mercantis*.

---

Ariel, Barcelona, 2005; SAVATIER, René, *Droit des Obligations en Droit Privé Économique*, 11 e seg., 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1979.

<sup>92</sup> *Lições de Direito Comercial*, 21, Lex, Lisboa, 1994.

II. O exemplo mais eloquente deste vector evolutivo reside nos chamados *contratos de adesão*, prática típica de muitos sectores da contratação mercantil moderna (v.g., contratos bancários, contratos de seguro, contratos de investimento financeiro, contratos de transporte, etc.) – de resto, transversal às relações negociais dos empresários com os consumidores ou outros empresários (“battle of the forms”) – que justamente esteve na origem do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.<sup>93</sup>

Mas muitos outros afloramentos, gerais ou pontuais, do mesmo vector, podem ser encontrados no ordenamento jurídico vigente: são igualmente tais exigências de uniformização dos procedimentos de formação ou conteúdo contratuais que estão na base, em maior ou menor medida, de fenómenos tais como os chamados *contratos comerciais “obrigatórios”* (“Zwangverträge”) – caracterizados por impor ao empresário uma obrigação de contratar, como sucede nos contratos celebrados por empresas concessionárias de serviços públicos (v.g., empresas de transportes ferroviários, empresas de comunicações postais, empresas de fornecimento de energia, água, ou gás, etc.)<sup>94</sup> –, os *contratos comerciais “ditados”* (“diktierte Verträge”) – caracterizados por impor o conteúdo ou os termos dos respectivos contratos, v.g., determinados tipos de contrato de seguro, de contratos sobre instrumentos financeiros, etc.<sup>95</sup> –, ou os *usos e costumes mercantis uniformes* coligidos e aprovados por organizações internacionais de comércio – pense-se, por exemplo, nos chamados “Incoterms” (“International Commercial Terms”), regras de interpretação e integração uniforme

---

<sup>93</sup> Sobre este regime jurídico, cujo cerne reside no controlo das cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos empresários ou entidades equiparadas, quer entre si, quer com consumidores, vide desenvolvidamente *infra* Parte II, Cap. III, §2.

<sup>94</sup> Sobre os contratos comerciais “obrigatórios”, vide *infra* Parte II, Cap. II, §2, 1.

<sup>95</sup> Sobre os contratos comerciais “ditados”, vide *infra* Parte II, Cap. III, §3, 4.

da terminologia contratual comercial para os quais remetem frequentemente os contratos comerciais internacionais.<sup>96</sup>

III. Uma vez mais, são visíveis as consequências no plano das obrigações mercantis: talqualmente a estabilidade da actividade empresarial foi reclamando uma evolução da tradicional visão subjectivista para uma progressiva objectivização e patrimonialização das obrigações, também agora a massificação dessa actividade vai forçando à transição do tradicional paradigma das obrigações específicas para o *novo protótipo das obrigações genéricas*. Na verdade, é necessário ter presente que na generalidade dos Códigos Civis novecentistas, incluindo o português, a teoria das obrigações foi concebida e desenvolvida tendo sobretudo em mente um mercado de pequenos comerciantes, profissionais liberais e agricultores, cujos negócios incidem primacialmente sobre prestações de coisas específicas e infungíveis. Ora, uma vez alteradas tais premissas económicas com o advento da grande empresa e da oferta em massa de produtos e serviços, não será talvez exagerado dizer que o protótipo actual da obrigação mercantil (ao menos, na contratação comercial em massa) corresponde à obrigação de conteúdo genérico, padronizado e fungível, só secundariamente se aproximando do clássico paradigma da obrigação específica.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Sobre estas regras – além do que já foi dito *supra* Parte I, Cap. IV, §2, 2 (II) –, vide PINHEIRO, L. Lima, *Incoterms – Introdução e Traços Fundamentais*, in: “Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional”, 315-333, Almedina, Coimbra, 2006.

