

A (DES) CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL PORTUGUÊS
CONTRIBUTO PARA A REFLEXÃO PRÉVIA
A UMA NECESSÁRIA REFORMA LEGISLATIVA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JOÃO ANTÓNIO BAHIA
DE ALMEIDA GARRETT



João António Bahia de Almeida Garrett

A (DES) CODIFICAÇÃO DO DIREITO
COMERCIAL PORTUGUÊS
CONTRIBUTO PARA A REFLEXÃO PRÉVIA A UMA
NECESSÁRIA REFORMA LEGISLATIVA

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo Ciências Jurídico-
Empresariais, orientada por Professor Doutor António Pinto
Monteiro e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Abril de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A meus Pais
(“... já não estão onde estavam,
estão onde nós estamos.”)

Para a Nucha,
Come prima, Più di prima...

Índice

Abreviaturas

Resumo

Abstract

Apresentação

PARTE I – Origens, experiências e sentido actual da codificação comercial

Capítulo I – O problema da codificação do direito

§ 1º - A ideia e a função da codificação

§ 2º - A “idade da descodificação”

§ 3º - O tempo da recodificação?

Capítulo II – Origens da codificação do direito comercial

§ 1º - O *Code de commerce*

§ 2º - A sua longa progénie

§3º - A codificação comercial na Alemanha

1. O *Allgemeines Preußisches Landrecht* (ALR) de 1794

2. O *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) de 1861

3. O *Handelsgesetzbuch* (HGB) de 1897

4. As grandes linhas de evolução do sistema comercial alemão

§4º - Conclusão

Capítulo III – Um outro olhar: a experiência anglo-saxónica

§ 1º - O direito inglês

1. Formação e evolução histórica

2. Fontes

3. Características gerais

§ 2º - Principais diferenças do direito norte-americano

1. Constituição e sistema político

2. Precedente judicial

3. Codificação

4. Sistema de designação dos juízes

5. O júri e a orientação *proplaintiff*

6. Serviços e profissões jurídicas

7. Formação jurídica e o papel da universidade

8. Proximidade ao *civil law*

§ 3º - Codificação

§ 4º - Aproximação ao *civil law*

1. Em geral
2. No direito comercial

Capítulo IV – Sentido actual da codificação do direito comercial

§ 1º - Os direitos das grandes economias

1. Direito alemão
2. Direito canadiano
3. Direito norte-americano
4. Direito francês
5. Direito italiano
6. Direito japonês
7. Direito do Reino Unido
8. Direito chinês
9. Direito russo

§ 2º - A situação no mundo hispano-americano

1. Direito espanhol
2. Direito argentino
3. Direito boliviano
4. Direito paraguaio
5. Direito uruguaio
6. Direito venezuelano

§ 3º - A situação nos países lusófonos

1. Direito brasileiro
2. Direito moçambicano

§ 4º - Outras experiências: os casos da Áustria, da Holanda e da Ucrânia

1. Direito austríaco
2. Direito holandês
3. Direito ucraniano

§ 5º - As grandes linhas da codificação comercial na actualidade

PARTE II – O direito comercial português

Capítulo I – O estado da legislação comercial

§ 1º - Breve recapitulação do período de formação do nosso direito comercial

§ 2º - A codificação

1. Enquadramento histórico e económico
2. O Código Comercial de 1833
3. O Código Comercial de 1888
4. O processo comercial

§ 3º - O século XX português e o direito comercial

1. Quadro económico e político
2. A reforma do direito privado

3. A legislação mercantil avulsa
4. As normas materialmente comerciais do Código Civil
5. A evolução substancial do direito comercial: as grandes linhas, as grandes conquistas

§ 4º - Problemas do sistema jurídico-mercantil

1. Problemas que decorrem da dispersão formal das suas normas
2. Problemas resultantes da definição da “bússola do sistema”

Capítulo II – Revisitando o problema da autonomia do direito comercial

§ 1º - Os termos do problema

1. As posições unificadoras
2. As posições autonomistas

§ 2º - Especialização e generalização. Relativização do problema

§ 3ª – Que autonomia?

Capítulo III – Perspectivas de evolução

§ 1º - Posicionamento do direito comercial

§ 2º - A estrutura do sistema

§ 3º - A bússola do sistema

1. A teoria dos actos de comércio e a sua superação
2. Em busca de um novo norte: os contratos comerciais
3. Em busca de um novo norte: o crédito
4. Em busca de um novo norte: o mercado
5. Em busca de um novo norte: a empresa

§ 4º - Para um novo recorte da *matéria mercantil*

1. Questões que suscitam a ponderação de alterações no plano da substância
2. Questões que suscitam a ponderação de alterações de localização sistemática

Capítulo IV – Um novo Código Comercial?

§ 1º - Da (im)possibilidade de elaborar hoje um Código Comercial

§ 2º - Pressupostos de um processo de (re)codificação

1. Necessidade, possibilidade, oportunidade
2. Técnica de redacção
3. Compromisso político

Conclusões

Nota final

Bibliografia

Jurisprudência

- Do *civil law*
- Do *common law* (*Table of Cases*)

Outras fontes

Abreviaturas

- ABA – American Bar Association (<http://www.americanbar.org/aba.html>)
- ACE – Agrupamento Complementar de Empresas (Lei 4/73, de 4 de Junho; DL 430/73, de 25 de Agosto)
- AEIE – Agrupamento Europeu de Interesse Económico (R (CEE) 2137/85, de 25 de Julho; DL 148/90, de 9 de Maio; DL 1/91, de 5 de Janeiro)
- AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español
(http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=H_2013_ANUARI_O_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%DIOL)
- ALEC – American Legislative Exchange Council (<http://www.alec.org/>)
- ALI – American Law Institute (<http://www.ali.org/>)
- ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (<http://www.asae.pt/>)
- BCE – Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>)
- CC – Código Civil (DL 47344, de 25 de Novembro de 1966)
- CCI – Câmara de Comércio Internacional (<http://www.iccwbo.org/>)
- CDC – Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990)
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL 53/2004, de 18 de Março)
- CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)
- CP – Código Penal (DL n.º 48/95, de 15 de Março)
- CPC – Código do Processo Civil (Lei 41/2013, de 26 de Junho)
- CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (DL 132/93, de 23 de Abril)
- CPI – Código da Propriedade Industrial (DL n.º 36/2003, de 5 de Março)
- CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (<http://www.cplp.org/>)
- CRC – Código do Registo Comercial (DL 403/86, de 3 de Dezembro)
- CSC – Código das Sociedades Comerciais (DL 262/86, de 2 de Setembro)
- CT – Código do Trabalho (Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro)
- CVM – Código dos Valores Mobiliários (DL n.º 486/99, de 13 de Novembro)
- DR – Diário da República Portuguesa
- EFTA – European Free Trade Association
- EIRL – Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada (DL 248/86, de 25 de Agosto)
- GmbHG - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
(<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gmbhg/gesamt.pdf>)
- HGB – Handelsgesetzbuch

(<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>)

IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

INA – Instituto Nacional de Administração

LAV- Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)

LDC – Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho)

LSA – Lei das Sociedades Anónimas do Brasil

LSC – Lei das Sociedades Comerciais de Angola

LSU – Lei das Sociedades Unipessoais de Angola

NATO – North Atlantic Treaty Organization

NCCUSL – US National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
(<http://www.uniformlaws.org/>)

NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano (Lei 6/2006, de 27 de Fevereiro)

OCDE – Organização de Cooperação Para o Desenvolvimento Económico

OECE - Organização Europeia de Cooperação Económica

OMC – Organização Mundial de Comércio

POLIS – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1983-1987

RAU – Regime do Arrendamento Urbano (DL 321-B/90, de 15 de Outubro)

RCCG – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (DL 446/85, de 25 de Outubro)

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais (Almedina, Coimbra)

RED – Revista Electrónica de Direito (CIJE - Faculdade de Direito da Universidade do Porto - www.cije.up.pt/revistared)

RFDP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Coimbra Editora)

RFDUSP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
(<http://www.revistas.usp.br/rfdusp>)

RGES – Regime Geral das Empresas Seguradoras (DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril)

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro)

RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) - <http://www.idb-fdul.com/>

RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado) - <http://cidp.pt/revistas/rjlb/2015>

RJOI - La Revue Juridique de l'Océan Indien (<http://www.rjoi.fr>)

RJSPE – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial (DL n.º 133/2013, de 3 de Outubro)

RJUAM – Revista Juridica de la Universidad Autonoma de Madrid
(<http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=16781>)

RJUPT - Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
(www.upt.pt)

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência (Coimbra Editora, Coimbra)

RNPC – Registo Nacional de Pessoas Colectivas (DL 129/98, de 13 de Maio)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados (www.oa.pt)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça português

SUPQ – Sociedade Unipessoal por Quotas (CSC, arts. 270º-A a 270º-G)

THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

TSFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm)

Resumo

O presente estudo tem como objectivo contribuir para uma reflexão sobre o direito comercial português actual, não pelo prisma de perspectivas parcelares que mais têm preocupado os seus cultores, mas numa visão de conjunto, como *sistema*.

Sendo manifesta, nessa óptica, a heterodoxia com que este ramo de direito se nos apresenta, com um código oitocentista esvaziado e descaracterizado a par de outros códigos e leis consolidantes sectoriais, a que acrescem normas integradas no Código Civil e em abundantes leis avulsas, não faltando sinais de desorientação quanto a questões fundamentais como a delimitação do seu objecto, procura-se seguir esta sua evolução à luz dos fenómenos da *codificação* e da *descodificação*, em que foi pioneiro.

Assim, na primeira parte recorda-se a codificação do direito - origens, razão de ser e significado -, assiste-se ao impacto da “idade da descodificação” e a um certo retorno à ideia codificatória, quer em geral quer no que ao direito comercial especificamente respeita. E, do mesmo passo, surpreende-se um movimento confluyente na família jurídica anglo-saxónica, em que a necessidade de facilitar o comércio entre os estados de uma união americana à escala continental, a influência do direito da União Europeia, a complexidade resultante da exposição global e o anseio de segurança jurídica trouxeram para a ordem do dia o problema da codificação do direito.

Procura-se também, numa visão alargada, o sentido actual da codificação do direito comercial nos direitos das grandes economias, dos países hispano-americanos e do mundo lusófono, a que acrescem as experiências particulares da Áustria, Holanda e Ucrânia, tornando-se visíveis algumas linhas de força inspiradoras: - renovado apelo à codificação, tanto no direito comercial como no civil, reconduzindo-se certas matérias, descodificadas ou originariamente avulsas, aos códigos, antigos ou novos; - revitalização da dualidade de códigos civil e comercial, com os códigos macaense e moçambicano e os projectos espanhol e brasileiro; - posicionamento do direito comercial como direito privado especial; - a ideia de *polissistema* como modo de enquadrar a inelutável dispersão formal das normas jurídicas mercantis; - superação da teoria dos actos de comércio e sua substituição pela visão da empresa como elemento aglutinador da matéria mercantil; abandono da jurisdição comercial como jurisdição de classe mas tendência para a criação de tribunais de competência especializada que incluem matérias tradicionalmente qualificadas como mercantis.

Na segunda parte, foca-se em especial o direito comercial português cujo percurso se acompanha desde o período de formação até à actualidade, tanto no plano formal como substancial, procurando evidenciar-se os principais problemas que o afectam: fragmentariedade e obsolescência do seu critério base.

Recorda-se o debate sobre a sua autonomia relativamente ao direito civil, concluindo-se pela perda de importância do tema na actualidade.

Perspectiva-se a evolução futura do nosso direito comercial, quanto ao posicionamento no mundo do direito, à sua estrutura sistemática, ao critério que o define e aglutina os diversos componentes que o integram, a um novo recorte da *matéria mercantil*.

E conclui-se pela possibilidade (e desejabilidade) de elaborar hoje, de novo, um código comercial, desde que preenchidos os que parecem ser os pressupostos de tal empreendimento.

Abstract

This essay aims to fuel the discussion on the current status of the portuguese commercial law considered as a whole, as a *system*, not in particular subject matters as it is usually taken.

View as such, this branch of the portuguese law appears as nothing less than anomalous, spread through an over aged nineteenth century code, new sector codes or consolidations, rules included in the Civil Code and in countless standalone laws; and, as a result of this, there are misleading signs about fundamental issues as the proper understanding of its object.

Thus, we attempt to understand its evolution against the phenomena of *codification* and *de-codification* in which commercial law pioneered.

Part I elaborates on the issues of law codification, recalling its origins and meaning, widespread de-codification and a return to the codification idea in the law in general and specifically in the commercial law field. And at same time detects a similar movement in the common law world in which the needs of interstate trading in the US, the influence of the European Union law in the UK and the globalization demands and the search for legal certainty in both stressed the idea of law codification.

And a larger view is also tested, targeting the actual meaning of codification in the law of the world largest economies, Spanish American countries and Portuguese speaking countries, and also referring to the Austrian, Dutch and Ukrainian experiences, resulting in some inspiring guidelines: - the codification, either in the civil law or in the commercial law, is up to the front line, with de-codified or standalone matters being inserted in old or new codes; - new commercial codes separated from the civil codes appeared in Macau and Mozambique and new projects are underway in Spain and Brazil; - the unavoidable lack of unity of commercial law is being modeled in the way of IRTI's *polisystem*; - the commercial acts theory was superseded by the consideration of the enterprise as the basic criterion to define the commercial law; - commercial courts were abandoned as special jurisdiction but there is a clear trend to create specialized courts also in areas traditionally qualified as commercial.

Part II studies specifically the portuguese commercial law from the very first beginning to our days, encompassing formal and substantial aspects, and revealing its major weaknesses: lack of systematic unity and an outdated defining criterion.

The longstanding discussion on its autonomy regarding the civil law is briefly revisited leading to the conclusion of its current lack of interest.

The future evolution of our commercial law is anticipated in relevant matters like its place in the legal system, internal structure, basic criterion, definition of its object.

And finally reaches the conclusion that a new commercial code would be possible (and desirable) provided the identified preconditions are met.

Apresentação

*“Law, like friendship, has
to be constantly cultivated and regularly
renewed.”*

Roy Goode¹

Tradicionalmente distinguido pelo seu carácter de pioneirismo e inovação, o direito comercial repousa, entre nós, sobre um código de 1888, único sobrevivente desse tempo antigo. Entretanto, muitas voltas deu o mundo e, com ele, a economia, a sociedade e o próprio direito.

O século XX consumou a reforma do direito civil no termo de um processo de mais de vinte anos; mas, apesar de ter apontado também a preparação de novos rumos para o direito mercantil, tudo parece ter ficado na mesma.

Mas não ficou:² mantendo-se embora em vigor, o velho Código Comercial continuou sendo sucessiva e insistentemente truncado, apesar da tentativa premonitória do legislador-autor para o evitar,³ pela revogação de partes inteiras substituídas por legislação avulsa, que comporta hoje, ao lado de diplomas menores, as matrizes das “jovens e promissoras disciplinas autónomas”.⁴ E tão longe se levou esta “técnica” que o “código” se reduz, em nossos dias, a “farrapos esparsos de normas, de importâncias diferentes”,⁵ relativas às disposições gerais ou noções fundamentais - concepção do direito comercial, actos de comércio, comerciantes, empresa (?) -, aos princípios gerais em matéria de contratos comerciais e à disciplina de uns poucos destes contratos, para além de uma parte do direito marítimo.

E, neste processo, não só se desfigurou formalmente o código como se alteraram substancialmente muitas das suas linhas de força: sirva de exemplo a “liberdade de comércio”, tão cara à sua filiação objectiva quanto enclausurada nas malhas da regulamentação, essencialmente administrativa, do acesso e exercício de numerosas actividades económicas.

¹ GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, Sweet & Maxwell, London, 1998, pág. 100.

² Nem poderia ter ficado, mesmo que o legislador não tivesse feito rigorosamente nada: “*Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralização no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção.*” (CARVALHO, Orlando de, *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 1968-69, pág. 42.

³ No art. 4º da Carta de Lei de 28 de Junho de 1888. Considerando que o art. 4º da Carta de Lei legitima “as leis revogatórias e substitutivas do CCom.”, “desde que conservadoras de especialidade comercial”, COSTA, Ricardo, *O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial*, AA.VV., Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 127; o legislador do Código Comercial teria, assim, previsto e autorizado a sua própria descodificação, o que não parece verosímil – esta norma, segundo julgamos, pretendia justamente evitar essa prática no futuro, reconduzindo-se ao “lugar próprio” do código as alterações que viessem a surgir (cfr., neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 106).

⁴ CORDEIRO, António Menezes, cit., pág. 175.

⁵ FURTADO, J. Pinto, *Disposições Gerais do Código Comercial*, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 5.

Parecendo irreversível (e desejável) a fragmentação em razão da matéria (desde logo pelas crescentes complexidade e necessidade de especialização sectorial), está por reequacionar o direito comercial como *sistema*: o que significa, sem dúvida, interrogarmo-nos sobre o modelo preferível para a arrumação formal das suas normas, mas também, para lá disso, sobre o que deve constituir o seu núcleo e de que modo dele deverão irradiar os demais componentes. E assim olhado, o direito comercial, com as suas fundas raízes no tempo, oferece-se-nos como um magnífico campo de experiências, quer do ponto de vista formal-sistemático quer no tratamento dogmático dos instrumentos diuturnamente gerados na prática mercantil.⁶

Ao abraçar este projecto de investigação e reflexão, partimos da formulação do que consideramos serem as grandes questões que aqui se põem: - (Re)codificação do nosso Direito Comercial? A fazer-se, no Código Civil ou num novo Código Comercial? Ainda se justifica a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil? Justificando-se, essa autonomia exigirá um código próprio? Que partes integra e como se aglutina a *matéria mercantil*? Deverá manter-se a designação Direito Comercial ou deverá ser substituída por outra que melhor exprima o elemento aglutinador escolhido – por exemplo, “Direito da Empresa” ou “Direito Empresarial”, à brasileira?

Questões que pressupõem a resposta a uma outra: será mesmo necessária (ou sequer conveniente) uma reforma global da legislação comercial?⁷

Seria tentador concluir com uma proposta concreta de reforma; mas, à clara consciência das nossas próprias limitações⁸ soma-se a convicção, que partilhamos, de que “não há razão para que uma tese de doutoramento em Direito tenha de ser como um Manual de Instruções”.⁹ Deus permita que, no nosso caso, não sendo minuciosa, possa não ser entediante.

⁶ Prática que continua a surpreender-nos com novos esquemas destinados a satisfazer as necessidades de cada momento: ontem o *leasing* e as interrogações que colocou à nossa doutrina (PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Uma nova modalidade jurídica de financiamento industrial: o 'leasing'*, RDES, Ano XII, Nº 4, Outubro-Dezembro 1965, pp. 103-110), hoje, por exemplo, o *crowdfunding* (<http://www.europecrowdfunding.org/>; <http://www.sec.gov/rules/proposed/2013/33-9470.pdf> - acesso em 9.09.2014) e um novo impulso, pela sua crescente generalização aos consumidores, do *sale and leaseback*, *imobiliário e mobiliário*. Cfr. CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva ("lease-back") no direito português*, ROA 1982 (Ano 42), III, págs. 775-793; SILVA, João Calvão da, *Locação financeira e garantia bancária*, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1999, pág. 12, nota 3; FERREIRA, Nuno Manuel Basto Silva, *A Locação Financeira Restitutiva*, Universidade do Minho, 2012 (Dissertação de Mestrado), <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20817/1/Nuno%20Manuel%20Basto%20Silva%20Ferreira.pdf> (acesso em 27.05.2015).

⁷ Não esquecendo que “*Le jurisconsulte dans son cabinet ne doit viser qu'à la perfection. Un ministre, qui trouve sur son chemin toutes les passions et tous les préjugés, ne peut aspirer qu'au mieux possible.*” (DUMONT, Ét., *Oeuvres de Jérémie Bentham, Jurisconsulte Anglais, Tome Troisième - De l'Organisation Judiciaire et de la Codification*, Troisième Édition, Société Belge de Librairie – Hauman et Ce., Bruxelles, 1840, pág. 93, col. direita); ou que à “ousadia do escritor” se contrapõe o “escrúpulo do legislador” (BORGES, José Ferreira, *A Sua Magestade Imperial o Senhor D. Pedro Duque de Bragança*, Código Commercial Portuguez, Lisboa, Imprensa Nacional, 1833).

⁸ Para além de tudo o mais – e muito é – porque “the more one actually explores a subject, actually gets into it, the more complex or even mysterious it appears” (KLINCK, Dennis R., *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, Surrey, 2010, pág. vii).

⁹ “Minuciosa e entediante”: CALVETE, Victor, M. C. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, 1335 pp. (Recensão), BCE LI (2008), pág. 269.

Escrevemos, propositadamente, o texto segundo as regras ortográficas anteriores ao último Acordo Ortográfico, não tanto por “opção individual por determinada maneira de escrever” ou para forçar o exercício de um *direito à indignação* ou à *resistência*, mas pela partilha da ideia da unidade da língua como factor de “aglutinação da identidade” e, conseqüentemente, de unidade da ampla comunidade lusófona, que o actual Acordo, na forma e conteúdo, veio desnecessariamente afrontar.¹⁰

Durante o nosso já longo percurso pessoal, escolar e profissional tornámo-nos devedores de tantos e tão valiosos estímulos, conselhos e ajudas que “somos tentados a chamar-lhes nossos, de tão habituados a contar com eles.” É este o momento de os lembrar e agradecer, em especial: ao Professor Doutor Amílcar Mesquita, a inquebrantável amizade e exemplo de vida; aos Professores Doutores Camilo Cimourdain de Oliveira e Alexandrino de Melo e Silva, a confiança demonstrada na atribuição das nossas primeiras responsabilidades docentes na Universidade Livre do Porto; ao Professor Doutor António Pinto Monteiro, a honra que nos deu ao aceitar a orientação da tese e a inestimável compreensão, ajuda e estímulo; ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, a amizade e a oportunidade ímpar de enriquecimento pessoal, cultural e científico que o convívio e a colaboração docente na Universidade Portucalense para nós representou; ao Dr. António Martins de Almeida, a amizade, apoio e convívio estimulante que o seu espírito elevado e culto nos vem, de há muito, oferecendo; à Doutora Fernanda Rebelo e à Dra. Bárbara Magalhães, a colaboração leal e interessada com que sempre nos distinguiram; à Dra. Marta Santos Silva, o cuidado e empenho amigo que pôs na troca de impressões e nas sugestões que, apesar da distância geográfica, nos foi dirigindo; ao Professor Doutor Mário Reis Marques, a alegria intelectual e espiritual que nos proporcionou no Seminário Codificação e Cultura Jurídica do curso de doutoramento de 2011/2012; e aos nossos Colegas do curso de doutoramento, na sua grande maioria juristas brasileiros, pelo seu modo de estar na vida e de encarar os seus múltiplos e renovados problemas.

¹⁰ MOURA, Vasco Graça, *Acordo Ortográfico: a perspectiva do desastre*, Alêtheia Editores, Lisboa, 2008. De notar que Angola e Moçambique, tanto quanto sabemos, ainda não ratificaram o Acordo (sendo que a maioria dos outros Estados membros da CPLP – com excepção de Portugal e Brasil - ainda não definiram data para a sua efectiva aplicação), por um lado, e, por outro, a ligeireza com que um tema cultural, histórico, político e económico desta magnitude tem sido tratado entre nós, uma vez mais agindo, porventura inconscientemente, como *colonizadores colonizados* pelos interesses geopolíticos e empresariais brasileiros (cfr., quanto à elucidativa história da atitude das autoridades brasileiras neste processo, <http://www.portaldalinguaportuguesa.org/acordo.php> - acesso em 17.05.2015). E ainda que a unidade só pode construir-se na base da pluralidade: *e pluribus unum!*

PARTE I

Origens, experiências e sentido actual da codificação comercial

Capítulo I – O problema da codificação do direito

Toute entreprise de codification, pour réussir, requiert trois conditions: un moment favorable, des juristes de talent, une volonté politique.

Catherine Delplanque¹¹

§ 1º - A ideia e a função da codificação

Apesar de alguns ensaios setecentistas,¹² e mesmo seiscentistas,¹³ o início da codificação do direito é geralmente referido ao *Code Civil des Français* de 1804.^{14 15} Mas nem este nem aquela são, ao contrário do que poderia supor-se, meros produtos revolucionários.

¹¹ *Origine, signification et portée du Code civil en France*, Association française pour l’histoire de la justice / Juillet 2004, pág. 2 (<http://www.afhj.fr/ressources/code-civil.pdf> - acesso em 1.05.2014).

¹² São os casos do Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, de 1756, do Código da Prússia de 1794 – Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR) – e dos códigos austríacos setecentistas – Codex Theresianus, de 1776, que não veio a ser promulgado, e Westgalizisches Gesetzbuch, de 1797. Com base nestes trabalhos de codificação, veio a ser elaborado e promulgado o Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich (1811) [que também aparece referido como ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen erbländer der österreichischen Monarchie (Código civil geral para todos os territórios alemães hereditários da Monarquia austríaca): cfr. WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, trad. port. da 2ª edição (1967) de A. M. Botelho Hespanha, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, pág. 383], o código civil austríaco que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1812 e cujo valor e qualidade nada ficaram a dever ao código francês que, ao contrário do que viria a acontecer com os códigos civis de numerosos países, não exerceu grande influência no código austríaco (MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, BFD XXIX, Suplemento, 1986, págs. 138 e ss.; sobre a modernidade do Código Austríaco de 1811, CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, págs. 74 e ss.). Referindo-se a estas primeiras codificações pré-revolucionárias, este último Autor sublinha a aliança de facto, embora contranatura, entre o monarca absoluto (agora, príncipe esclarecido) e os filósofos iluministas: aquele pretendendo firmar o seu poder através da dupla exclusividade do direito de legislar (que só à Coroa pertencia) e da lei como fonte única do novo direito (suprimindo as outras fontes, em particular o costume, que proporcionavam liberdade de acção aos doutores, juízes e advogados, por um lado, e, por outro, eram portadores de ambições inoportunas, como as expressas nos direitos e privilégios locais tradicionais); os segundos, que procuravam a emancipação social também por meio de um direito novo, liberto das amarras do passado, acessível, certo, previsível, seguro, prescindindo da álea inerente à *auctoritas* e à tradição – assim se conjugando a *alma estatista* e a *alma garantista* da primeira codificação. Só que este projecto, concebido e impulsionado pela intuição e reflexão de homens cultos, não pôde concretizar-se antes que a sociedade a que se dirigia atingisse, pelo menos na superfície, um grau de homogeneidade que permitisse um direito único, de fonte considerada legítima por novos cânones, materialmente completo e exclusivo, para todos os seus membros: codificação do direito e Antigo Regime sofriam, pois, de “incompatibilidade congénita” (Ob. cit., págs. 41 e ss.).

¹³ Houve uma “primeira manifestação precoce” no *Corpus juris reconcinatum* de LEIBNIZ, elaborado em 1672 mas que não passou de projecto (WIEACKER, Franz, cit., pág. 366).

¹⁴ Denominado a partir do decreto imperial de 3 de Setembro de 1807 por *Code Napoléon*, designação que se foi intercalando com a primitiva (Code civil) até 1870, data em que, com a Terceira República, assumiu definitivamente esta última denominação (MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2009, pág. 176 e nota 320).

¹⁵ Ver, sobre a consideração do Code Civil como primeiro código, citando Guilherme Moreira, JUSTO, A. Santos, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, BFD, 71, 1995, pág. 35. Cfr., todavia, infra, nota 43.

O movimento codificatório põe termo ao longo período do *ius commune*, assente no costume e nas opiniões dos doutores que, com o auxílio dos “Sagrados Cânones” e das “Leis Imperiais”, se assumiram como intérpretes revestidos de autoridade própria, mediadores de princípios e normas de múltiplas fontes, artífices laboriosos da complexa malha de uma ordem jurídica plural e base da resistência aos projectos do poder régio que, com a lei, pretendia rasgar as “grandes avenidas do futuro”.^{16 17}

E fá-lo com as marcas do pensamento jurídico iluminista: - no fundamento axiológico (o direito natural racionalista, “expressão da razão, que é comum a todos os homens”,¹⁸ de que se extraem, como verdades de tipo cartesiano, valores éticos absolutos);¹⁹ - na definição dos direitos fundamentais (direitos *originários* e *naturais* dos indivíduos, que são, antes de todos, os direitos de liberdade de consciência, de liberdade jurídica, económica e pessoal);²⁰ - na convicção de que ninguém está acima da lei, “mas sim esta acima de todos, reis e súbditos, como expressão da verdadeira soberania da razão e como mais alta função do Estado e do poder político”;²¹ - na concepção do direito positivo como expressão da vontade do legislador (voluntarismo jurídico); - na afirmação da ideia de sistema; - na substituição das fontes tradicionais (costume, doutrina e jurisprudência) pelo primado da lei: a lei, geral e abstracta (porque aplicável a todos), simples e clara, é preferível ao costume, “incerto e comprometido com o passado que urge transformar”,²² e ao velho critério doutrinal da *opinio communis doctorum*, também fonte de incerteza; - na afirmação da lei como instrumento de transformação social; - na rigidificação da jurisprudência: considerando que no acto interpretativo existe criação substancial (o que aponta para a exclusiva legitimidade da interpretação autêntica), restringe-se ao mínimo a liberdade do intérprete; - no reforço do elemento sistemático da interpretação (enquanto as leis não conseguirem reproduzir com perfeição a vontade do legislador, momento em que o problema da interpretação desaparecerá).²³

A “ideologia da codificação” é, assim, produto do jusracionalismo iluminista e do seu projecto para o direito que visa a criação de um ordenamento jurídico novo, ideal, perfeito e sem antinomias, em que a força (estadual) e as características da lei e o papel limitado e mecânico da sua aplicação judicial garantem a certeza e a segurança jurídicas.²⁴

Por isso os códigos modernos se distinguem das compilações de leis do período anterior, como é o caso das nossas Ordenações; é que, naqueles, não se trata apenas de uma arrumação formal de normas e institutos, acompanhada, aqui e além, de clarificações,

¹⁶ MARQUES, Mário Reis, ult. ob. cit., págs. 170 e ss.

¹⁷ Sublinhando a natureza do *jus commune* como um direito de juristas, à semelhança do direito romano clássico, juristas que “surgem assim não só como gestores de um complexo sistema de fontes, cuja elaboração e escalonamento se ficaram a dever à obra dos glosadores e comentadores, mas ainda como mediadores face ao equilíbrio social”, MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, cit., págs. 5-6.

¹⁸ MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, cit., pág. 173.

¹⁹ Idem, pág. 139.

²⁰ MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1º, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1955, pág. 201.

²¹ Idem, págs. 201-202.

²² JUSTO, A. Santos, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 48.

²³ MARQUES, Mário Reis, ult. ob. cit., págs. 139 e ss.

²⁴ Ibidem.

simplificações ou supressões²⁵ – é uma nova ordem e um novo direito que aí está:²⁶ na visão antropocêntrica, desde logo patente na sistemática adoptada, descrevendo “uma como que biografia do homem – [a] uma como que história do homem em acção”²⁷; no quadro das fontes do direito, reduzidas à lei;²⁸ ²⁹ na contingência de um direito natural subjectivado, ou direito racional, que passa a coincidir, pela fraqueza dos homens, com o direito legislado;³⁰ na sua afirmação como instrumento de transformação social.³¹

O *Code Civil* cumpre a sua função de consagrar um novo projecto social que, partindo da afirmação dos direitos originários e naturais do indivíduo, visa a criação, sobre os escombros da velha ordem confessadamente estratificada e desigual, de uma outra que proclama, de modo a deixar equívocos que se viriam a revelar dramáticos,³² a *liberdade*

²⁵ Com em geral se sabe, as Ordenações foram compilações de textos escritos provenientes das diversas fontes jurídicas da época - leis, costumes, concordatas, jurisprudência dos tribunais superiores e opiniões dos doutores (CAETANO, Marcello, *História do Direito Português (Sécs. XII-XVI)*, 4ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000, págs. 529 e ss., max. 537). Sobre a importância das Ordenações Afonsinas na hierarquização das fontes do direito, CURA, António A. Vieira, *O costume como fonte de direito em Portugal*, BFD 74 (1998), págs. 249-250. Para a diferença entre codificação e compilação, CORDEIRO, António Menezes, *Introdução à Edição Portuguesa*, CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012, págs. LXXXIV e ss.

²⁶ “Com o Code Civil des Français de 1804 dá-se um salto qualitativo na história da codificação. Assinalando o triunfo dos grupos burgueses e do liberalismo, transformando-se assim na ‘constituição civil da França’, o Code (...) exprime aqueles princípios que caracterizam a nova consciência jurídica”: o individualismo, o subjectivismo, o voluntarismo e o racionalismo, componentes intrínsecos da *constelação de representações burguesas*. (As transcrições são de MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, cit., págs. 132-133; a expressão *constelação de representações burguesas* é de SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito público e sociedade técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008, pág. 77.)

²⁷ CARVALHO, Orlando de, *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, cit., págs. 20-21. Visão antropocêntrica que viria a ser adoptada pelo nosso primeiro Código Civil (código que se inscreve, “com inegável altura”, na “linhagem dos grandes códigos civis de tradição antropocêntrica” iniciada pelo *Code Civil* de 1804: Idem, pág. 24), a que não são estranhas influências do pensamento jurídico português: mostrando o contributo da obra “emblemática” de VICENTE CARDOZO DA COSTA *Que he o código civil?* na visão antropocêntrica do Código de 1867, MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, cit., págs. 196 e ss.

²⁸ Sobre a conciliação operada pelo *Code Civil* das diversas tradições jurídicas francesas, incluindo os direitos que vinham dos costumes dos “pays de France”, ver MARTÍNEZ, Pedro Soares, *O Pensamento Filosófico de Portalis*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVII, N.ºs. 1 e 2, Coimbra Editora, 2006, pág. 11; e WIEACKER, Franz, cit., pág. 387, que descreve a situação do direito francês pré-revolucionário, com os *pays du droit coutumier* e *du droit écrit*, e a sua convergência (ou síntese) no *Code*, pela redução a escrito dos costumes e a sistematização do *mos gallicus* e de juristas como DOMAT e POTHIER. Cfr., também, MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit. pág. 136.

²⁹ Apesar de não conter uma parte geral relativa às fontes de direito e, portanto, não afirmar expressamente que a lei é a sua única fonte, o *Code Civil* está na origem da identificação do direito com a lei, através do contributo da chamada Escola da Exegese, que foi importantíssimo para o enorme êxito do código: JUSTO, A. Santos, *O Código de Napoleão...*, cit., págs. 34-35. Sobre a Escola da Exegese, seus pressupostos e postulados, ver NEVES, A. Castanheira, *Escola da Exegese*, Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, 2, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984, col. 1032-1046.

³⁰ MARTÍNEZ, Soares, *Filosofia do Direito*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 322.

³¹ Sobre o modelo antropocêntrico do *Code Civil* no quadro de um esquema social de afirmação dos interesses da burguesia, esquema ou projecto social que fez do código a “epopeia burguesa do direito privado”, CARVALHO, Orlando de, cit., págs. 21 e ss. Para uma visão diferente das intenções revolucionárias do Código Napoleão, com acento menos político-ideológico e mais técnico-jurídico, CORDEIRO, António Menezes, *Introdução...*, cit., págs. LXXXVII e ss.

³² Referimo-nos ao equívoco fundamental resultante da divergência profunda entre a afirmação universal dos princípios programáticos – liberdade, igualdade e fraternidade -, dos direitos naturais solenemente

dos livres e a igualdade dos iguais, isto é, uma sociedade assente na família burguesa, esse “mundo autónomo em que o homem experimenta o sentimento da sua independência e encontra motivos para o cultivar”,³³ família burguesa que é também uma célula de produção, estruturada nos termos de um institucionalismo patriarcal, e cujos esteios são a propriedade, que a define, e a intimidade/autonomia/liberdade, que a preserva.³⁴ O cidadão do mundo burguês, aquele que agora se afirma, nas constituições e nos códigos civis, como *homo politicus* e como *homo juridicus*, é o arquétipo de pai de família e dono de empresa,³⁵ “o burguês já devorado pelas suas possessões”,³⁶ lídimo representante do mundo novo.^{37 38}

A codificação representa, em suma, o culminar do processo de substituição do direito antigo, longamente formado de baixo para cima, fruto da espontânea composição de interesses dentro dos vários grupos sociais com o apoio do direito canónico e do direito romano e a mediação dos letrados, pelo direito novo, que começou a ser imposto, de cima para baixo, pela espada do absolutismo iluminado pelos filósofos jusracionais e determinado a transformar a sociedade e a servir de elemento de unificação nacional, levado aos limites territoriais do Estado-nação.³⁹ Direito que, fruto dessa evolução,

declarados como pertencentes a todos os homens, e o real objectivo da burguesia: fazer coincidir, na nova ordem, o poder político e o poder económico, a *infraestrutura* económica da sociedade, por ela dominada, e a *superestrutura* política e social, por ela conquistada com a Revolução. Equívoco resultante da necessidade de utilizar as massas populares e as suas misérias para fazer triunfar as revoluções mas que esteve na origem da afirmação do capitalismo selvagem e da implantação do comunismo, um e outro responsáveis pelo conhecido (e inacabado) rosário de sofrimentos individuais e colectivos. Pode bem dizer-se que começa aí, nesse marco fundamental da civilização do Ocidente e do Mundo, um dos enganos mais dramáticos de todos os tempos: o engano da Revolução Francesa, ao substituir uma ordem *confessadamente* estratificada e desigual por uma “nova” ordem *encapotadamente* estratificada e desigual... (“El derecho nacido de la Revolución puede así presentarse, en el fondo, como un derecho hipócrita, porque trata de esconder las reales relaciones antagónicas que marcan a la sociedad de su época, mientras que el derecho feudal las ponía en la base de su propio sistema.” – FERREIRÓS, Aquilino Iglesia, *Presentación a la primera edición*, CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, cit., pág. 18.) Focando este ponto e interrogando-se, perante a realidade do Terceiro Mundo na entrada do Terceiro Milénio, que contribuição deram os códigos civis para a felicidade dos povos, MEIRA, Sílvio, *Os códigos civis e a felicidade dos povos*, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/3/est/est7.pdf> - acesso em 8.04.2014. Para uma análise crítica da Revolução Francesa, D’ASSAC, Jacques Ploncard, *La Réaction*, La Voix de L’Occident, La Librairie Française, Paris, sem data, pág. 11: “*Révolution de bourgeois, la Révolution de 1789 n’entend ni toucher à la propriété, ni donner le pouvoir au peuple...*”.