<sup>97</sup> Aliás, para quem os quisesse ler, os sinais já estavam presentes no Código Comercial de 1888, ainda que de forma muito embrionária e inarticulada. Pense-se, por exemplo, na relevância central das prestações de género e quantidade no quadro do contrato de compra e venda mercantil – é o caso das chamadas vendas sobre amostra, que remetem para a “qualidade conhecida no comércio” (art. 469.º do CCom) e, pela negativa, das compras sem padrão (art. 470.º do CCom) ou sujeitas a contagem, pesagem ou medição (art. 472.º do CCom) –, ou ainda no regime do contrato de mandato mercantil – que remete para “os preços correntes de mercado” a fixação da responsabilidade do comissário em caso de realização de operações acima do preço acordado com o comitente (art. 270.º, 1.º do CCom). Cf. ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos no Código Comercial*

### 3. “Mercadorização”

I. Uma terceira característica dos contratos mercantis consiste na sua “mercadorização”, ou seja, na sua profunda permeabilidade à regulação jurídica do mercado em sentido amplo.

Expressão polissémica, o mercado designa comumente o espaço organizado, físico ou virtual, onde os agentes económicos (produtores, distribuidores e prestadores, de um lado, consumidores do outro) realizam as suas transacções sobre produtos e serviços, sob a égide dos preços formados mediante o encontro da procura e oferta: o mercado, outrossim que realidade económica, é também uma realidade jurídica, na medida em que apenas existe enquanto é reconhecido e regulado pelo direito<sup>98</sup>. Ora, porventura de modo mais incisivo do que noutros domínios da contratação (mormente, da civil), *o mercado funciona como um verdadeiro “contexto de sentido” dos contratos comerciais*<sup>99</sup> no sentido em que o regime jurídico destes últimos tem sido altamente tributário da regulação jurídica do mercado, em particular daquelas intervenções regulatórias que procuram tutelar a posição dos protagonistas do jogo da oferta-procura e encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses conflitantes (“maxime”, interesses dos empresários, interesses dos consumidores, interesses dos concorrentes, e interesse público geral)<sup>100</sup>. Para ilustrar tal tese, basta

---

*Português*, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes”, em curso de publicação.

<sup>98</sup> Sobre o conceito de mercado, IRTI, Natalino, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, Laterza, Roma, 2003; REICH, Norbert, *Markt und Recht*, Luchterhand, Neuwied/Darmstadt, 1977.

<sup>99</sup> A expressão é de Leopoldo SAMBUCCI, *Il Contratto dell'Impresa*, 87, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>100</sup> Enfatizando igualmente a conexão entre os institutos do mercado e do contrato, vide ALESSI, Ricardo, *Contrato e Mercato*, in: “Scintillae Iuris. Studi in Memoria di Gino Gorla”, tomo III, 2339-2354, Giuffrè, Milano, 1994; GUIZZI, Giuseppe, *Mercato Concorrenziale e Teoria del Contratto*, in: 97 RivDCom (1999), 67-131; LIPARI, Nicolò, *Il Mercato: Attività Privata e Regole Giuridiche*, in: “Scritti in Onore de E. Romagnoli”, 37-64, Giuffrè, Milano, 2000.

atentar no enorme impacto que sobre a contratação mercantil moderna tiveram duas das principais projecções da regulação jurídica do mercado: a disciplina jurídica da liberdade de concorrência e da tutela do consumidor.

II. Constituindo a concorrência o princípio fundamental dos modelos de organização económica de mercado assentes na liberdade de empresa e na iniciativa económica privada, todos os ordenamentos jurídicos modernos, incluindo o nosso (Lei Geral da Concorrência, abreviadamente LGC, aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), prevêm um conjunto de normas jurídicas precipuamente destinadas a assegurar a sobrevivência do próprio *sistema concorrencial* (“Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, “anti-trust laws”, “derecho de defensa de la libre competencia”, “protection de la liberté de concurrence”). Ora, esta disciplina, balizando a autonomia negocial das empresas, prevê normas que influenciam directamente a formação (v.g., proibição dos contratos subordinados: cf. art. 4.º, n.º 1, g)), o conteúdo (v.g., abuso de dependência económica: cf. art. 7.º) e os efeitos (v.g., celebração de contratos de domínio: cf. art. 8.º, n.º 3, c)) dos contratos mercantis.<sup>101</sup>