³³ SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 60.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Idem, pág. 64.

³⁶ CARVALHO, Orlando de, cit., pág. 22, que lembra CAMBACÉRÈS: “Todos os direitos civis se reduzem, pois, aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratação” (nota 20, pág. 23). Cfr. tb. MARQUES, Mário Reis, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra, 2003, págs. 652 e ss.

³⁷ MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., pág. 133.

³⁸ Sobre a profunda transformação que o *Code Civil* introduziu na estrutura da sociedade civil no sentido de dar “à burguesia um amplo acesso à propriedade e à exploração da riqueza”, passando a regular-se as relações de propriedade “em função da exploração ‘burguesa’ dos recursos, ou seja, da sua máxima exploração económica”, GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, tradução portuguesa da edição de 1980 por João Espírito Santo, Signo Editores, Lisboa, págs. 74 e ss.

³⁹ É com o absolutismo e com HOBBS que surge a ideia de *soberania interna*, “quando se constitui também um poder absoluto *dentro de uma República*, expropriando-se as autonomias dos poderes periféricos, senhoriais, eclesiásticos, comunais e profissionais.” (MALTEZ, José Adelino, *Estado*, Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura, Edição Século XXI, 10, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1999, col. 1231.)

estatizado e nacionalizado, o Novo Regime, e a burguesia que dele se apropriou, iria finalmente consagrar no *Code Civil de 1804*.⁴⁰

Os códigos oitocentistas e, de modo especial, os códigos civis vieram cumprir a visão daqueles que, no século precedente, sonharam com o cidadão-legislador⁴¹ e com leis escritas, simples e claras, a todos acessíveis.^{42 43}

A codificação introduz toda uma nova ideia da lei: normatividade que promana da razão e não de uma qualquer crença, mais ou menos arreigada, no “espírito do povo”, por isso assumindo valor universal – a razão humana é igual em toda a parte e para todos os homens -, por isso também sendo o instrumento da transformação (modernização) da sociedade, por aplicação directa e impositiva do “projecto social global” resultante da visão iluminada do legislador, e assumindo a primazia – e, tão logo, a exclusividade – no quadro das fontes do direito.⁴⁴ O movimento codificador do início de oitocentos contribui decisivamente para a tão conhecida quanto perigosa identificação do “direito” com a “lei”.⁴⁵

A “ideia de código” então surgida, “no seu sentido cultural e juridicamente específico, implicava que um código não fosse mera colectânea de leis, mas um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e

⁴⁰ GALGANO, Francesco, cit., págs. 67 e ss.; SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 62: “Toda a lei é sem dúvida a manifestação da vontade de poder da burguesia auto-identificada com a representação nacional.”

⁴¹ Lembremos FILANGIERI (1752-1788): “Dans la démocratie, le peuple commande. Chaque citoyen représente une portion de souveraineté. Dans l’assemblée publique, il voit, pour ainsi dire, une partie de la couronne appuyée sur sa tête...” (*La Science de la Législation*, Oeuvres de G. Filangieri traduites de l’italien, nouvelle édition, tome troisième, P. Dufart, Libraire, Paris, M. DCCCXXII, págs. 95 e 99).

⁴² A *cognoscibilidade* da lei, uma das qualidades que um “corpo de direito” deveria, segundo BENTHAM, ter: DUMONT, Ét., *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., pág. 94.

⁴³ Ver, sobre os códigos jusracionalistas, WIEACKER, Franz, cit., págs. 365 e ss. Aí se condensam os traços essenciais da codificação: a) os primeiros códigos são fruto da ligação do jusracionalismo com o iluminismo; b) a linha que divide os códigos modernos dos antigos não está tanto no regime político vigente nos países que os produziram mas antes num novo perfil espiritual (próprio do jusnaturalismo iluminista) que os distingue das antigas Ordenações – não deixando, todavia, de notar que a queda do Ancien Régime veio obscurecer o prestígio e a influência dos códigos que, partilhando esse espírito novo, surgiram pela mão do despotismo iluminado; c) os códigos jusnaturalistas foram actos de transformação revolucionária, quer a mão tenha sido a do despotismo esclarecido quer a dos “portadores da revolução política” – e isto porque, independentemente da origem, se apresentam como “pré-projectos de um futuro melhor”; d) o legislador material não é agora corporizado pelos “detentores da tradição especializada” mas por pessoas da confiança política do poder constituído, com formação filosófica e política; e) o envolvimento público no processo de elaboração dos códigos e as explicações das leis feitas, de forma acessível, para o povo exprimiram a tendência para o carácter popular e para a simplicidade da linguagem da lei: pretendia-se, agora, que a lei fosse curta, inequívoca e “conforme à justiça natural”.

⁴⁴ A lei afirmou-se, a partir de então – como se afirma, apesar de tudo, ainda hoje: Código Civil de 1966, art. 1º -, como “a única e verdadeira fonte de todo o direito” (CABRAL DE MONCADA, cit. por CURA, António A. Vieira, cit., pág. 256 e nota 48). Lembrando a feição positivista, se bem que mitigada, do nosso actual Código Civil, JUSTO, A. Santos, *O Direito Luso-Brasileiro: Codificação Civil*, BFD 79 (2003), pág. 6.

⁴⁵ *Supra*, nota 29. E tanto mais perigosa quanto é certo que, identificada a lei, numa perspectiva político-constitucional, com as normas emanadas dos órgãos do poder político com competência legislativa segundo a Constituição, serve, com o seu simplismo, os muitos que hoje, apesar das trágicas lições da História, continuam a refugiar-se num cego dever de obediência à lei, desresponsabilizando-se pelas consequências concretas da sua silogística aplicação, pois essas seriam contas a pedir apenas ao legislador. Para a perspectiva político-constitucional do problema das fontes do direito, ver NEVES, A. Castanheira, *Fontes do Direito*, Polis, cit., col. 1512 e ss., max. 1526 e ss.; cfr. tb. VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1992, págs. 166-167.

exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de um certo domínio jurídico.” E o *Code*, corporizando essa ideia, assumiu-se como “um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio.”^{46 47}

§ 2º - A “idade da descodificação”

Vimos que o particularismo jurídico próprio do *ius commune* cedeu o passo, pela força centrípeta do processo codificador, a um direito-lei-sistema com pretensões de completude, universalidade e intemporalidade.⁴⁸ Situação que se manteve durante todo o séc. XIX, mais precisamente até à I Grande Guerra, altura em que movimentos centrífugos próprios da “aceleração da História”, particularmente evidentes e generalizados após 1945, viriam a alterar substancialmente o paradigma oitocentista.

Referimo-nos à tendência, facilmente observável, para legislar fora e, por vezes, contra os códigos estabelecidos e em vigor – fenómeno⁴⁹ designado já por *descodificação*.⁵⁰

A primeira pergunta que tal observação nos sugere é o que terá levado o legislador, um pouco por toda a parte, a regular em leis avulsas institutos e sectores de relações jurídicas tradicionalmente disciplinados pelos códigos em vigor, ora substituindo partes inteiras deles, ora tratando figuras neles não previstas, ora estabelecendo, para figuras deles constantes ou espécies das mesmas, regulamentação substancialmente diferente.

Pergunta a que pode ser dada mais do que uma resposta.

Socorrendo-nos de um fio cronológico, podemos surpreender, desde logo, o diferente papel que o Estado, no período entre as duas Grandes Guerras e da Grande Depressão, teve de assumir, forçado pela crise social aguda, abandonando definitivamente a posição de espectador não interveniente (ou minimamente interveniente) do jogo social, típica do liberalismo burguês, e passando a intervir na economia e na sociedade. Intervenção que se manteria (e amplificaria) até aos nossos dias e se manifesta em várias frentes: - na protecção dos mais fracos ou desfavorecidos, reequilibrando uma “igualdade” perdida,⁵¹ ou melhor, estendendo-a aos que estavam fora do círculo da igualdade liberal - exemplo disso temo-lo, entre nós, nas leis sobre arrendamento urbano habitacional, com o congelamento das rendas e o carácter “vinculístico” dos contratos;⁵² - nas medidas

⁴⁶ NEVES, A. Castanheira, *Escola da Exegese*, cit., col. 1034-1035. E não será esta “recusa da história” ou “pretensão à eternidade” (SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 29) a razão da sua tão grande longevidade?

⁴⁷ Sobre o *Code Civil de 1804*, ver HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'Histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?*, Revue Pouvoirs, 107, 2003, págs. 11-21 (<http://www.revue-pouvoirs.fr/-107-Le-Code-civil-.html>).

⁴⁸ Cfr., para as diferenças entre o direito comum e a codificação, MARQUES, Mário Reis, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, cit., págs. 5-18.

⁴⁹ Sobre a noção de *fenómeno* como “tudo o que é imediatamente dado à consciência e intuitivamente apreendido ou captado mediante uma forma especial de intuição *não-sensível*”, não carecendo a sua existência de demonstração, necessitando apenas de ser descrito, MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1966, pág. 32, nota 1.

⁵⁰ Termo celebrizado por NATALINO IRTI em *L'età della decodificazione*, publicada em 1979. Utilizámos a 4ª edição italiana, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1999.

⁵¹ Igualdade de que, afinal, a massa dos desfavorecidos nunca tinha gozado: como vimos, o postulado da igualdade burguesa, erigido em paradigma formal nos códigos oitocentistas, significava apenas a *igualdade dos iguais* (burgueses/proprietários/donos de empresa). Cfr. *supra*, em especial nota 32.

⁵² FURTADO, Pinto, *Manual de Arrendamento Urbano*, I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 187 e ss.; FRAGA, Francisco Castro, *O regime do novo arrendamento urbano*, ROA 2006 (Ano 66), I. É

destinadas a promover a coesão social, transformando o Estado-árbitro em Estado social, inicialmente através dos sistemas públicos de previdência social⁵³ que entretanto evoluíram na tentativa de uma resposta, tão completa quanto possível, à pretensão generalizada ao bem-estar;⁵⁴ - na conformação da legislação ordinária às novas constituições democráticas;⁵⁵ - na tentativa de transformação da sociedade e da economia segundo a ideologia do momento.⁵⁶

Depois, é a complexidade da sociedade industrial (a “sociedade técnica”) que reclama novos desenvolvimentos legislativos, elucidativamente expressos nas leis reguladoras do contrato de trabalho e dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais.^{57 58}

interessante notar o Relatório do DL 321-B/90, de 15 de Outubro, diploma que aprovou o RAU, com a descrição do prolixo historial legislativo neste domínio e dando conta da opção sistemática de descodificação da matéria pela sua reunião numa “lei civil autónoma” *consolidante*. Historial retomado pela Exposição de Motivos da proposta de lei que viria a aprovar o NRAU (Lei 6/2006, de 27 de Fevereiro), a qual, todavia, aponta no sentido de uma recodificação (art. 3º, que procede à “reposição”, com ajustamento da redacção, de um vasto conjunto de artigos do Código Civil). Como é sabido, o NRAU – distribuído pelo Código Civil, Código do Processo Civil e Lei 6/2006 - foi alterado pela Lei 31/2012, de 14 de Agosto, e pela Lei 79/2014, de 19 de Dezembro, mantendo-se, todavia, a sua estrutura.

⁵³ Apesar de iniciativas pontuais nos finais da Monarquia e do desenho legal de um sistema previdenciário no período da I República, a partir da criação, em 1916, do Ministério do Trabalho, mas nunca posto em prática, foi com o Estado Novo que o sistema português de segurança social surgiu. Para a análise da sua evolução, PEREIRINHA, José António/CAROLO, Daniel Fernando, *Construção do Estado-providência em Portugal no período do Estado-Novo (1935-1974): notas sobre a evolução da despesa social*, CISEP – Centro de Investigação Sobre a Economia Portuguesa, ISEG – Instituto Superior de Economia e Gestão / Universidade Técnica de Lisboa, 2006 (disponível em <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/2652/1/wp302006.pdf> - acesso em 29.04.2014).

⁵⁴ SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., págs. 88-89.

⁵⁵ Particularmente evidente, no nosso caso, no direito da família (Reforma de 1977: DL 496/77, de 25 de Novembro).

⁵⁶ De que são exemplo, ainda entre nós, as novas ideias sobre a família (união de facto, casamento de pessoas do mesmo sexo, adopção por famílias monoparentais e homossexuais), sobre a propriedade, sobre a liberdade de iniciativa económica (delimitação de sectores, nacionalizações, privatizações).

⁵⁷ O direito do trabalho destaca-se do Direito civil para cumprir uma reclamada função de reequilíbrio social, representando “o reconhecimento precoce de que a igualdade e a liberdade formais podem ser instrumentos de domínio mais sofisticados e, em certo sentido, mais subtis e poderosos, do que os tradicionais laços de servidão vigentes, por exemplo, na Idade Média.”. “(...) terá sido com a Revolução Industrial e com o desenraizamento, a alienação e a exploração maciça e científica do trabalho que o direito do trabalho nasceu.” Direito eminentemente “real” e “impuro”, fruto da vida e dos seus desacertos, e não “de construções teóricas mais ou menos sofisticadas desenvolvidas em torres de marfim” – GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 12, 18-19 e nota 26. Sobre os primórdios da legislação laboral portuguesa, GRAÇA, Luís, *Industrialização e Legislação do Trabalho (1867-1909)* - <http://www.ensp.unl.pt/lgraca/textos14.html> (acesso em 29.04.2014); e para uma análise do movimento operário e das suas lutas e reivindicações na transição da Monarquia para a I República, FERRAZ, José Manuel, *O desenvolvimento socioeconómico durante a Primeira República (1910-26)*, págs. 466-467 in <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223912673Y8iRK9tq7Sh93OU6.pdf> (acesso em 29.04.2014). Para além do *Estatuto do Trabalho Nacional* (Decreto-Lei nº 23.048, de 23 de Setembro de 1933), historicamente datado e superado, a nossa legislação laboral vem a consolidar-se no Decreto-Lei nº 47032, de 27 de Maio de 1966, posteriormente substituído pelo Decreto-Lei nº 49408, de 24 de Novembro de 1969, que constituiu, por muitos anos e apesar das transformações políticas e sociais decorrentes do 25 de Abril, a espinha dorsal do direito do trabalho português. Consolidação que veio posteriormente a culminar numa codificação formal, com os Códigos do Trabalho de 2003 e 2009. Aliás, já o Relatório do DL 47032, no seu ponto 2., destacava a inovação da sistematização adoptada, ordenando a matéria segundo uma “técnica precisa de codificação, o que, além de outras vantagens, muito poderá contribuir para o progresso do próprio direito do trabalho e para a maior facilidade de conhecimento e consulta das suas disposições.”; técnica cujas “determinantes fundamentais” seguidamente expõe e que correspondem à explicação da ordenação sistemática das matérias perfilhada.

⁵⁸ Sobre os contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais, ver MONTEIRO, António Pinto, *La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal*, *European Review of Private*

E, por fim, a aquisição da consciência de grupo de um número crescente de sectores sociais – os trabalhadores, os funcionários públicos, os polícias, os reformados, os desempregados, os consumidores, os portadores de deficiência, os sobreendividados, os credores, etc. -, que, crescentemente enquadrados por associações defensoras de posições particulares, ainda que (também) de modo generalizado - os “interesses difusos” -,⁵⁹ procuram, tantas vezes pela contestação aberta e pública – possibilitada e potenciada pela adopção do modelo político democrático -, impor ao Estado a defesa dos seus interesses. Uma sociedade unificada em torno de ideais formalizados nas constituições e códigos liberais, polarizada entre o indivíduo e o Estado com repúdio dos “organismos intermédios”, deu lugar, na trepidação dramática do séc. XX, a uma sociedade descrente das utopias colectivas, fragmentada em múltiplos grupos de interesse ou “grupos de pressão” cujos membros e mentores apenas olham para dentro, para os seus “direitos”, desinteressados do que outrora se elogiava como “harmonia social”, enfrentando-se com

Law, 2, 1997, págs. 197-204; - *Rebus Sic Stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law*, European Review of Private Law, 3, 1998, págs. 319-332; - *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, ROA, 2002 (Ano 62), vol. I, sem paginação (www.oa.pt).

⁵⁹ Ver, por exemplo, o art. 13º da L 6/2006. Uma parte substancial da acção da DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor “assenta na reivindicação da adoção, ou alteração, de legislação necessária a uma defesa e protecção mais efetiva dos interesses dos consumidores, bem como do seu cumprimento e controlo.” (<http://www.deco.proteste.pt/institucionalemedia/quem-somos/missao-visao> - acesso em 18.12.2015.) Sobre os “interesses difusos” como interesses meta-individuais, de massa e de grupo, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, 1984, max. págs. 284 e 285 (<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67016/69626> – acesso em 30.04.2014). Cfr. o art. 81, parágrafo único, I, do CDC: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; cfr. ainda o art. 20º da LDC e o art. 26º, 2, do RCCG, mais específico: “As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio *pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.*” (Itálico nosso.) Ver tb. ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *Subsídios para a tutela dos interesses difusos*, ROA, 1985 (Ano 45), Vol. III, pp. 917-931.

outros grupos e constantemente exigindo do Estado a satisfação das suas próprias pretensões.^{60 61 62 63}

⁶⁰ Fragmentação, conflito e exigência que conduziram, naquilo que mais directamente nos interessa, à “crise da lei”: - crise que se exprime pelo abandono das normas gerais e abstractas (ou normas de *direito comum*, inspiradas numa visão de conjunto da sociedade) e na correspondente proliferação de leis especiais ou excepcionais dirigidas a tipos ou ordens de casos ou interesses específicos; - que, no plano formal, se manifesta no fenómeno da “descodificação” e no novo particularismo jurídico que é o direito por “microsistemas”; - e que, no plano substancial, se traduz numa nova função da lei, transformada em simples instrumento de acção política, utilizada para administrar, para garantir, no imediato, a governabilidade da sociedade civil, contendo tensões e conflitos, mediando, ora com concessões ora com sacrifícios, os interesses dos diversos grupos antagónicos, como é próprio de uma sociedade neo-corporativa (GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, págs. 120-121; NEVES, A. Castanheira, *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*, O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito, NUNES, António José Avelãs/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, coord., Almedina, Coimbra, 2008, pág. 28); - crise de que se tomara já plena consciência nas primeiras décadas do séc. XX, bem como dos novos fenómenos da *motorização do legislativo* e da *inflação legislativa* (SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 136 – nota 184); - crise que mais não é, sendo tanto, do que uma mudança radical de paradigma, tão bem detectada por ROGÉRIO SOARES vai para cinquenta anos: “A necessidade duma legislação de urgência que responda às transformações rápidas do ser social vai corromper o próprio conceito de lei, pois que ela em grande número de casos acaba por reduzir-se a medidas económico-sociais de duração limitada. Em vez duma norma solenemente afirmada para, em circunstâncias excepcionais de sacralidade, regular a conduta dos homens, encontramos uma multidão de princípios-regras...” (ob. cit., págs. 135-136); - novo paradigma de lei que submete o direito a uma radical instrumentalização, transformando-o em “puramente política ou uma jurídico-política no funcionalismo político, simplesmente uma jurídico-tecnologia sociológica ou jurídico-administração social no funcionalismo social tecnológico, não mais do que uma jurídico-economia no funcionalismo social económico, etc.” – direito que se dissolve, assim, “nas teleologias e compromissos heterónomos que assimila e a que se funcionaliza” (NEVES, A. Castanheira, ult. ob. cit., pág. 29.), “casca vazia” dos conteúdos que transporta.

⁶¹ Vendo estas realidades numa perspectiva de articulação entre o Estado e a Sociedade, “de regulação económico-social mediante compromissos negociados, de uma governação federativa ou consensual em certa área de matérias político-administrativas, ou da chamada “concertação social”, “forma de governação [a que] já se vai aplicando também o nome de *democracia neocorporativa*”, MACHADO, João Baptista, *A Hipótese Neocorporativa*, in *Obra Dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pág. 461. Observando que os interesses se agrupam “para conseguirem uma política estadual que seja a sua” (SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 98), exercendo essa pressão não só sobre o órgão executivo mas também sobre o legislativo (Idem, pág. 99), o qual, contra as velhas representações burguesas, não escapa às “tentações do arbítrio” (Idem, pág. 138). E hoje de modo especialmente acentuado, perante a “desconstrução” do Estado-prestador de serviços em simultâneo com a assunção, por ele, do papel de “fiador” e “controlador” de prestações dos “serviços de interesse geral” por parte de entidades privadas (CANOTILHO, J. J. Gomes, *O Estado-Garantidor, Claros-Escuros de um Conceito*, O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito, cit., págs. 571-572). No mesmo sentido, CALVI, James V./COLEMAN, Susan, *American Law and Legal Systems*, 3ª edition, Prentice-Hall, New Jersey, 1997, pág. 2: “The law becomes a major concern of interest groups who try to secure the passage of laws beneficial to them while blocking the passage of those that harm their interests.”

⁶² De notar que o sistema de governação participada próprio da *democracia neocorporativa* veio introduzir um outro elemento no novo pluralismo jurídico para além das leis cirúrgicas ou pontuais: elemento que se revela, por um lado, no processo de produção legislativa (leis que resultam de acordos celebrados nas instâncias de concertação social ou de procedimentos de consulta pública) e na atribuição de “poder legislativo” a outras entidades públicas ou mesmo privadas: cfr., sobre o problema das fontes de Direito Económico e da eminente pluralidade da ordem jus-económica, SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 23 e ss. Sistema de participação Estado-Sociedade que conduz, assim, a uma *desestatização* do direito: SACCO, Rodolfo, *Prospettive della Scienza Civilistica Italiana all’Inizio del Nuovo Secolo*, pág. 423 (http://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_006603_resource1_orig.pdf - acesso em 5.05.2014).

⁶³ Têm também sido apontadas outras causas para a descodificação: - a crescente importância da jurisprudência nos países do *civil law* através de decisões que, interpretando e integrando o código civil à

Na sua proposta de explicação e racionalização do fenómeno descodificatório, IRTI constrói a *teoria do polissistema*: - com o advento da Constituição italiana de 1948 (que marca, com o trágico fim da II Guerra Mundial para Itália, não só o novo *status quo* político como um novo modelo de sociedade, de modo semelhante ao que se viria a passar entre nós em 1976 e no Brasil em 1988),⁶⁴ o código civil perde a sua tradicional centralidade no sistema de direito privado (centralidade mais nitidamente afirmada pela absorção formal das matérias comerciais), posição essa que passa a ser assumida pela constituição, portadora de novos valores e princípios e ainda, à maneira dos novos tempos, de diversos programas de acção política consubstanciados nas chamadas normas programáticas;⁶⁵ - as leis-fora-do-código (normalmente especiais, mas algumas excepcionais), que gravitavam em torno do código civil, passaram a gravitar, tal como este e em pé de igualdade com ele, em torno da constituição, a nova “bússola” do sistema jurídico-privado;⁶⁶ - o tradicional *monossistema*, constituído pelo código civil e pelas leis-

luz dos princípios constitucionais e de direito internacional, estabelecem normas jurídicas diversas (ou para além) das codificadas: ver, por exemplo, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 Feb. 2013, rec. 1440/2010 – disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> - acesso em 9.05.2014); - e a influência do direito supranacional, com destaque para o direito da União Europeia: cfr. MURILLO, Maria Luisa, *The Evolution of Codification in the Civil Law legal Systems: Towards Decodification and Recodification*, J. TRANSNATIONAL LAW & POLICY, Vol. 11:1, 2001, págs. 11-12.

⁶⁴ Sendo certo que o mesmo se passou com outros países em que o regresso da democracia parlamentar (após as experiências totalitárias ou autoritárias da primeira metade do séc. XX), determinou uma situação em que a constituição da nova ordem, posterior ao código civil vigente, chamando sobre si as principais atenções, limitou a importância atribuída aos códigos civis ou, pelo menos, permitiu o seu questionamento pelos sectores de opinião e do pensamento ditos mais progressivos – casos da Espanha, da França e da Alemanha, por exemplo. Como é patente, os códigos civis assumem tradicionalmente não só uma importância fulcral no ordenamento privado (são a “constituição civil” ou “constituição do homem comum” [MIGUEL REALE], sede do “Direito Comum do Homem Comum” [OLIVEIRA ASCENSÃO] ou do “direito constitucional das pessoas” [PINTO MONTEIRO]) mas também a disciplina de matérias que vão para além deste horizonte (como, no caso português, as fontes do direito, os critérios de interpretação da lei, as normas de conflitos) e que integram a “caixa de ferramentas” de todo o jurista. [Matérias relativamente às quais se colocou já a questão de saber se devem ou não permanecer no Código Civil: cfr. o *Relatório Preliminar* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa in Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Reforma do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 43-44; no sentido da pura e simples revogação dos primeiros artigos do Código Civil, BRONZE, Fernando José, “*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 85-87.]

⁶⁵ “Carregadas de abundantes regulações de direitos económicos, sociais e culturais”: CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., pág. 575.

⁶⁶ A articulação das modernas constituições democráticas (recentradas na pessoa, no *ser*, e já não tanto no património, no *ter*) com os antigos códigos civis – códigos que, na maior parte dos casos, se inserem na tradição patrimonialista do *Code Civil* (*supra*, notas 36 e 38) - conduziu à chamada *constitucionalização do direito civil*, expressão de uma “era de crescente insinuação de valores de direito público no seio do direito privado” (ARAÚJO, Fernando, *Sobre o Dano Moral Colectivo - Seis Tópicos (Apresentação do livro de Felipe Teixeira Neto, DANO MORAL COLETIVO. A CONFIGURAÇÃO E A INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL POR LESÃO A INTERESSES DIFUSOS NA SUA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL)* RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, pág. 6414) – “as constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do Direito”: VARELA, João de Matos Antunes, *O movimento de descodificação do direito civil*, Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 499 e ss., *apud* TIMM, Luciano Benetti, “*Descodificação*”, *constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?*, The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, Volume 3, Issue 1, 2008, Article 1, pág. 12 e nota 57 (<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=lacjls> – acesso em 1.05.2014) -, à perda da influência dos códigos civis enquanto

fora-do-código, deu lugar ao *polissistema*, em que no centro está a constituição, à volta da qual se perfilam, parificados pela sua comum condição de lei ordinária, o código civil e as leis-fora-do-código; - algumas destas, denominadas “leis descodificantes”,⁶⁷ foram-se agrupando e homogeneizando, passando a constituir “estatutos” ou “corpos de leis” dirigidos a uma determinada matéria (núcleo de relações jurídicas) e dotados de crescente unidade sistemática: são as “leis consolidantes”.^{68 69}

Que dizer desta posição?

Já foi observado que a teoria de IRTI só teria aplicação em Itália porque a “*era da descodificação* é uma questão italiana.”⁷⁰ Por outro lado, como o próprio IRTI assinala,

constituição do homem comum (REALE, Miguel, *Visão Geral do projecto de Código Civil*, www.miguelreale.com.br), à perda da sua centralidade tradicional (IRTI, Natalino, cit., págs. 76-77). Assim é que, por exemplo, no Brasil – país em que a constitucionalização do direito civil “atinge o (seu) mais alto grau” (Miguel Reale, *A Constituição e o Código Civil*, www.miguelreale.com.br) -, tendo a Constituição Federal de 1988 erigido como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, “impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX” (FACHIN, Luiz Edson, *Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista*, BFD 76 (2000), pág. 130). O que, afinal, sendo muito, mais não é do que a (re)afirmação da visão antropocêntrica do direito civil (*supra*, nota 31). Sobre a constitucionalização do direito civil em Espanha, ver COLINA GAREA, Rafael, *La Funcion Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 1995, *max.* págs. 47 e ss. (http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1164/2/ColinaGareaRafael_opt.pdf.txt - acesso em 1.05.2014); para França, numa perspectiva da jurisprudência constitucional em matéria civil, GUILLENCHMIDT, Jacqueline de, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit civil*, 2007 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070123.pdf - acesso em 1.05.2014) e BORGHETTI, Jean-Sébastien, *French Law*, RIVERA, Julio César (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pág. 186; considerando que os direitos fundamentais previstos na constituição exprimem uma escala de valores que se aplica a todo o sistema jurídico, a propósito de uma decisão da jurisprudência constitucional alemã, CHEREDNYCHENKO, Olha, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), pág. 7 (<http://www.ejcl.org/> - acesso em 1.05.2014). Por seu turno, o direito do trabalho – direito que “é obra de uma conflitualidade singularmente exasperada” (CARVALHO, Orlando de, *Empresa e direito do trabalho*, Direito das Empresas, Coimbra Editora, 2012, pág. 183) – reconhece expressamente o trabalhador enquanto pessoa, em todas as suas dimensões (*mais do que obreiro da produção, caminhante de sonhos*): veja-se a inclusão, no nosso Código do Trabalho, de normas sobre os direitos de personalidade (fundamentalmente) do trabalhador (arts. 14º-22º), “expressão de uma certa constitucionalização da relação laboral” (GOMES, Júlio Manuel Vieira, cit., pág. 265).

⁶⁷ Na medida em que regulam matérias contidas no código civil, revogando normas deste, ou matérias reguláveis pelo código civil: por exemplo, no caso português, o RAU para a primeira hipótese; o regime das cláusulas contratuais gerais (cfr., todavia, o que se dirá a este respeito *infra*, Parte II, Cap. III, § 4º, 2.1.) ou do direito real de habitação periódica, para a segunda hipótese.

⁶⁸ Exemplos, entre nós, destas “leis consolidantes” são o RAU, no direito civil, o Decreto-Lei nº 49408, cit., ou o CT, no direito do trabalho, e o CSC, o CPI ou o CIRE, no direito comercial. Note-se que nestes últimos casos, a consolidação elevou-se ao nível de uma codificação formal (e que estas “leis consolidantes” podem ser também, ou não, “descodificantes”).

⁶⁹ IRTI, Natalino, cit., *max.* págs. 76-77.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial*, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pág. 62, Autor que assenta esta afirmação no papel que atribui aos códigos civis italianos de 1865 e de 1942, respectivamente, na unificação nacional italiana e na difusão da ideologia fascista, sendo que a perda da sua importância se teria ficado a dever, essencialmente, à passagem a um contexto supranacional com a unificação europeia. Para além desta crítica, FÁBIO ULHOA COELHO aponta, ainda, à teoria de IRTI a falta de consistência lógica e a não conciliação com a moderna teoria dos sistemas (que identifica com a teoria autopoietica de NIKLAS LUHMANN). É claro que a preocupação fundamental de FÁBIO ULHOA COELHO não é tanto a crítica de IRTI quanto a resposta àqueles que, no Brasil, censuram o projecto do novo Código Comercial de que é autor e paladino; no entanto, sempre se dirá não ter, em nossa opinião, o

ao fazer o balanço dos vinte anos do seu ensaio, foi-lhe criticada a perspectiva formalista e normativista.⁷¹

IRTI descreve o fenómeno da descodificação e propõe um modo de arrumação formal das normas jurídico-privadas.⁷² Tem como grandes objectivos sublinhar a perda da importância tradicionalmente atribuída ao *Codice Civile* pelo pensamento jurídico italiano e proclamar a impossibilidade de retorno à visão tradicional de *código*.⁷³

conhecido professor brasileiro tocado o fundo da questão: - **a)** É um dado facilmente observável que a descodificação é um fenómeno, se não universal, que, pelo menos, atinge os países europeus da família romano-germânica e os de outros continentes, como a América Latina, cujos direitos naqueles se originaram (o Brasil incluído), não sendo, nem de perto nem de longe, um exclusivo italiano. [Como se verá, atinge também o mundo anglo-saxónico: *infra*, Cap. III.] **b)** Em segundo lugar, a aludida falta de consistência lógica da construção de IRTI radica, segundo ULHOA COELHO, no facto de representar a *diferença* relevante entre a norma especial e a norma geral como *adição* (norma geral: “se A, então B” – esquema hipotético de expressão em que “A” representa a hipótese da norma – *fattispecie* - e “B” a estatuição – efeitos; norma especial: “se A+a”, então “B+b”, em que “a” e “b” representam, respectivamente, a nota adicional ou elemento característico da especialidade na hipótese e na estatuição), o que daria *maior extensão* à norma especial do que à geral e seria logicamente contraditório – a norma geral, por definição, aplica-se a um maior número de hipóteses do que a especial, é mais ampla do que a especial. Parece-nos, todavia, que a diferença apontada por IRTI (ob. cit., pág. 55) é de natureza *qualitativa* (os elementos da *fattispecie* - hipótese - e os respectivos efeitos – estatuição – da norma geral estão naturalmente presentes na especial; mas a hipótese e a estatuição desta última têm necessariamente de conter um elemento adicional, que traduz a sua própria especialidade: assim, por exemplo, se comparamos a norma geral sobre a delimitação do objecto do contrato de locação constante do art. 1038º, c) do CC com a especial que o define para o arrendamento urbano para habitação (CC, art. 1092º, 1), vemos que há uma *diferença qualitativa* porquanto na primeira a hipótese abrange todas as situações de locação, de bens móveis ou imóveis, urbanos ou rústicos, destinados a qualquer fim, remetendo, na estatuição, pura e simplesmente, para o contrato, enquanto na segunda, a hipótese é mais específica (*menos extensa*) – “uso residencial do prédio arrendado” – e, atendendo à especificidade desta situação, na estatuição se vai para além do contrato). Aliás, cremos ser isto mesmo que IRTI exprime pelos conceitos de *compreensão* (os elementos característicos de uma norma, as notas que, nas suas hipótese e estatuição, delimitam uma específica situação de facto) e *extensão* (o conjunto das situações a que a norma se dirige). Por outro lado, o microssistema nunca poderia *conter* o polissistema, na medida em que este não se identifica com o código mas o conjunto do código e dos (de todos os) microssistemas. **c)** Por último, quanto à incompatibilidade da construção “polissistema = código + microssistemas” com a teoria autopoietica, bastará lembrar que a concepção do direito como sistema autopoietico não é o referencial, mas apenas um dos vários modos possíveis de aproximar a ideia de direito enquanto sistema (SEIDL, David, *Luhmann's theory of autopoietic social systems*, Ludwig-Maximilians-Universität München, Munich School of Management, 2004, disponível em http://www.zfmg.bwl.uni-muenchen.de/files/mitarbeiter/paper2004_2.pdf - acesso em 2.05.2014; TEUBNER, Gunther, *O Direito Como Sistema Autopoietico*, trad. port. de José Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, pág. 53). Para a crítica desta visão do direito, NEVES, A. Castanheira, ult. ob. cit., págs. 38 e ss.

⁷¹ IRTI, Natalino, cit., págs. 4-5 e notas 3 e 4, em que dá conta, respectivamente, das críticas de PAOLO GROSSI (*Epicedio per l'assolutismo giuridico*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 17, Giuffrè Editore, Milano, 1988, págs. 517-532, *max.* 527 e ss. – disponível em <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/17/0517.pdf>, acesso em 30.04.2014) e MAURO CAPPELLETTI. GROSSI critica a neo-exegese de IRTI por voltar ao passado que se pretendia – e esperava – definitivamente ultrapassado, advertindo que o jurista contemporâneo não pode deixar de assumir uma postura activa de reconstrução pela *interpretatio*, que supra as deficiências do legislador, não podendo remeter-se mais ao papel passivo do exegeta. Por seu turno, CAPPELLETTI critica a IRTI a perspectiva normativista. Como se afirma em *Treccani, L'Enciclopedia Italiana*, entrada Irti, Natalino: “Il nichilismo giuridico si salda con il più radicale formalismo: privato di ogni fondamento ontologico, affidato al prevalere della volontà di potenza, il diritto ‘trova un punto di appoggio nel funzionalismo della forma’ e questa si afferma come l’essenza stessa del diritto” (www.treccani.it/enciclopedia/natalino-irti/?stampa=1). Aliás, segundo PAOLO GROSSI, é esta a orientação tradicional maioritária da ciência jurídica italiana: formalista e legalista (ob. cit., pág. 519).

⁷² IRTI, Natalino, cit., pág. 194.

⁷³ Idem, págs. 42 e ss., *max.* 47 e 49.

Consciente da nova função da lei,⁷⁴ atende sobretudo à sua expressão formal para traçar um novo quadro de organização sistemática das suas normas.⁷⁵ De pendor marcadamente positivista (legalista-normativista),⁷⁶ procura, rompida que foi a unidade sistemática assente no *Codice*, na letra da(s) lei(s), através de uma *lectura legis* – remetendo o jurista a um papel de “técnico dos micro-sistemas”,⁷⁷ “exegeta e organizador de um conjunto de normas especiais” –,⁷⁸ as afinidades e diferenças que hão-de servir de critério àquela arrumação: código / leis-fora-do-código (especiais e excepcionais); leis descodificantes; leis consolidantes; novas leis descodificantes (em relação às consolidações obtidas); e assim sucessivamente.

Formulação que, noutro plano, se reclama axiologicamente neutra, confunde “valores” com “ideologia”, remete o jurídico para uma mera função (mecânica) da política – quem quiser lutar por valores, que se apresente a sufrágio e corra os correspondentes riscos.⁷⁹ Posição que, como vimos, honestamente se confessa como exegética (a “neo-exegese”), para o que não deixa de ser necessária, neste nosso tempo, uma certa coragem.

De reter, segundo cremos, o desenho de um mapa formal-organizatório do direito legislado actual e, acima de tudo, a chamada de atenção para a existência de um *processo contínuo* de descodificação-consolidação-recodificação..., ainda que esta recodificação possa ser feita fora do código matriz tradicional do sistema em causa.⁸⁰ Quanto ao resto – neutralidade axiológica, funcionalização do direito, “neo-exegese” –, felizmente que, de

⁷⁴ Idem, págs. 33 e ss. Cfr. tb. págs. 66-67, sobre a produção e consumo de normas jurídicas (os fenómenos da *motorização do legislativo* e da *inflação legislativa* de que nos fala ROGÉRIO SOARES: *supra*, nota 60).

⁷⁵ Idem, págs. 70 e ss., *max.* 76-77.