III. Doutra banda, assumindo o mercado actual crescentemente a fisionomia de um mercado de “massas” – onde uma oferta empresarial ilimitada (de produtos e serviços constantemente renovados) e altamente profissionalizada (servida por sofisticadas técnicas de comercialização e “marketing”) se encontra com uma procura frequentemente vulnerável e impreparada (por parte do consumidor médio) –, também não surpreende que os mesmos ordenamentos jurídicos venham mais recentemente a desenvolver um acervo normativo cuja intencionalidade fundamental é a *protecção do consumidor*, enquanto sujeito contratual débil (embora

---

<sup>101</sup> Para uma ilustração da importância da legislação concorrencial em matéria da contratação mercantil, vide *infra* Parte II, Cap. III, §3, 1. e 2.

não “débil mental”, como um certo fundamentalismo consumérista parece por vezes sugerir) nas relações negociais de mercado. Uma vez mais, também ninguém ignora o relevo que estas normas possuem no plano dos contratos mercantis, aos quais são directamente aplicáveis na sua esmagadora maioria, incluindo, entre tantas outras, as leis sobre os contratos negociados fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), sobre os contratos de compra e venda de bens de consumo (Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril), sobre os contratos electrónicos (arts. 24.º e segs. do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro), sobre práticas comerciais desleais (Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março) ou sobre os contratos de crédito ao consumo (Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho).<sup>102</sup>

### §3 *Seu Alcance*

#### 1. Os Contratos Comerciais como Categoria Autónoma

I. Esta renovada importância da problemática jurídica dos contratos mercantis deve, todavia, ser matizada por algumas precisões complementares relativamente ao real alcance da especificidade da contratação mercantil no quadro da contratação privada em geral.

---

<sup>102</sup> Pense-se assim, por exemplo, no *direito de desistência* ou de arrependimento (“Widerrufsrecht”, “withdrawal right”, “droit de répentir”, “derecho al desistimiento”), consistente na faculdade que a lei concede ao consumidor de, em prazo determinado e mediante mera declaração unilateral e discricionária, se desvincular dos contratos concluídos: tal direito, que constitui um denominador comum da referida disciplina (v.g., art. 17.º da LCC, arts. 6.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), acaba por conformar decisivamente o regime da extinção dos contratos mercantis, reduzindo drasticamente o alcance do princípio geral civilístico “pacta sunt servanda” neste domínio. Cf. *infra* Parte II, Cap. V, §4, 3.

Os contratos comerciais constituem hoje, sem dúvida, uma *categoria autónoma* ou classe “*sui generis*” de contratos. Essa autonomia é formal – mormente, atenta a consagração legislativa de um elenco próprio e extenso de “contratos especiais de comércio” (arts. 96.º a 484.º do CCom) –, mas também substancial – sobretudo tendo em conta o crescimento exponencial das figuras contratuais mercantis, o seu relevo central no quadro da “*praxis*” contratual contemporânea, a densidade e a complexidade do respectivo quadro regulatório, bem assim como o actual recentramento do paradigma normativo e operativo de tais contratos em torno da empresa.<sup>103</sup>

II. Mas tal não significa dizer que os contratos comerciais representem um *tipo contratual em sentido próprio* – já que não lhes corresponde um modelo regulativo típico e uniforme (constituindo antes uma categoria que abrange tipos, v.g., contrato de seguro, e até subtipos contratuais, v.g., contrato de compra e venda mercantil) –, nem sequer uma *categoria contratual absolutamente estanque* – muitos contratos podem ser civis ou comerciais (ou até mistos), consoante o “*status*” das partes que neles intervem e as finalidades económicas subjacentes à sua realização (basta pensar em vários contratos consagrados simultaneamente