⁷⁶ Legalismo e normativismo que são as duas dimensões capitais da concepção (“paradigma”) moderno-iluminista do direito: o legalismo constituindo o seu “sentido do direito” e o normativismo o seu “modelo de pensamento jurídico” (NEVES, A. Castanheira, *ult. ob. cit.*, pág. 15). Razão tem assim PAOLO GROSSI, ao censurar a IRTI a “illuministica fiducia nella legge e nel legislatore” (*supra*, nota 71).

⁷⁷ Idem, págs. 126-127.

⁷⁸ Idem, págs. 97-99; 131 e ss. Condena-se, assim, a ciência do direito a uma *exegese pedestre do fraseado legal* (SOARES, Rogério Ehrhardt, *cit.*, pág. 30), Autor que justamente aponta os perigos da opção metodológica que conduz o jurista “a aceitar ou explicar o puro dado”, a seguir o “caminho da servidão perante o dado positivo” (Idem, pág. 36).

⁷⁹ Idem, págs. 8-9.

⁸⁰ Idem, págs. 189 e ss., *max.* 199-201. São de assinalar, cremos, estas palavras de IRTI: “In altra occasione (suscitando qualche scandalo tra nostalgici ascoltatori) immaginai un tempo, in cui il codice civile – consegnata ai testi unici la disciplina delle materie particolari – si sarebbe fatto esclusivo custode delle norme più generali del diritto privato. E, in questa povertà e solitudine, mi pareva di scorgere la sua nuova grandezza.” “Lo scandalo di ieri non mi dissuade dal riproporre, oggi, quella immaginazione.” (Idem, pág. 201.) Sobre o ponto, SACCO, Rodolfo, *A Civil Code originated during the war (the Italian Codice Civile)*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, *cit.*, pág. 254: “In between the existing code and the next code new laws appear. The second code will absorb them. And after that, the new laws will endlessly multiply.” É claro que, como observa MÁRIO REIS MARQUES, a análise de IRTI tem de ser vista à luz da distinção entre *descodificação formal* e *descodificação material*, restringindo-se ao primeiro termo, já que o segundo pressuporia uma ruptura de fundo com o direito que se descodifica, atacando a sua essência e fundamentos, o que só sucederia com o aparecimento de “direitos singulares” que pusessem em causa os seus princípios fundamentais (*Considerações sobre a vigência do Código Civil*, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil* e dos 25 Anos da Reforma de 1977, *cit.*, págs. 93-95). Que a descodificação a que se refere NATALINO IRTI é a *descodificação formal*, e não a material, explica, cremos, a antevisão do código civil como “exclusivo custode delle norme più generali del diritto privato” – pois “o mundo das leis especiais, o mundo das novas tecnologias e dos grupos de interesses económicos e sociais, pressupõe a linguagem unitária da ciência jurídica recolhida nos códigos civis” (MARQUES, Mário Reis, *ult. ob. cit.*, pág. 95).

há muito, se firmaram no nosso pensamento jurídico os antídotos adequados: “...cabe refutar que à ciência do direito possa competir a tarefa servil de explicar e justificar o direito que positivamente lhe é imposto”,⁸¹ pois o direito não se confunde com o poder, não é uma “organização externa de coacção”, mas uma *causa* pela qual vale a pena lutar.⁸² RODOLFO SACCO, escrevendo em 1983,⁸³ após a publicação de *L’Età della decodificazione*, começava por constatar as profundas alterações verificadas no direito civil – nos planos do sistema normativo, com a proliferação das leis especiais e o desaparecimento do código civil do centro do sistema, passando de *a lei civil* a *uma das leis civis*; das fontes do direito, introduzindo as fontes “contratualizadas”,⁸⁴ das características da norma jurídico-civil que, de geral e abstracta, se transformou em *estatuto de grupo*; das novas tendências do direito civil, próprias da visão socializante requerida pela sociedade de massas, com crescentes restrições impostas aos dois pilares dos códigos civis, a propriedade e a autonomia da vontade – para, baseando-se nas numerosas experiências codificatórias, a nível mundial, pós-1945,⁸⁵ concluir que os verdadeiros obstáculos à codificação civil eram outros: “La codificazione non può avvenire se non sussiste alternativamente: o una dottrina unita e prestigiosa, che prepari i quadri concettuali del codice; o un potere accentuato ed energico, che imponga la propria volontà; o una giurisprudenza costante e consapevole, che prepari una consolidazione.”⁸⁶ Interessa anotar, desde já, alguns aspectos salientados por SACCO no referido texto:

- a) O código responde a necessidades de coerência, síntese, simplificação, permanência e estabilidade;
- b) Nele se podem agrupar um certo número de conceitos e de regras de vocação geral, enquanto às leis-fora-do-código se reservarão as normas transitórias, especiais e as dedicadas a questões de detalhe;
- c) O código deve ser sujeito a uma revisão permanente;⁸⁷

⁸¹ SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 46.

⁸² “Do direito como Ideia e do seu sentido axiológico resulta (...) a possibilidade de virmos a compreender a sua obrigatoriedade, a validade da vinculação ética que nos impõe para além da sua mera vigência sociológica. Compreenderemos, inclusive, como só a sua eticidade, impedindo-o de confundir-se com o poder – ao qual não deixará mesmo de opor-se -, nos pode convocar a lutar por ele, a vê-lo não apenas princípio de uma afirmação pessoal e dimensão de uma verdadeira comunidade, como ainda a única alternativa válida, na própria organização mundial, para a negatividade de um mero equilíbrio de forças.” (NEVES, A. Castanheira, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 1968-69, pág. 31).

⁸³ *Codificare: Modo Superato di Legiferare?*, Rivista di Diritto Civile, 1983, Parte I (http://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_006641_resource1_orig.pdf - acesso em 5.05.2014).

⁸⁴ “Una forza organizzata reclama la nuova legge; lo Stato rinuncia a imporsi, appre le contrattazioni, appone il sigillo ad una convenzione che altri ha redatto. Al tempo stesso, le regole non legali si assicurano un diritto di cittadinanza che un tempo non osavano pretendere. Il contratto collettivo, il precedente giurisprudenziale, giocano un ruolo che era sconosciuto nell’età dell’oro del diritto codificato.” (Idem, pág. 119.)

⁸⁵ Dá conta de quarenta códigos civis entrados em vigor desde 1946 e de que, ao tempo, sete legisladores estavam codificando (Idem, pág. 135).

⁸⁶ Ibidem. Cfr. todavia *supra*, nota 11.

⁸⁷ Idem, pág. 123.

- d) Os regimes não democráticos são, em regra, mais favoráveis à codificação do direito, pois os códigos são instrumentos privilegiados da “direcção global da sociedade”;⁸⁸
- e) O código não está superado – está superada a ideia de que um código possa nascer sem lacunas e que a sua letra possa, de per si, oferecer uma boa solução para todos os problemas futuros;⁸⁹
- f) Os códigos contêm normas gerais e abstractas: mas existem graus de abstracção diversos;⁹⁰
- g) Os códigos estão hoje rodeados de leis especiais, que regulam hipóteses particulares;⁹¹
- h) Seria impossível incluir num futuro código normas de origem judicial?⁹²
- i) Podem agrupar-se os códigos em três classes: os que imitaram outro código,⁹³ os que racionalizaram orientações jurisprudenciais,⁹⁴ e os que não fizeram nem uma coisa nem outra;⁹⁵
- j) A aplicação de um código pressupõe juízes formados sobre o código.⁹⁶

§ 3º - O tempo da recodificação?

O olhar comparatista de SACCO, nesse início da década de 80 do século passado, reconhecia na cartografia jurídico-civilista mundial quarenta e sete experiências codificadoras, das quais quarenta consumadas e sete em curso.⁹⁷ Entre os países que, à data e desde o fim da II Guerra Mundial, tinham aprovado códigos civis contavam-se

⁸⁸ Idem, pág. 124.

⁸⁹ Idem, pág. 125.

⁹⁰ Idem, pág. 129.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Idem, pág. 130.

⁹³ Sobre o carácter “europeu” do Código Civil peruano de 1984, “bem como todos os demais diplomas de outras nações sul-americanas”, MEIRA Sílvio, cit., pág. 161. Chamando a atenção para a necessidade de atender às raízes sociológicas das leis, que “Só valem num contexto histórico, numa concreta sociedade a que se aplicam”, ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo*, ROA, Ano 71 (2011), II, pág. 401; no mesmo sentido e a propósito do mesmo tema, CORDEIRO, António Menezes, *Audição Parlamentar realizada no âmbito da apreciação na especialidade do Projeto de Lei n.º 278/XIII.ª (19-07-2013)*, vídeo disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=bmBF0L9m9p4> – acesso em 8.09.2014).

⁹⁴ Por exemplo, o Código Civil do Quebec de 1991, talvez por ser uma ilha num mar de *common law*, “codificou a doutrina e a jurisprudência”: cfr., VACHON, Patrice/MARTINEAU, Fasken, *Une vue d'ensemble du nouveau Code civil du Québec*, Réseau juridique du Québec, in <http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon.htm#Historique du Code civil du Québec> – acesso em 9.05.2014.

⁹⁵ SACCO, Rodolfo, ult. ob. cit., pág. 131.

⁹⁶ Idem, pág. 126 – nota 8. Idêntica observação em DAVID, René, *A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*, www.abysinnialaw.com, pág. 202. Em sentido semelhante, recordando que as grandes inovações do nosso Código Civil em vigor só puderam ser aplicadas “vinte anos após a promulgação do Código: altura em que uma nova geração de juristas, já formados à luz de uma Ciência mais avançada, conseguiu, neles, ver mensagens normativas compreensíveis.”, CORDEIRO, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil*, I, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 58.

⁹⁷ *Supra*, nota 85.

realidades históricas, culturais e políticas as mais diversas: Grécia (1946),⁹⁸ Egipto (1948), Síria (1949), Checoslováquia (1949 e 1964), Iraque (1951), Líbia (1953), Chile (1957), Hungria (1959 e 1978), Etiópia (1960),⁹⁹ Polónia (1964), Portugal (1966), Sudão (1971), Jordânia (1971), Somália (1973), Colômbia (1973), Argélia (1975), República Democrática Alemã (1976),¹⁰⁰ Bolívia (1976).^{101 102} Daí a sua conclusão que a “ideia de código” não está definitivamente superada.

NATALINO IRTI, como vimos, aceita também o caminho para a recodificação: as leis-fora-do-código tendem, com o tempo, a consolidar-se e a integrar novas codificações.

Considerando as múltiplas experiências (re)codificadoras da segunda metade do séc. XX e início do actual, podem apontar-se vários caminhos para devolver as leis ao amparo dos códigos: - actualizar os códigos antigos, reformando as (ou algumas das) suas normas de acordo com os novos princípios constitucionais, as aquisições da ciência jurídica, as orientações jurisprudenciais consolidadas ou com a evolução social;¹⁰³ - reconduzir as leis especiais aos códigos pertinentes em razão da matéria;¹⁰⁴ - substituir os códigos antigos por códigos novos.¹⁰⁵ As experiências de codificação mais recentes revelam níveis crescentes de eclectismo, na medida em que os legisladores materiais trabalham cada vez mais na base do direito comparado, de aproximação das famílias jurídicas

⁹⁸ O Código Civil grego foi promulgado em 1940 e entrou em vigor em 1946 (cfr. <http://jurist.law.pitt.edu/world/greececor2.htm> - acesso em 8.05.2014). Segue a sistemática pandectística, apresentando uma estrutura idêntica à do nosso Código Civil de 1966.

⁹⁹ Este código foi redigido por RENÉ DAVID, que foi professor de Direito Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Paris (Sorbonne) e que, ao referir-se a essa experiência, pôde constatar, entre outras conclusões, que em países subdesenvolvidos o código civil pode servir: a) como modelo de organização social (ob. cit. *supra*, nota 96, pág. 194); b) como meio de transformação radical (modernização) da sociedade (idem, pág. 193); c) como ponto de união de comunidades culturalmente diferentes (idem, pág. 195). Outro comentário de interesse é o de que, ao optar pela dualidade código civil/código comercial, a distribuição das matérias não foi feita “à francesa” mas de modo arbitrário, obedecendo a considerações de natureza pragmática (idem, pág. 197: “The distribution of matters between the Civil Code and the Code of Commerce, not being dominated by a commercial criteria, is in large measure arbitrary.”)

¹⁰⁰ Estava-se, como é sabido, num período anterior à queda do “Muro de Berlim” (1989): cfr. Revista Time, de 20 de Novembro de 1989.

¹⁰¹ Ob. cit., págs. 120-121.

¹⁰² Posteriormente e como veremos com mais pormenor, outros códigos civis foram aprovados, alguns dos quais com a particularidade de unificar, ao menos parcialmente, as legislações civil e comercial: Paraguai (1985), Quebeque (1991), Holanda (1992), Rússia (1994-2006), Brasil (2002).

¹⁰³ Podem apontar-se os exemplos do legislador comercial alemão de 1998, que reformulou, entre outros, o conceito de comerciante (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 260-263; *infra*, Cap. II, § 3º, 3. e nota 220), e do legislador civil português: reforma do direito da família de 1977, admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo (Lei 9/2010, de 31 de Maio).

¹⁰⁴ Lembre-se, a este propósito, a reforma do BGB de 2001-2002 que, para além de alterar aspectos importantes do código, procedeu à transposição de directrizes europeias, à inclusão nele de legislação avulsa (“diversas leis de tutela dos consumidores, com relevo para a das cláusulas contratuais gerais, para a das vendas a domicílio e para a das vendas à distância, complementadas com regras sobre comércio electrónico.” - CORDEIRO, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil*, cit., pág. 70) e à codificação de institutos de origem doutrinal e jurisprudencial, como a *culpa in contrahendo* e a alteração das circunstâncias (Ibidem. Sobre a origem e evolução dos institutos da *culpa in contrahendo* e da alteração das circunstâncias, ver CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, Lisboa, 1984, págs. 527 e ss., e vol. II, págs. 971 e ss.).

¹⁰⁵ Como sucedeu em Portugal com o Código Civil em 1966, no Perú em 1984 e no Brasil em 2002.

romano-germânica e anglo-saxónica,¹⁰⁶ de atenção ao específico enquadramento social em que os códigos hão-de vigorar, de flexibilidade pela utilização de princípios gerais, normas abertas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados que deixem margem para a criação jurisprudencial do direito.¹⁰⁷

Se a descodificação teve, indiscutivelmente, a sua idade, não é menos certo que, olhando para o mundo em globo, os anos mais recentes demonstram um revitalizar da codificação: para além das experiências já referidas e outras que teremos ocasião de estudar, basta, por agora, pensar no direito das grandes economias da actualidade, como a Rússia,¹⁰⁸ a

¹⁰⁶ Aproximação a que nos referiremos com mais vagar (*infra*, Capítulo III, § 4º) e para a qual o quadro europeu muito tem contribuído, dado que a União Europeia reúne países de ambas as famílias – e daí, em parte, as dificuldades do projecto de código civil europeu (ver, sobre a oportunidade e possibilidade de um código civil europeu, a interessante apreciação crítica de YVES LEQUETTE em *Vers un Code Civil Européen?*, *Revue Pouvoirs*, 107, 2003, págs. 97-126). A harmonização jurídica da Europa comunitária tem sido feita, como sabemos, fundamentalmente por meio de directrizes, que impõem aos Estados Membros um resultado deixando-lhes uma certa margem de liberdade quanto à *forma* e aos *meios* de o alcançar (TSFUE, art. 288º). Mais recentemente, parece haver por parte das instâncias da União uma tendência para impor regras comuns através de regulamentos, ultrapassando os Estados Membros, ou de *directrizes de harmonização máxima ou plena*, próximas daqueles (sobre o ponto, MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor (A propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português)*, Themis, 2008, Edição Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, pp. 183-206, *maxime* págs. 184-185). De todo o modo, a estrutura actual do ordenamento jurídico europeu, considerando o papel fundamental desempenhado pela jurisprudência, aproxima-se muito mais do *common law* do que do *civil law*. A tendência – que parece hoje, felizmente, em vias de superação, “... apenas mais um tema para ser reflectido e discutido nas universidades” (MARQUES, Mário Reis, *Considerações sobre a vigência do Código Civil*, cit., pág. 100) – para a codificação europeia, com uma Constituição e um Código Civil, filia-se nos esquemas culturais do *civil law* mas esquece, entre outras coisas, um dos factores essenciais para o sucesso da codificação: um poder forte, uma vontade política unitária.

¹⁰⁷ MURILLO, Maria Luisa, cit., pág. 15.

¹⁰⁸ Que dispõe actualmente de um código civil da família romano-germânica, de estrutura pandectística, promulgado entre 1994 e 2006, que inclui o direito comercial: cfr. DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. espanhola de Jorge Sánchez Cordero, 11ª edição, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010, págs.. 189 e ss.; SINYAVSKAYA, Maria, *Russian Civil Code: General Characteristics of one of the Recent Codifications*, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial: Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 71-80. Cfr. *infra*, Cap. IV, § 1º, 9.

China¹⁰⁹ e o Japão,¹¹⁰ as “ilhas” civilistas nos Estados Unidos¹¹¹ e Canadá,¹¹² para além dos códigos ingleses¹¹³ e norte-americanos,¹¹⁴ e nos novos códigos de *soft law*.¹¹⁵

¹⁰⁹ A China integra três zonas jurídicas: a que corresponde ao território da China continental, dentro das fronteiras definidas em 1949; a Região Administrativa Especial de Hong Kong; e a Região Administrativa Especial de Macau. A primeira e a terceira de tradição romano-germânica, a segunda de tradição anglo-saxónica: DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 391 e ss., em especial 397 e ss. Nas últimas décadas, desde a promulgação da Constituição de 1982, foi publicada numerosa legislação visando modernizar o sistema jurídico chinês, entre a qual o Código Penal e importantes leis consolidantes, como os Princípios Gerais de Direito Civil de 1986 e a Lei dos Contratos de 1999, para além de várias leis sobre questões mercantis. Ver *infra*, Cap. IV, § 1º, 8.

¹¹⁰ O Código Civil japonês, de 1898, de influência alemã, segue a sistematização pandectística, integrando-se portanto na família romano-germânica (DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 411.) *Infra*, Cap. IV, § 1º, 6.

¹¹¹ Referimo-nos, em especial, à Luisiana, o único estado dos EUA cujo direito se filia na família romano-germânica – embora haja outros estados que possuem códigos civis: Califórnia, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Geórgia e Montana (MARQUES, Mário Reis, *Considerações...*, cit., pág. 101, nota 38). Para acesso aos principais diplomas, ver <http://www.legis.la.gov/legis/LawSearch.aspx>. Sobre o direito da Luisiana e a sua história, cfr. HOOD JR., John T., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, 19 La. L. Rev. (1958) - <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol19/iss1/14>; e YIANNOPOULOS, A.N., *The Civil Codes of Louisiana*, 1 CIV. L. COMMENT. 1, 1 (2008) - <http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf> – acessos em 13.05.2014. O Código Civil da Luisiana, aprovado em 1808, teve como fontes os trabalhos preparatórios do Code Civil de 1804 e a versão original deste bem como obras da doutrina jurídica francesa e ainda o direito espanhol pré-codificação. Para o direito norte-americano, com uma breve referência ao direito da Luisiana, ver *infra*, Caps. III, § 2º e IV, § 1º, 3.