---

<sup>103</sup> A doutrina estrangeira divide-se quanto à qualificação dos contratos comerciais como uma categoria autónoma. Num sentido afirmativo, entre muitos outros, vide ANGELICI, Carlo, *La Contrattazione d'Impresa*, 187, in: AAVV, “L'Impresa”, 183-201, Giuffrè, Milano, 1985; BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d'Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 171 e segs., Giuffrè, Milano, 2000; DALMARTELLO, Arturo, *I Contratti delle Imprese Commerciali*, 292 e segs., Cedam, Padova, 1962; LLANOS, L. Suárez, *Bases para una Ordenación del Derecho de la Contratación Mercantil*, in: AAVV, “Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil”, 283-305, Civitas, Madrid, 1979; OPPO, Giorgio, *Note sulla Contrattazione d'Impresa*, in: XLI RDC (1995), 629-640; RICO, J. Cano/ MALLOL, A. Serra, *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, tomo I, 40, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1987; num sentido negativo, DUTILLEUL, F. Collart/ DELEBECQUE, Philippe, *Contrats Civils et Commerciaux*, 22, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1998; GALGANO, Francesco, *I Contratti di Impresa. I Titoli di Credito. Il Fallimento*, I, Zanichelli, Bologna, 1980.

no CCivil e no CCom, que poderão ser civis ou comerciais consoante as circunstâncias).<sup>104</sup>

## 2. Um Regime Jurídico da Contratação Mercantil?

I. Além disso, também se nos afigura ganhar hoje corpo e consistência aquilo que poderíamos denominar de um embrionário regime jurídico da *contratação mercantil*.

Com efeito, mercê das diversas metamorfoses jurídicas e económicas ocorridas nos finais do séc. XX, atrás referidas (complexificação das fontes nacionais e internacionais dos contratos mercantis, uniformização normativa europeia e internacional, emergência da problemática do consumidor, incessante renovação dos modelos contratuais pelos “mercatores”)<sup>105</sup>, é hoje possível identificar um conjunto de indícios normativos e extranormativos que, conferindo uma unidade e homogeneidade crescente às figuras contratuais conexas ou pertinentes à actividade empresarial, se distanciam em maior ou menor grau do direito comum dos contratos. Como melhor será visto detidamente na Parte II desta obra, são hoje abundantes e em número sempre crescente as normas legais que consagram uma disciplina jurídica especial em matéria da contratação empresarial: tais normas vão desde a *fase pré-contratual* – designadamente, em sede dos acordos pré-contratuais, de natureza contratual (“maxime”, os chamados “pré-contratos mercantis” e os contratos mercantis complementares) e não

---

<sup>104</sup> Como notam Georges RIPERT e René ROBLLOT, “em rigor, não existem contratos comerciais: um contrato será civil ou comercial consoante as pessoas que os celebram e os objectivos que estas pretendem atingir” (*Traité de Droit Commercial*, tome II, 570. 14<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris, 1994). Sublinhando também este aspecto, vide DUTILLEUL, F. Collart/ DELEBECQUE, Philippe, *Contrats Civils et Commerciaux*, 21. 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004; LASTRES, J. García-Pita, *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, 344, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003.

<sup>105</sup> Cf. *supra* Parte I, Cap. V, §1.

contratual (“maxime”, cartas de intenção), e dos deveres pré-contratuais, mormente de natureza informativa e publicitária –, passam pelo regime da *formação* – com particular destaque para os modelos de contratação alternativos (v.g., contratação conjunta, cruzada, de facto, etc.) ou especiais (v.g., contratação à distância, automática, electrónica, etc.) em face do modelo legal clássico, além de outras importantes especialidades (v.g., forma, prova, língua) – e do *conteúdo* dos contratos comerciais – onde ressalta o controlo estabelecido sobre os termos contratuais, através de limitações de ordem geral (“maxime”, as cláusulas contratuais gerais) e específica (v.g., abuso de dependência económica, contratos comerciais “ditados”) –, para terminar no plano dos respectivos *efeitos* – incluindo matérias tão diversas e relevantes quanto as obrigações mercantis (v.g., solidariedade passiva, juros, mora, prescrição), e o cumprimento e incumprimento contratual (v.g., o conceito de conformidade com o contrato, o regime especial em matéria de incumprimento temporário de obrigações pecuniárias emergentes de contratos comerciais, ou os novos horizontes do cumprimento defeituoso nas cadeias contratuais de distribuição comercial) – e das respectivas *transmissão, modificação e extinção* – onde se destacam as regras específicas em matéria da cessão dos contratos exploracionais das empresas, as cláusulas em matéria de adaptação e modificação superveniente dos contratos mercantis, além de especialidades várias no caso da sua cessação.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> No mesmo sentido, Angelo LUMINOSO: “Na verdade, um exame sem preconceitos da actual legislação permite a identificação de uma série de características gerais comuns aos contratos de empresa, as quais não constituem senão o reflexo das exigências próprias da actividade empresarial” (*La Contrattazione d’Impresa*, 540, in: AAVV, “Istituzione di Diritto Commerciale”, 527-626, Giappichelli, Torino, 2003); ou Rodrigo URÍA/ Aurelio MENÉNDEZ/ Mercedes VÉRGEZ: “As novas circunstâncias em que se desenvolve o moderno direito da contratação mercantil determinam uma série de especialidades cujo regime jurídico excede consideravelmente os limites dentro dos quais foram regulados no velho Código Comercial as particularidades próprias dos contratos e obrigações comerciais” (*Especialidades de la Contratación Mercantil*, 55, in: AAVV, “Curso de Derecho Mercantil”, tomo II, 55-92, 2.ª edición, Thomson/Civitas, Madrid, 2007).