¹¹² O Canadá é, desde o *Quebec Act de 1774*, um país de “bijuralismo”, com um ordenamento jurídico dual: em todas as províncias, com excepção do Quebec para o direito privado, vigora o *common law*; as relações jurídico-privadas regem-se, no Quebec, pelo sistema romano-germânico, na base do Código Civil. O direito público é comum a todo o país, Quebec incluído, na base do *common law* (cfr. Department of Justice of Canada, *Canada's System of Justice*, 2005, pág. 5 (www.canada.justice.gc.ca – acesso em 13.05.2014); e LAIDLER, Pawel, *The Distinctive Character of the Quebec Legal System*, in <http://www.ptbk.org.pl/userfiles/file/laidler04.pdf> - acesso em 13.05.2014. Sobre o *Quebec Act de 1774* e o circunstancialismo histórico que possibilitou a manutenção da tradição jurídica romano-germânica nesta província do Canadá, ver BRUNET, Michel, *French Canada and the early decades of British rule 1760-1791*, The Canadian Historical Association, Historical Booklet N° 13, Ottawa, 1981 (http://www.nlc-bnc.ca/obj/008004/f2/H-13_en.pdf - acesso em 13.05.2014). *Infra*, Cap. IV, § 1º, 2.

¹¹³ O direito inglês – direito jurisprudencial por excelência – tem vindo a sofrer, particularmente desde a II Guerra Mundial, uma evolução no sentido de uma maior importância (pelo menos quantitativa) do direito legislado, através dos *Acts of Parliament*, como, por exemplo, o *Companies Act* ou o *Insolvency Act*, regulamentados pelas “regulations” e “orders”, formando, no conjunto, o chamado “statutory law” por oposição ao “common law” ou “case law” – evolução que se deve ao papel da lei na sociedade técnica e à integração europeia. Alguns destes *Acts* – como os referidos – são considerados “códigos” (“legislative codes”), embora não correspondam rigorosamente ao conceito europeu continental de código. Cfr. DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 270 e ss.; *infra*, Cap. III, §1º, 7.

¹¹⁴ Evolução de sentido semelhante tem sido a do direito norte-americano, com o aumento da intervenção dos órgãos legislativos, estaduais e federais, e o reforço do “statutory law”. Sobre o direito norte-americano, ver *infra*, Caps. III, §2º, e IV, § 1º, 3. No âmbito comercial, as leis consolidantes, se bem que não correspondam exactamente à ideia de código do mundo do *civil law* – mais minuciosas e casuísticas -, têm vindo a tomar um lugar de grande relevo desde finais do século XIX: cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 80-81. Acerca do esforço de racionalização e uniformização do direito dos Estados Unidos, que vem sendo feito desde 1892 com a constituição da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, por proposta da *American Bar Association*, especialmente bem sucedido no campo do direito comercial – com o *Uniform Commercial Code* - mas que ainda é uma “aspiration rather than reality”, ver *Uniform Laws* em <http://www.law.cornell.edu/ucc/uniform> (acesso em 14.05.2014).

¹¹⁵ *Soft law* que pode ser entendido em, pelo menos, dois sentidos diferentes: como regras de conduta, normalmente codificadas, elaboradas por organizações públicas, quase-públicas ou privadas no âmbito de uma auto-regulação nacional ou internacional (ex.: os códigos de *corporate governance* ou governação das sociedades, os *Unidroit Principles*); e significando modelos de leis propostos aos poderes legislativos (ex.:

Será, sem dúvida, uma codificação diferente da primeira, dos tempos iluminados dos séculos XVIII e XIX, pois que, perdidas quase todas as grandes certezas de então, sabemos bem que os códigos não nascem sem lacunas e que a sua letra não pode, de per si, oferecer uma boa solução para todos os problemas futuros; sabemos que a lei é apenas uma – se bem que (ainda) com maior importância relativa – das fontes do direito; sabemos, para lá disso tudo, que a norma só existe na decisão do caso concreto e que esta decisão não pode, por isso, obter-se de cima para baixo, subsumindo o caso à norma, mas há-de resultar da busca informada e da aplicação cuidada, pelo juiz, dos critérios normativos que o direito vigente, no seu todo, oferece; e que, por causa disso, os novos códigos têm de se adequar à *iusdictio*, têm de abandonar a técnica de tudo querer prever e controlar (“se A, então B”) para oferecer quadros de grandes princípios orientadores e normas suficientemente flexíveis;¹¹⁶ mas sabemos também que não é possível nem desejável, nestes tempos de relativismo e incerteza, prescindir de um mínimo de segurança jurídica.¹¹⁷

os “model acts” ou “model codes” do *American Law Institute*). Sobre os códigos de *corporate governance*, ver WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and Its Member States*, EUROPEAN COMMISSION, Internal Market Directorate General, 2002 (disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf - acesso em 14.05.2014); para os EUA, os “*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*” do ALI (*American Law Institute*) - http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=88 (acesso em 14.05.2014). O ALI é uma organização privada cujo lema é “Dedicated to Clarifying and Improving the Law” e cujo trabalho inclui a elaboração e proposta de “model acts”, de que são exemplo o *Model Penal Code* e o *Model Code of Evidence*, e a elaboração de compilações sistematizadas e comentadas de jurisprudência temática, os chamados “restatements” e os mais apurados “concise restatements” (por exemplo, *Concise Restatement of Torts* e *Concise Restatement of Property*).

¹¹⁶ O que se procura hoje é a bissetriz possível entre legalismo e decisionismo, entre “o legislativo que perdeu a confiança da sociedade” e “um judicial que a não ganhou” (SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., págs. 138-139). Numa perspectiva metodológica, OLIVEIRA ASCENSÃO fala de “mecanicismo”, próprio do “juiz automático”, e de “empirismo”, instrumento do “juiz autocrático”, afastando ambos os extremos: *Mecanicismo, Equidade e Cláusulas Gerais no Direito das Obrigações*, RIDB, Ano 3 (2014), nº 7, pág. 4737. (Como exemplos de “empirismo” ou “ativismo” judicial, que ilustra bem os perigos referidos por OLIVEIRA ASCENSÃO, ver os casos narrados em <http://www.dividaempresarial.com.br/responsabilidade.html> - acesso em 18.06.2014.) Extremos só evitáveis pela intervenção da doutrina, fonte última do direito legislado e do direito jurisprudencial, que a técnica legislativa referida no texto visa facilitar, abrindo a “porta mais visível” para a entrada no sistema jurídico das construções que permitam, em cada momento, alcançar as melhores soluções: MONTEIRO, António Pinto, *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, RLJ, Ano 145º, Nº 3995 (Nov.-Dez. 2015), págs. 66 e ss., max. págs. 76-77.

¹¹⁷ RAPALLINI, Liliana Etel, *El perfil jurídico del Mercado Común del Sur*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción - Capital Jurídica del MERCOSUR, Paraguay, Año 1, Nº 1, 2013, pág. 106 (<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/32> - acesso em 13.05.2014).

Capítulo II – Origens da codificação do direito comercial

“Alors si l’on célèbre le Code de 1807 à l’heure actuelle tandis que l’on a récemment éprouvé le besoin de ‘recodifier’, c’est bien précisément parce qu’il offre déjà avec le recul du temps un document fort intéressant sur les aléas de l’exercice si difficile, si aventuré, de cet art que réclame l’élaboration d’un code.”
Jean Hilaire¹¹⁸

§ 1º - O Code de commerce

É comum a ideia segundo a qual o direito comercial, no sentido em que o conhecemos, de corpo normativo especializado nos sectores fundamentais das relações económicas privadas, é de formação muito posterior ao desenvolvimento de actividades comerciais. Vêm estas dos primórdios da Humanidade, data aquele da Baixa Idade Média (séc. XII),¹¹⁹ do *ius mercatorum* medieval: direito particular da classe mercantil, criado pelas suas associações profissionais (corporações) sem a mediação da sociedade política,

¹¹⁸ *Genese et destin du Code de commerce de 1807*, pág. 2, (www.univ-montpl.fr/.../genese_destin_jean_hilaire - acesso em 22.05.2014).

¹¹⁹ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, I, 11ª édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, págs. 10 e ss; CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, I, Universidade de Coimbra, polic., 1973, págs. 8-9; CHARTIER, Yves, *Droit des Affaires*, I, PUF – Presses Universitaires de France, 1984, págs. 23 e ss. Para a história do direito comercial, com particular ênfase na jurisdição comercial, ver a interessante exposição de JOSÉ FERREIRA BORGES em *Das fontes, especialidade, e excellencia da administração commercial segundo o Codigo Commercial Portuguez*, Typographia Commercial Portuense, Porto, 1835, págs. VII-XIX; ver também, sob a perspectiva das fontes do direito comercial e com uma interessante nota de direito comparado, THALLER, E., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Troisième Édition, Arthur ROUSSEAU Éditeur, Paris, 1904, págs. 34-44 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5463941k/f3.image> - acesso em 13.10.2015).

aplicável aos seus membros (os comerciantes) e por elas efectivamente aplicado através da jurisdição consular.^{120 121}

Este direito particular desenvolveu-se, acompanhando o crescimento da actividade mercantil, a partir do século XII, nas comunas ou cidades-estado italianas (Génova, Florença, Veneza, Milão) e noutras cidades europeias. Merecem destaque os estatutos de Génova, Florença e Veneza, o *Libro del Consolat del Mar* da Catalunha¹²² e as sentenças do tribunal marítimo de Oléron (França).¹²³

Por outro lado, formam-se ligas ou associações de cidades, como a célebre e poderosa Liga Hanseática,¹²⁴ com vista a garantir os privilégios dos seus mercadores em espaços

¹²⁰ GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., págs. 31 e ss., max. 39 e ss; para uma perspectiva oitocentista centrada na experiência francesa, ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce et de la Legislation Commerciale*, I, 3ª édition, Marchal, Billard & Cie, Paris, 1879, págs. 5 e ss. Sobre a afirmação tradicional segundo a qual o direito romano não teria conhecido um *jus commerciale* (cfr., por todos, RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., pág. 11) e a sua actual relativização/superação, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 48-51. Para além das indicações bibliográficas disponíveis nesta obra, ver, quanto a esta questão, SCOGNAMIGLIO, Margherita, *L'economia di scambio nell'antica Roma*, Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze, Anno I, Numero 12, Dicembre 2004 (www.rivista.ssef.it), também com ampla referência bibliográfica; GALGANO, Francesco, cit., pág. 25; sobre a disciplina das empresas no direito romano, ver SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *Acciones del Comercio y de la Empresa: Responsabilidad Civil del Empresario-Dueño, de las Empresas Matrices y Filiales frente a Terceros, en la Roma Clásica*, Revista Juridica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador (http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=759&Itemid=55 - acesso em 7.06.2014); falando abertamente de um “diritto commerciale romano”, SOLIDORO, Laura, *Annotazioni sullo studio storico del diritto commerciale*, Relazione tenuta all'Università degli Studi di Salerno in occasione del Convegno ‘Soggetti e Responsabilità nell'impresa: una prospettiva storico-comparatistica’, 28 Aprile 2008 (http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2009/contributi/2009_Contributi_Solidoro_EvoluzioneDirittoCommerciale.pdf - acesso em 10.06.2014). O ponto não nos interessa directamente, mas sempre diremos estar fora de dúvida que o direito romano conheceu e tratou diversos institutos jurídicos comerciais, os seus princípios, como a *aequitas* e a *bona fides*, desempenharam um papel fundamental no *ius mercatorum* medieval, com destaque para a jurisdição consular, a sua ciência do direito está na base daquilo a que podemos chamar a ciência do direito comercial – mas o “espírito” do direito privado romano está nos antípodas do direito comercial: “... é a obtenção da ‘estabilidade das relações jurídicas’; a ‘conservação’ e não a ‘acumulação’ da riqueza.” (MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., pág. 45, nota 83.)

¹²¹ As fontes do *ius mercatorum* – expressão que pertence à linguagem jurídica culta, devendo-se a sua criação como disciplina científica à Escola dos Comentadores (JUSTO, A. Santos, *Nótulas...*, cit., pág. 29), e a sua construção intelectual a grandes juristas, essencialmente italianos mas em que se inclui um português: Benvenuto Stracca d’Ancone (1509-1578), Pedro de Santarém ou Petrus Santerna (?-?), Sigismondo Scaccia (1564?-1634), Ansaldo de Ansaldis (1651-1719) e Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi (1670-1737): cfr. ALPA, Guido, *Le “Code de Commerce” et l’Italie: Quelques Reflexions sur l’Histoire et les Perspectives du Droit Commercial*, Revue Internationale de Droit Comparé 2007, vol. 59, n° 2, pág. 238) – eram os estatutos das corporações mercantis, o costume mercantil e a jurisprudência consular (GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., pág. 40). Sobre as fontes do direito comercial francês anteriores ao Code de commerce, ver RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., págs. 10-15; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *As Companhias Pombalinas – Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 284-285, nota 829.

¹²² Cfr. *Libro del Consulado del Mar*, edición del texto original catalán y traducción castellana de ANTONIO DE CAPMANY, Cámara Oficial de Comercio y Navegación de Barcelona, 1965.

¹²³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 29 e ss., Autor que recorda a importância fundamental do comércio marítimo na génese do direito comercial (Idem, pág. 31, nota 7). “A história (...) da navegação é em verdade a história do Comércio.” – BORGES, José Ferreira, *Das fontes...*, cit., pág. VII.

¹²⁴ Sobre as origens da Liga Hanseática, no século XIII, os seus trezentos anos de vida e a sua extraordinária importância económica, militar e política, HALLIDAY, Stephen, *The First Common Market? The Hanseatic League*, History Today Volume: 59 Issue: 7 2009 (<http://www.historytoday.com/stephen>

(e mercados) cada vez mais amplos. Este facto, potenciado pelo esforço dos juristas desde, como vimos, os comentadores, proporcionou o aparecimento de um “Direito ‘comum’ europeu comercial”,¹²⁵ conferindo-lhe a característica da “universalidade” que tradicionalmente lhe é apontada.¹²⁶

Com a centralização do poder real e o posterior advento do absolutismo, o particularismo jurídico medieval deu lugar a um direito progressivamente estatizado, transformando-se radicalmente: “o que foi direito de classe transforma-se em direito do Estado; o que foi direito universal converte-se em direito nacional.”¹²⁷ O poder político, na sua concepção centralizadora e autocrática,¹²⁸ domina agora a sociedade civil, dissolvendo os particularismos e assimilando os elementos susceptíveis de servir os seus desígnios: as corporações, antigas associações profissionais auto-reguladoras, auto-reguladas e independentes, transformam-se em instituições auxiliares do Estado, sujeitas a rígidos regulamentos estatais que as remetem para o exercício de funções de “polícia das profissões”; as fontes do direito comercial são, agora, as leis do Estado; a jurisdição comercial passa para os tribunais do Estado.¹²⁹

A política absolutista assume-se, na vertente económica, desenvolvimentista, nos quadros das correntes de pensamento económico e das práticas de política económica geralmente seguidas nos séculos XVI e XVII e que se conhecem pela designação de *mercantilismo*.¹³⁰ Como se sabe, as correntes mercantilistas caracterizaram-se pelo *metalismo*, pelo *nacionalismo* e pelo *dirigismo*. *Metalismo*, porque o afluxo dos metais preciosos vindos da América por obra dos Descobrimentos peninsulares firmou a convicção de que a riqueza provém desses metais, levando consequentemente os países que os tinham –

halliday/first-common-market-hanseatic-league - acesso em 15.05.2014). Sobre a *Ansa Teutonica*, BORGES, José Ferreira, *Das fontes...*, cit., págs. XI-XII.

¹²⁵ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 53.

¹²⁶ CORREIA, A. Ferrer, cit., págs. 10-11; OLAVO, Fernando, *Direito Comercial*, I, 2ª edição, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, págs. 22-23; GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., págs. 21 e ss. Sobre a necessidade de actualização desta perspectiva, CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 153-155. Cremos que tudo depende do prisma adoptado pelo observador: se compararmos o modo como o direito comercial positivo se apresenta nos vários países, notaremos as diferenças próprias da diversa evolução da legislação comercial (dualidade de códigos de direito privado *versus* código único; códigos comerciais mais antigos e mais modernos/actualizados; filiação no “sistema objectivo” ou no “sistema subjectivo” e respectivas *nuances*); mas se olharmos para o grau de uniformização da disciplina dos institutos mais relevantes (como o direito das sociedades, dos contratos de comércio internacional ou da insolvência, por exemplo), do *soft law* (como os *Unidroit Principles*, considerados uma compilação da *lex mercatoria*, ou os *Principles of European Contract Law*) e da prática comercial (como o *forum shopping*, o *law shopping* e a arbitragem), a sua universalidade é inquestionável.

¹²⁷ GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., pág. 56.

¹²⁸ O Estado absoluto, constituído pelo conjunto do soberano, do funcionalismo e do exército, podia ser concebido como uma “máquina de constrangimento”: SOARES, Rogério Ehrhardt, cit., pág. 33.

¹²⁹ GALGANO, Francesco, ult. ob. e loc. cit. De notar, porém, que os tribunais que passam a aplicar o direito comercial, em substituição das antigas jurisdições corporativas, são tribunais especiais, constituídos por juízes eleitos por uma assembleia de mercadores, mas nomeados pelo Rei e investidos de poder soberano: estatização que se inicia com o Édito de Carlos IX de Novembro de 1563, que estabelece os *Juizes-Cônsules* da cidade de Paris, solução que se estendeu a todo o país com a *Ordonnance du commerce de 1673*. Acentuando a natureza pública (estatal) da nova jurisdição comercial, se bem que constituindo uma jurisdição especial, MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, cit., pág. 286.

¹³⁰ Sobre o mercantilismo, ver MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 163 e ss.; WEBER, Max, *Concepto y premisas del capitalismo*, El origen del capitalismo moderno, en *Historia económica general (1923-24)*, México, F.C.E., 1978, § 8. C. (<http://www.ual.es/personal/caranda/Max-Weber.pdf> - acesso em 14.10.2015).

especialmente, a Espanha - a querer conservá-los, estabelecendo o monopólio estadual do ouro e da prata, proibindo a sua exportação, tentando mais tarde evitar essa exportação pela manutenção de uma balança comercial favorável ou, pelo menos, equilibrada, e pelo desenvolvimento industrial; e os países que os não possuíam – como a França – a procurar obtê-los através do estabelecimento de relações económicas com o exterior, o que pressupunha o desenvolvimento das indústrias, principalmente dos “bens ricos” – diríamos hoje com maior valor acrescentado – como as sedas, tapeçarias, louças, perfumes. O desenvolvimento das indústrias de luxo e da marinha mercante promovido por Colbert, o conhecido ministro de Luís XIV, foi o alicerce económico do poder do Estado francês nesses tempos de absolutismo extremo.¹³¹ *Nacionalismo*, porque a concentração da riqueza sob a forma da posse dos metais preciosos se destinava ao próprio país e ao seu engrandecimento relativamente às outras nações. *Dirigismo*, porque a centralização do poder e o espírito autocrático próprio do absolutismo não se compaginavam com a confiança na livre iniciativa dos particulares como meio de assegurar o enriquecimento do país, antes se propunham obter esse acréscimo de riqueza sob orientação – e também sob a acção directa - do poder central.¹³²

A política mercantilista dos Estados visa, assim, o máximo desenvolvimento das transacções comerciais, acabando por favorecer a classe mercantil pois o seu êxito proporciona também a consolidação da riqueza desta classe. Perdido o seu antigo estatuto de autonomia, sujeita politicamente ao Estado absoluto, a classe dos comerciantes beneficia economicamente com ele, aumentando o ritmo de acumulação do capital comercial.¹³³

Natural é, portanto, que, no âmbito dessa política e como seu instrumento, o Estado absoluto adoptasse também “uma política de direito comercial própria”,¹³⁴ refundindo-o, uniformizando-o, compatibilizando-o com uma concepção política fortemente centralizadora e controladora, numa palavra tratando-o como direito sobre matérias relativas ao “governo e à política geral do Estado”, transformando-o em direito público.¹³⁵ Assim nascem, na França do Rei-Sol, as *Ordonnances de 1673* (“sur le commerce de terre”) e *de 1681* (“sur la marine”), as primeiras codificações do direito comercial.¹³⁶

¹³¹ Cfr. GOURDAULT, Jules, *Colbert, Ministre de Louis XIV (1661-1683)*, Sixième Édition, Alfred Mame Et Fils, Editeurs, Tours, M DCCC LXXXIV (<https://archive.org/details/colbertministred00gourouft> - acesso em 9.09.2014).