II. Uma vez mais, *tal não significa afirmar a existência “hic et nunc” de um direito da contratação mercantil*, como ramo jurídico acabado e independente da contratação civil.

Na realidade, a referida disciplina especial, antes que representar uma espécie de “parte geral” uniforme e reguladora de todo e qualquer contrato mercantil, é composta por diversos *conjuntos normativos de aplicação sectorial*, isto é, cuja aplicação se circunscreve a grupos ou feixes de contratos mercantis que são específicos de determinados domínios merceológicos (v.g., contratos bancários, contratos financeiros, contratos de seguro, contratos de transporte)<sup>107</sup>. Por outro lado, semelhante disciplina especial, conquanto possuindo tendencialmente na empresa o seu princípio energético e centro de gravidade regulatório, *não se aplica exclusivamente aos contratos de empresa*, nem é impregnada unicamente (ou, por vezes até, primacialmente) por interesses de cariz empresarial: como veremos, são diversas as normas que, fixando um regime particular em matéria da formação, conteúdo e efeitos dos contratos comerciais, possuem um âmbito de aplicação, a um tempo, mais lato (v.g., as normas reguladoras dos contratos de consumo que tenham como contraparte um “profissional” não empresário) e menos lato (v.g., as normas reguladoras de alguns contratos mercantis acessórios ou instrumentais previstos no CCom, que vão referidos à figura mais restrita do “comerciante”) do que os contratos de empresa. Finalmente, a disciplina especial a seguir estudada não conhece ainda uma aplicação transversal a toda a “praxis” da contratação mercantil moderna, tendo tido a sua génese histórica e possuindo ainda hoje o seu terreno de

---

<sup>107</sup> Identicamente, Guido ALPA, que sublinha que “a categoria dos contratos comerciais não implica necessariamente a existência de regras comuns aplicáveis a todos os contratos a ela pertencentes: uma análise da legislação especial revela que tais regras se aplicam antes a subsectores nos quais a categoria pode ser dividida” (“*Commercial Contracts*”: *Freedom, Practice and Rules in Italian Law*, 1556, in: XXVI EBLR (2005), 1555-1574).

eleição em duas áreas fundamentais – a *contratação mercantil internacional* e a *contratação mercantil em massa*: evidentemente, a força gravitacional destes dois domínios nucleares, tanto em termos económicos como jurídicos, atribui à respectiva disciplina uma natural vocação expansiva, contribuindo para a transformar em modelo regulatório futuro dos demais sectores residuais da contratação mercantil (“maxime”, pequena contratação mercantil doméstica ou local).<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Naturalmente, semelhantes limitações poderão encontrar na *analogia* um relevante instrumento de extensão e integração da situação jurídico-positiva vigente, aperfeiçoando e completando este embrião de um direito da contratação mercantil. Sobre o sentido e alcance deste instrumento metodológico no Direito Comercial, vide ANTUNES, J. Engrácia, *A Analogia no Direito Comercial*, em curso de publicação.