¹³² MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, loc. cit., obra que aqui se segue de perto.

¹³³ GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., págs. 56-57. A Ordonnance de 1673 abre com estas palavras: “Comme le commerce est la source de l’abondance publique et la richesse des particuliers, nous avons, depuis plusieurs années, appliqué nos soins pour le rendre florissant dans notre royaume.” Uma das formas de enriquecimento da burguesia comercial foram as “companhias privilegiadas” ou “majestáticas” – em França designadas “compagnies à charte” –, fruto da colaboração dos negociantes com o Estado e que, no séc. XVII, “absorveram praticamente todo o comércio externo”: cfr. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, cit., pág. 85.

¹³⁴ GALGANO, Francesco, ult. ob. e loc. cit.

¹³⁵ Na classificação de DOMAT: cfr. GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., pág. 58 e nota 7; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, cit., págs. 289-290.

¹³⁶ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., pág. 14. A regulação legislativa da matéria comercial surge, assim, como um aspecto da intervenção geral do Estado absoluto na vida económica – do dirigismo económico característico do mercantilismo –, com vista à eficiência do aparelho económico (GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., pág. 59). A *Ordonnance de 1673* “constituiu o primeiro gesto codificador tendente

Obra de JACQUES SAVARY, a *Ordonnance de 1673* (*rectius*, "Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail") ficará também conhecida por *Code Savary* ou "*Code marchand*". É constituída por doze títulos que contêm um total de 122 artigos e apresenta uma sistematização que será, em geral, retomada pelo *Code de commerce de 1807*.^{137 138 139}

As ideias do racionalismo iluminista e da existência de uma "ordem natural" que comandaria a vida em sociedade para assegurar a felicidade dos homens, próprias do pensamento do século XVIII, surgiram, naturalmente, em contraponto das ideias em que assentava a ordem da monarquia absoluta: onde esta pretendia a centralização e o férreo controlo com vista ao bem comum, aquelas viam a necessidade de respeitar a ordem natural dos homens e das coisas – "porque quanto façam contra ela só poderá retardar os efeitos benéficos que hão-de advir dessa mesma *ordem natural*."¹⁴⁰ Ideias que só podiam conduzir – como conduziram –, num primeiro momento, à defesa da liberdade económica, o que seria feito pelos fisiocratas franceses e por Adam Smith:¹⁴¹ as actividades económicas deveriam ser desenvolvidas livremente, "pois qualquer regulamentação criada pelos homens seria sempre menos ajustada a essas actividades do que a própria

a enquadrar o direito comercial na ordem jurídica interna do Estado." (MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, cit., pág. 286 – nota 832.)

¹³⁷ JACQUES SAVARY (1622-1690) era um comerciante que se tornou muito influente como conselheiro do governo em matérias comerciais e como árbitro em disputas mercantis. É autor de *Le parfait négociant* (1675), obra traduzida em várias línguas (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86207898/f13.image> - acesso em 18.12.2015).

¹³⁸ Os grandes objectivos da *Ordonnance de 1673* foram uniformizar o direito mercantil, disperso por estatutos e costumes locais, prevenir abusos, dar confiança ao comércio, considerado actividade fundamental para "a abundância pública e a riqueza dos particulares". E as suas normas vão ao encontro de tais objectivos; por exemplo: reforçando a segurança nas transacções (prazos de prescrição do direito de propositura das acções para pagamento do preço das vendas feitas por comerciantes – arts. 7 e 8 do Título I; prova da venda e da exigibilidade do preço – art. 10 do mesmo Título; "calibração" dos animais de transporte de mercadorias – art. 11 do mesmo Título); impondo a organização e manutenção da escrita comercial e a sua publicidade (Tít. III); garantindo a "transparência" na constituição e alteração das sociedades (Tít. IV) – pretendendo evitar sócios ocultos, que se eximam às suas responsabilidades (GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., pág. 58); estabelecendo a regra geral da responsabilidade ilimitada dos sócios (art. 7 do Tít. IV), com a excepção dos comanditários (art. 8 do mesmo Título); proibindo o anatocismo (art. 2 do Tít. VI); garantindo os credores com um regime da falência particularmente severo (arts. 11 e 12 do Tít. XI); reduzindo a competência dos tribunais consulares (art. 10 do Tít. XII), a fim de "reequilibrar" um pouco a posição da parte não comercial da relação jurídica. Não sendo uma obra perfeita, a *Ordonnance de 1673*, como primeira codificação de um direito estatutário e costumeiro, é digna de admiração: RIPERT, Georges/ROBLOT, René, ob. e loc. cit. em ult. lugar.

¹³⁹ Assumem, também, especial relevo as *Ordenanzas de Bilbao*, cuja origem parece remontar ao século XVI e de que a última versão data de 1737; revelando influência das *Ordonnances* francesas, inspiram por seu turno o Código de Comercio de 1829 (*infra*, Cap. IV, § 2º, 1) e são determinantes na formação do direito comercial dos países da América de língua espanhola. Sobre as *Ordenanzas de Bilbao*, ver MOTILLA MARTÍNEZ, Jesus, *Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, Interesante Fuente Historica del Derecho Mercantil (versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto)*, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf> - acesso em 16.05.2014.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., pág. 187.

¹⁴¹ Fisiocratas que se afirmam dentro da estrutura do Estado absoluto: Quesnay foi médico de Luís XV e vivia no palácio de Versalhes, Turgot e Bertin seriam ministros de Luís XVI: *Ibidem*, págs. 187-188, notas 101 e 102.

harmonia da *ordem natural*.” Daí, “*laissez faire, laissez passer, le monde va de soi même*”.¹⁴²

Liberdade desejada pela burguesia comercial enriquecida, que encontraria no novo ambiente filosófico-político o veículo de remoção dos obstáculos ao seu desenvolvimento: as corporações, primeiro, a monarquia absoluta e a sua ordem político-social, depois.¹⁴³

A obra legislativa da Revolução limita-se, no âmbito do direito comercial, à afirmação das consequências dos princípios gerais da liberdade e da igualdade: a liberdade de comércio (Decreto d’Allarde, Maio de 1791) e a supressão das corporações (Lei Le Chapelier). De resto, as *Ordonnances de Luís XIV* mantêm-se em vigor, mesmo no que respeita aos tribunais consulares, apesar da animosidade das novas ideias relativamente às jurisdições especiais. A Assembleia Constituinte decidiu a elaboração de um código comercial em simultâneo com um código civil; mas, ao contrário do que se passou com este último, em que vários projectos foram redigidos no período revolucionário,¹⁴⁴ nada foi feito para aquele.¹⁴⁵

A 3 de Abril de 1801, já no período do Consulado, é nomeada uma comissão encarregada de preparar um projecto de código comercial; depois de vários avanços e recuos, em 1806, pressionado por uma economia em crise desde o fim de 1805, a baixa do consumo, as falências, as graves dificuldades do Banco de França e as especulações dos fornecedores do exército,¹⁴⁶ Napoleão exige a rápida conclusão dos trabalhos e a aprovação do novo

¹⁴² Ibidem, pág. 190. “O mercantilismo foi resposta a prazo para as necessidades da burguesia decorrentes sobremaneira da nova dinâmica comercial emergente dos Descobrimentos. Por outro lado o fisiocratismo irmanado com a ordem natural era portador daquele liberalismo que percorreu a estrada larga de Locke a Adam Smith, e neste último convergiram definitivamente liberdade e pensamento económico, ao reconhecer como característica Cardinal do Homem a sua acção, através da qual se operam as transformações que conduzem à felicidade geral.” (DIAS, José Henrique Rodrigues, *José Ferreira Borges – Política e Economia*, Instituto Nacional de Investigação Científica, Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1988, pág. 5.)

¹⁴³ Foi Turgot quem extinguiu as corporações profissionais em 1776, restabelecidas pelo seu sucessor, Clugny (MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., pág. 188 – nota 102). Corporações que seriam definitivamente suprimidas no período revolucionário pelo Decreto de 14 de Junho de 1791, conhecido como Lei Le Chapelier (RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., pág. 15). Para compreender a razão pela qual a eliminação das corporações correspondia a um anseio da própria classe comercial dos últimos decénios do séc. XVIII, vale a pena recordar o que escreveu ORLANDO DE CARVALHO “sobre a opressão corporativa e administrativa que caracterizou a vida das instituições mercantis no período que precedeu a Revolução Francesa”: “opressão corporativa, com a formação de sempre mais apertadas e ciosas castas profissionais, de substrato estritamente hereditário, e opressão administrativa, com a imposição, por parte do Estado, de uma burocracia e regulamentação cada vez mais angustiantes, que impediam todo o progresso inventivo dentro do exercício da indústria” (*Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I – O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, Coimbra, 1967, pág. 24, nota 16).

¹⁴⁴ DELPLANQUE, Catherine, cit., pág. 2.

¹⁴⁵ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, ob. e loc. cit. em ult. lugar. A opção pela dualidade de códigos – civil e comercial – pode explicar-se pelo exemplo precursor das *Ordonnances* seiscentistas mas também pelo objectivo socialmente unificador do direito saído da Revolução Francesa, que acolheria no código geral (código civil) apenas as matérias susceptíveis de generalização, como a capacidade jurídica, a propriedade ou as relações familiares, excluindo dele as não generalizáveis porque referidas a âmbitos limitados e parciais (como era o caso do direito comercial ou do direito penal): cfr. CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, cit., págs. 48-50.

¹⁴⁶ Crise que haveria de se intensificar, principalmente pelo contínuo esforço de guerra, e seria uma das causas do fim do Primeiro Império (cfr. http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/premier_Empire/118023 - acesso em 21.05.2014).

código, o que, seguindo idêntico processo ao do *Code civil*, se veio a fazer com a votação de cinco leis distintas, reunidas num único código pela Lei de 15 de Setembro de 1807, tendo entrado em vigor a 1 de Janeiro de 1808.¹⁴⁷

Enquanto o *Code Civil de 1804* “olha como que para a frente”, proclamando um novo modelo de sociedade, o *Code de commerce de 1807* “olha como que para trás”:¹⁴⁸ seguindo o plano sistemático da *Ordonnance de 1673* e incluindo o direito marítimo retirado da *Ordonnance de 1681*, reproduz “presque servilement le droit du passé, alors que déjà, en 1807, on pouvait prévoir la véritable révolution qui allait se produire dans l’industrie et le commerce.” “Avant même les mesures récentes qui l’ont vidé de la plus grande partie de son contenu, le Code ne contenait aucune règle sur des institutions qui avaient pris en pratique une importance capitale: par exemple le fonds de commerce, les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les parts de fondateur et les obligations, l’organisation des bourses et des banques, la propriété industrielle.”¹⁴⁹ Foi obra de valor medíocre, excepção feita à parte do direito marítimo, o que se ficou, em grande medida, a dever à falta de uma doutrina de nível próximo da que orientou os autores do *Code Civil*.¹⁵⁰

Duas das marcas de água do *Code de commerce* são o regime da falência (Livro III) e a jurisdição comercial (Livro IV) – o primeiro porque se pretendiam combater os abusos que haviam levado às “retentissantes faillites de 1806”; a segunda porque se acreditava que “il y a pour le commerce un abri nécessaire sans lequel il ne saurait prendre confiance en ses forces, ni les faire concourir à la fortune publique, c’est celui d’une juridiction

¹⁴⁷ Ver, sobre o processo de revisão das *Ordonnances de Luís XIV* que culminou na aprovação do *Code de commerce*, TULARD, Marie-José, *Le Code de Commerce* (http://www.napoleon.org/fr/salle_lecture/articles/files/codecomm_tulard_fayard.asp - acesso em 23.05.2014).

¹⁴⁸ Expressões utilizadas por CABRAL DE MONCADA (ob. cit., vol 1º, pág. 130) a propósito do jusnaturalismo racionalista da Escola de direito natural e da Neo-escolástica, respectivamente.

¹⁴⁹ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., pág. 16. Lembrando que o contraste do *Code de commerce* com as Ordenanças de Luís XIV “é mais aparente do que real” (a propósito do ponto fundamental da “determinação da matéria mercantil”), CARVALHO, Orlando de, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., págs. 28-29, nota 21. No mesmo sentido, recordando que “a alteração que o Code introduziu no modelo tradicional do direito mercantil esteve apenas na delimitação *mais ampla* e precisa das suas fronteiras, que continuam a ser as do mercado profissional dos comerciantes” e que o modelo objectivo que se expande com o movimento codificador do século XIX não é propriamente o do “petit Code” mas o que foi forjado pela doutrina e jurisprudência na esteira de PARDESSUS, “o próprio organizador do sistema dos actos de comércio”, “em consonância com os *reais interesses* dos comerciantes no seu mercado liberal”, modelo expansionista de organização e delimitação do direito comercial que haveria de suscitar críticas vigorosas (VIVANTE), SENDIN, Paulo M., *Artigo 230, Código Comercial, e Teoria Jurídica da Empresa Mercantil (Um Primeiro Apontamento)*, Separata do número especial do BFD – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia” – 1984, Coimbra, 1989, págs. 12 e ss., e nota 5, 35-36 e 141.

¹⁵⁰ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, ult. ob. e loc. cit. Deve, todavia, creditar-se ao *Code de commerce* o facto de ter sido, enquanto primeiro código comercial moderno (no sentido de nascido sob a égide da Revolução Francesa), o instrumento da “civilização” ou “privatização” do direito comercial, que então (re)nasce em oposição ao direito de carácter público do Antigo Regime (CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 22-23 e nota 14). E, nessa linha, representar a marca originária da *especialidade* do direito comercial relativamente ao direito civil ou privado comum: cfr., por exemplo, o art. 109 do *Code de commerce* e o art. 1341 do *Code Civil* sobre a forma do contrato de compra e venda. Para outros exemplos, ver FLUME, Johannes W., *Law and Commerce – The Evolution of Codified Business Law in Europe*, pág. 9 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380751 – acesso em 6.06.2014).

spéciale.”¹⁵¹ Tribunaux que ficavam a dever a sua condição especial à necessidade de observação dos seguintes princípios: “premièrement, l'expérience des juges dans les opérations de commerce; deuxièmement, la simplicité dans les débats entre les parties; troisièmement, la procédure expéditive; quatrièmement, la rapidité dans l'exécution des jugements.”¹⁵²

Amputado por numerosas e importantes leis especiais,¹⁵³ o *Code de commerce* chegou ao início do século actual transformado em “un cadre vide”.^{154 155 156}

Mas, decantado pelo tempo, dá-nos também indicações preciosas sobre a dificuldade e a “aventura” da “arte da codificação” do direito comercial, que pressupõe: - a clarificação da concepção do direito comercial e da sua delimitação;¹⁵⁷ - a consideração da natureza

¹⁵¹ Jean-Guillaume LOCRÉ, secretário-geral do Conselho de Estado, justificando a manutenção dos tribunais de comércio como jurisdição especial (*Esprit du Code de Commerce*, Tome Quatrième, Deuxième Édition, Dufour & Cie, Libraires, Paris, 1829, pág. 1 – <https://ia600403.us.archive.org/35/items/espritducodedeco04locr/espritducodedeco04locr.pdf> - acesso em 14.10.2015). Chamando a atenção para a importância da raiz processualista do direito comercial, CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 121, nota 64. No mesmo sentido, FLUME, Johannes W., ob. e loc. cit.

¹⁵² MARSEILLE, Jacques, ob. e loc. cit. Devemos convir que não se diria hoje melhor.

¹⁵³ Entre as primeiras leis posteriores ao *Code de commerce* que marcaram, em França, a descodificação do direito comercial, podem apontar-se: a Lei de 1838 sobre a falência, suavizando as sanções impostas pelo código ao falido e melhorando o processo; as leis de 5 de Julho de 1844 e de 28 de Junho de 1857 sobre a propriedade industrial; a “grande lei” de 24 de Julho de 1867 sobre as sociedades comerciais, que esteve em vigor quase um século; a lei que liberalizou as taxas de juro em operações comerciais (Lei de 12 de Janeiro de 1886); a Lei de 10 de Dezembro de 1874 sobre a hipoteca marítima; a Lei de 17 de Março de 1909 sobre o *fonds de commerce*. (RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., págs. 17 e ss.; CHARTIER, Yves, cit., pág. 28; sobre a sucessão de leis em matéria de sociedades no séc. XIX francês, ver BANGILLON, Ar. Bouvier, *La Legislation Nouvelle sur les Sociétés – Loi du 1er Aout 1893 – Commentaire Theorique et Pratique*, L. Larose, Éditeur, Paris, 1894, págs. 5 e ss. – <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62597416/f219.item.zoom>, acesso em 11.10.2015.)

¹⁵⁴ RIPERT, Georges/ROBLOT, René, cit., pág. 16; MARSEILLE, Jacques, ob. e loc. cit.); CHARTIER, Yves, cit., pág. 27.

¹⁵⁵ Técnica de descodificação e esvaziamento do código semelhante à que se seguiu entre nós mas que, em França, foi posteriormente alterada, como veremos (*infra*, Cap. IV, § 1º, 4.), pela “codification à droit constant”, que se traduziu na recondução (recompilação?) de disposições das leis especiais (fora-do-código) ao *Code de commerce*, tendo operado uma revisão geral do velho código no período 2000-2007. [Do art. 4 da *Ordonnance 2000-912*, de 18.09, parece resultar a revogação do *Code de commerce*, havendo quem fale do *Code de commerce de 2000* (MONÉGER, Joël, *De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000: réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification*, Éditions De Boeck Université, Distribution électronique Cairn - http://www.cairn.info/resume_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_182_0171, acesso em 3.03.2015) ou de um novo *Code de commerce* (BORGHETTI, Jean-Sébastien, cit., pág. 191); no entanto, atendendo à prática da “codification à droit constant” e à versão actual do *Code de commerce*, a impressão que fica é a de que não se trata de um novo código mas de uma consolidação de matérias reguladas em leis avulsas reconduzida à estrutura do velho código: neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 56.]

¹⁵⁶ Referindo as dificuldades experimentadas durante o processo de elaboração do *Code de commerce*, com dois curtos períodos de trabalhos preparatórios e uma longa interrupção, a ausência de uma reflexão doutrinária amadurecida quanto à concepção e âmbito do direito comercial, a crise económica, a pressão política, o antagonismo do regime político para com a Inglaterra afastando qualquer tentativa de solução que pudesse ser catalogada como próxima do direito inglês, o enfrentamento entre “civilistas” e “comercialistas” no Conselho de Estado, designadamente a oposição de CAMBACÈRES à elaboração do código comercial, HILAIRE, Jean, cit. Dificuldades que estariam na origem dos erros, deficiências e lacunas reconhecidas no código.

¹⁵⁷ O *Code de commerce* perfilhou, como se disse, a concepção restrita adoptada pela *Ordonnance de 1673*, que vê o direito comercial como um direito de excepção relativamente ao direito civil, um “droit commercial proprement dit”. Mas havia a concepção ampla de DOMAT e de VITAL ROUX, que o viam como direito público, como o direito destinado a cumprir a missão do Estado de assegurar a prosperidade

evolutiva, quase volátil, da vida dos negócios e o seu reflexo na legislação;¹⁵⁸ - a escolha da técnica utilizada na codificação.^{159 160}

geral da comunidade nacional, “l’abondance publique et la richesse des particuliers”, assumindo o código comercial a natureza de “la constitution du commerce qui renferme les principes fondamentaux”. (HILAIRE, Jean, cit., págs. 5 e 12.)

¹⁵⁸ Considerada, desde CAMBACÈRES, um obstáculo à codificação e, mais tarde, explicação para a sua inelutável descodificação (Idem, págs. 13 e ss.).

¹⁵⁹ Técnica que pode consistir na construção de um direito novo, aberto ao futuro, ou na reunião de textos legais dispersos para comodidade, facilidade de conhecimento e consulta, numa palavra, acessibilidade. (Idem, pág. 15.) No fundo, técnica de codificação ou de compilação/consolidação; a esta última parece reconduzir-se a actual opção francesa pela *codification à droit constant* a que o *Code de commerce* foi submetido a partir de 2000 – e a que voltaremos com mais pormenor (*infra*, Cap. IV, § 1º, 4).

¹⁶⁰ A breve recapitulação feita da origem e evolução do direito comercial culminando no *Code de commerce de 1807* mostra-nos também como são antigas algumas das questões essenciais que se nos colocam: a opção pela dualidade de códigos de direito privado (civil e comercial) ou por um código (civil) único e os argumentos dos “civilistas” e dos “comercialistas”; a orientação do direito da falência/insolvência, entre o rigor do tratamento do falido e o interesse da sua recuperação; a questão da jurisdição especializada. E esta génese revela-nos ainda que o direito comercial se afirmou como um direito da economia, direito da “sociedade económica” autónoma em relação à sociedade civil” e, conseqüentemente, direito tributário do modelo inspirador e motor da economia, o capitalismo, que, nas codificações de oitocentos, já reprivatizado, se distinguiu, enquanto direito do comércio e da indústria nascente, do direito civil, fundamentalmente assente na propriedade imobiliária, considerada a verdadeira sede da riqueza (de “riqueza dinâmica” por oposição à “riqueza estática” fala PIETRO CERAMI in CERAMI, P./DI PORTO, A/PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2a ed., G. Giappichelli editore, Torino 2004, pág. 8). Até que, com a evolução convergente da economia e da sociedade civil, o direito comercial absorveu a propriedade imobiliária (o *Code de commerce* excluía a comercialização dos imóveis, permanecendo a sua circulação na esfera estritamente civil, seguindo os códigos subsequentes no mesmo rumo; orientação alterada pelo *Codice di commercio de 1882* (art. 3º, 3), que passa a admitir a comercialização dos imóveis: CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado*, Separata do vol. LX do BFD, Coimbra, 1985, pág. 25, nota 37. Cfr., sobre esta evolução no direito português, os arts. 504, 1º, do Código de Ferreira Borges e 463º, 4º, do Código de Veiga Beirão) e o direito civil assumiu como seus necessidades e princípios tradicionalmente considerados comerciais, como o da protecção do crédito. Sobre o direito comercial como direito do capitalismo, GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale – L’imprenditore*, 13ª edizione, Zanichelli, Bologna, 2013, págs. 1-3; CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 172-173, e *Teixeira de Freitas...*, cit., págs. 52 e ss., Autor que vê no desenvolvimento e nas “contradições” ou “flutuações” do capitalismo não só as ambiguidades do direito comercial (“sistema objectivo” / “sistema subjectivo”; dualidade de códigos / “sistema da unificação”) como a tendência irreprimível para a mercantilização da sociedade civil. Ideia – segundo a qual o direito comercial se vem afirmando como o “direito do capitalismo” – que sai reforçada se atendermos à evolução que sofreu nos países em que este sistema económico foi substituído pelo sistema socialista de extrema estatização da economia, cuja experiência histórica emblemática se corporizou na União Soviética, em que o direito comercial pura e simplesmente desapareceu, substituído pelo direito administrativo ou “direito da propriedade socialista” (cfr. DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos*, cit., págs. 163-164; sobre o ponto, com interesse para a compreensão das opções tomadas em sede de codificação após o fim dos Estados comunistas, KNAPP, Viktor, *La Codification du Droit Civil dans les Pays Socialistes Européens*, *Revue internationale de droit comparé*, 1979, vol 31, nº 4, pág. 736), para ressurgir com o retorno (fatal? – corresponderá o sistema capitalista à natureza humana mais profunda, movida pelo “selfish gene” de DAWKINS?) da “economia de mercado” (SINYAVSKAYA, Maria, cit., págs. 75-76). Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO (*Direito Comercial*, cit., pág. 52 e nota 43), que escreve: “... não temos base científica para explicar o Direito comercial como um Direito “burguês”, por oposição ao civil (?), de tipo aristocrático. Nenhum esquema de domínio dispensa a propriedade, seja direta, seja através do exercício de funções na organização do Estado. Finalmente: o Direito civil é, por definição, o ponto de apoio de qualquer classe que se pretenda dominante.” Na verdade, a antinomia “direito da ‘riqueza dinâmica’ ou da ‘acumulação de riqueza’” (direito “burguês”) / “direito da ‘riqueza estática’ ou da ‘conservação de riqueza’” (direito “aristocrático”), que correspondia ainda à distinção direito comercial / direito civil nos inícios do século XIX – apesar da consagração, pelo *Code civil*, do projecto social e económico da burguesia (*supra*, notas 31 e 38) -, desapareceu com o desenvolvimento do capitalismo verificado durante esse século, que haveria de sugerir, com a “opção ideológica por uma identificação do

§ 2º - A sua longa progénie¹⁶¹

O Código de comércio francês de 1807, incluído no amplo movimento de codificação napoleónica,¹⁶² não sendo embora considerado à altura do Código civil¹⁶³ e mesmo dos restantes códigos da época, fez história, não só porque, apesar de tudo, se mantém em vigor na sua pátria¹⁶⁴ mas na medida em que inspirou um numeroso conjunto de códigos comerciais, na Europa e fora dela, que se filiaram no “sistema objectivo” que inaugurou.¹⁶⁵

O *Code de commerce* estendeu a sua influência, directa e indirectamente, a um grande número de códigos comerciais oitocentistas, da primeira e da segunda geração, tendo desempenhado um papel fundamental na tradição de dualidade de códigos de direito privado.¹⁶⁶

progresso social com (...) [a] comercialização progressiva de todas as zonas da vida comum dos cidadãos”, a unificação dos direitos comercial e civil, propondo-se diluir aquele neste, o especialmente desenhado para certos actos e actores “no direito que rege as relações dos cidadãos” (CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., págs. 52-53). Ou seja: a unificação do direito privado (*hoc sensu*), se plenamente concretizada, faria com que o direito do capitalismo deixasse de ser o direito comercial para passar a ser o direito civil.

¹⁶¹ Expressão utilizada por FERRER CORREIA: *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 26.

¹⁶² São cinco os “códigos napoleónicos”: *Code civil* (1804), *Code de procédure civile* (1806), *Code de commerce* (1807), *Code d’instruction criminelle* (1808), *Code pénal* (1810).

¹⁶³ No qual o próprio Napoleão parecia depositar todas as suas esperanças de posteridade: “A minha glória não consiste em ter ganho quarenta batalhas (...). O que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil.” (JUSTO, A. Santos, *O Código de Napoleão...*, cit., pág. 35).

¹⁶⁴ A longevidade do *Code de commerce* pode ser uma virtude ou um defeito, como se comentará a propósito da técnica da codificação adoptada em França (*Infra*, Cap. IV, § 1º, 4). Para já deve salientar-se que os códigos velhos (ou as leis em geral que se vão mantendo no tempo, para além do seu tempo), porque insuficientes para dar soluções, estimulam o direito jurisprudencial (ASCENSÃO, José de Oliveira, *Mecanicismo...*, cit., pág. 4736) - o que, desde que doseado com sabedoria e prudência, é uma virtude, não um defeito.

¹⁶⁵ Como é sabido, o sistema objectivo do direito comercial (ou a sua concepção objectiva) é o que define este ramo do direito a partir da noção de “acto de comércio”: o direito comercial é o direito regulador dos actos de comércio – actos que se abrem à prática por qualquer pessoa, comerciante ou não comerciante. No sentido de que o sistema do *Code de commerce* é, não um sistema objectivo puro, mas um sistema misto ou híbrido, que conjuga objectivismo e subjectivismo, embora com um ponto de partida objectivo, CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. cit., págs. 27-28. Referindo a qualificação do sistema da *Ordonnance de 1673* como “um sistema misto com um ponto de partida subjectivo”, CARVALHO, Orlando, *Critério...*, cit., pág. 29, nota 21, e *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 42, nota 60. Autor que sublinha a adopção formal do “sistema objectivo”, em 1807, como meio de apaziguar a desconfiança de que se pretendiam manter os privilégios da classe mercantil, disfarçando ou ocultando a continuação do antigo “sistema subjectivo”: “... a objectividade dos actos era uma máscara ainda para os privilégios das pessoas: uma maneira de dizer que era acessível a todos o que continuava acessível fundamentalmente só a alguns.” “O ‘objectivo’ é um álbi do ‘subjectivo’, o que, aliás, está na lógica da implantação da burguesia.” (Idem, pág. 48.)

¹⁶⁶ Sobre a influência do *Code de commerce*, ver CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 59 e ss.

Fazem parte deste elenco os códigos comerciais espanhóis de 1829 e 1885,¹⁶⁷ os códigos italianos de 1865 e 1882,¹⁶⁸ os códigos portugueses de 1833¹⁶⁹ e 1888,¹⁷⁰ o código holandês de 1838,¹⁷¹ o código brasileiro de 1850,¹⁷² o código chileno de 1865,¹⁷³ o código

¹⁶⁷ ROJO, Ángel, *La Codificación Mercantil Española*, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/25.pdf>, pág. 484 (acesso em 28.05.2014), Autor que assinala que, juntamente com a influência do *Code de commerce*, se nota no primeiro código comercial espanhol a influência de PARDESSUS, primeiro titular da cátedra de direito comercial da Faculdade de Direito de Paris instituída por Napoleão em 1809 (GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., pág. 22, nota 1). Cfr. também GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, MCMLXXVI, pág. 118, Autor que refere a idêntica filiação do *Código de comercio de 1885*, ainda em vigor no país vizinho. Sobre JEAN MARIE PARDESSUS (1772-1853), ver DEMANTE, Gabriel, *M. Pardessus, Sa Vie et Ses Ouvrages*, Bibliothèque de l'École des Chartes, 1854, Vol. 15, N° 15, págs. 453-467 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bec_0373-6237_1854_num_15_1_445207 - acesso em 2.06.2014).

¹⁶⁸ O código de 1865 é o primeiro código comercial italiano, promulgado pouco depois da proclamação de Victor Emanuel II como Rei da Itália unificada (1861). Trata-se, no entanto, fundamentalmente, do código comercial da Sardenha de 1842 (*Código Albertino*), nitidamente influenciado pelo *Code de commerce*, e adoptado, com algumas alterações, como código nacional aquando da unificação. De notar que o *Code de 1807* tinha vigorado em Itália no período em que Napoleão foi rei deste país (entre 1808 e 1814), mantendo-se em vigor, mesmo após a sua queda, em alguns dos pequenos reinos que lhe sucederam (cfr. ALPA, Guido, cit., págs. 239-240). Sobre a ascensão de Napoleão à chefia do Estado italiano, ver HICKS, Peter, *Comment Napoléon est-il devenu Roi d'Italie*, in http://www.napoleon.org/fr/salle_lecture/articles/files/napoleonroiiitalie_phicks_mai2005.asp (acesso em 28.05.2014). O Código Comercial de 1882, “modelado segundo o exemplo alemão do HGB de 1861” (GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., pág. 83), assumiu um sistema misto próximo do que viria a ser adoptado pelo nosso código de 1888, promovendo “a reprofissionalização ou recomerciantização do direito mercantil ‘objectivo’ – a sua reconversão num direito de privilégio...” (CARVALHO, Orlando, *Teixeira de Freitas ...*, cit., pág. 58, nota 91): cfr. os arts. 3º, 4º e 7º - de notar que o código italiano, ao contrário do português no art. 1º, dispensou a “máscara” da declaração de princípio objectivista.

¹⁶⁹ *Infra*, Parte II, Cap. I, § 2º, 2.

¹⁷⁰ *Infra*, Parte II, Cap. I, § 2º, 3.

¹⁷¹ O sistema jurídico holandês, de raiz romana, sofreu grande influência do direito francês, especialmente após 1795. Entre 1811 e 1813, o Code Napoléon vigorou no país, então parte do Império francês. Os primeiros códigos holandeses (civil e comercial) datam de 1838, ambos naturalmente próximos dos seus congéneres franceses. No entanto, a tradição holandesa desconhecia a separação entre lei civil e comercial, iniciada em 1838 por influência francesa; nesse mesmo ano, foi abolida a jurisdição comercial, introduzida na era napoleónica; em 1893, o instituto da falência foi generalizado, deixando de ser privativo dos comerciantes, e a sua disciplina retirada do código comercial, passando a integrar uma lei avulsa; em 1934, foram suprimidas praticamente todas as diferenças de tratamento jurídico entre comerciantes e não comerciantes - o que acabou por se reflectir no Código Civil de 1992, que unificou o direito privado. Cfr. HARTKAMP, Arthur S./TILLEMMA, Marianne M. M./TER HEIDE, Annemarie E. B., *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2011, pág. 32; *Legal System of Civil Law in the Netherlands* (<http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem011.htm> - acesso em 5.06.2014); OFFERHAUS, J., *L'Évolution du Droit Commercial spécialement aux Pays-Bas*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 7 N°2, Avril-juin 1955. pp. 296-310.

¹⁷² Código que assume uma clara orientação subjectiva: ver, a título de exemplo, os arts. 140 (mandato mercantil), 165 (comissão mercantil) e 191 (compra e venda mercantil), negócios relativamente aos quais a qualificação mercantil depende de pelo menos uma das partes ser comerciante. A primeira parte do Código Comercial brasileiro de 1850 foi revogada pela lei que aprovou o Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10.01.2002), mantendo-se todavia em vigor a parte segunda sobre o comércio marítimo (arts. 457 e ss.). Cfr., *infra*, Cap. IV, § 3º, 1.

¹⁷³ Art. 1º do *Código de Comercio* do Chile de 1865: “El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes que se refieran a operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles.” E o art. 8º acrescenta: “No es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio; pero queda sujeto a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto.”

do Panamá de 1871 (adoptado como Código Comercial da Colômbia em 1887),¹⁷⁴ os códigos do Perú de 1853 e 1902,¹⁷⁵ os códigos argentinos de 1862 e 1889,¹⁷⁶ os códigos venezuelanos de 1862 (15 de Fevereiro e 29 de Agosto), de 1873, de 1904, e de 1919,¹⁷⁷

¹⁷⁴ ROBLES, Luis A., *Código de Comercio de la Republica de Colombia*, Imprenta de “La Luz”, Bogota (Colombia), 1899, págs., 9-10. A filiação objectiva deste código – ou, melhor, num “sistema misto com um ponto de partida objectivo” – pode ver-se nas seguintes disposições: - art. 10º: “Los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, á las leyes y á la jurisdicción del comercio.” – art. 21º: “Son asimismo actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes, no comprendidas en el precedente artículo, que se refieran á operaciones mercantiles, y las contraídas por personas no comerciantes, para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales. Se presumen actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes.”

¹⁷⁵ Cópias, com algumas alterações, dos códigos comerciais espanhóis de 1829 e 1885, respectivamente: cfr. TORRES, Carlos, *La Codificación Comercial en el Perú. De un Código “Formal” a un Código “Real”*, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/31.pdf> - acesso em 5.06.2014.

¹⁷⁶ O *Código de Comercio* da Argentina de 1862 é o código promulgado na Província de Buenos Aires em 1859 e adoptado, três anos mais tarde, após a unificação nacional, como código da Nação Argentina. Trata-se de um código do sistema objectivo que os seus autores filiam no *Code de commerce* e nos códigos espanhol, português e holandês (mas em que tiveram igualmente em consideração o código brasileiro e as leis comerciais, jurisprudência e doutrina alemãs) – cfr. Nota de 18 de Abril de 1857 ao Governador do Estado de Buenos Aires pelos redactores do código, Dalmacio Velez Sarsfield e Eduardo Acevedo: *Código de Comercio para La Nación Argentina*, Libreria de la Victoria, 1865, págs. V-XIII (<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104504586;view=1up;seq=12> – acesso em 5.06.2014). A directriz objectiva ressalta, desde logo, da qualificação dos actos de comércio independentemente da qualidade de comerciante de quem os pratica (art. 7., como regra; mas cfr. pontos 7º e 8º; art. 515. - compra e venda mercantil; art. 578. – arrendamento comercial; art. 603. – fiança mercantil), a qualificação do comerciante a partir da noção de acto de comércio (objectivo) – art. 1. -, a sujeição dos não comerciantes à lei e jurisdição comercial sempre que pratiquem um acto de comércio (art. 6.). E o contraponto subjectivo obtém-se da presunção de comercialidade dos actos dos comerciantes (art. 5.) e dos actos de comércio subjectivos (art. 7., pontos 7º e 8º). O código comercial de 1889 não é mais do que uma revisão/actualização do código de 1862, mantendo-se na mesma linha e, apesar de sujeito à erosão do tempo, esteve em vigor até 1 de Agosto de 2015, data do início de vigência do novo *Código Civil y Comercial* (cfr. *infra*, Cap. IV, § 2º, 2).

¹⁷⁷ Os códigos de 1862 (o primeiro esteve em vigor apenas 54 dias) revelam influências francesas e espanholas, que o código de 1873 conserva, acrescentando-lhe inspiração no código chileno de 1865. O código de 1904, por seu turno, marca o início da influência alemã no direito comercial venezuelano, particularmente visível na consagração do princípio da natureza abstracta das obrigações cambiárias, sendo a sua principal inovação a matéria da falência. No código de 1919 são visíveis influências do código argentino de 1862 e do código italiano de 1882. O *Código de Comercio de 1919* mantém-se em vigor, tendo sofrido reformas em 1938, 1942, 1945 e 1955. Actualmente, está em causa na Venezuela a subsistência de um modelo de economia de mercado, condicionante política de qualquer possível reforma do direito comercial positivo, pois numa economia sem propriedade privada dos meios de produção não há lugar para um código comercial. Sobre o direito comercial venezuelano e sua evolução, ver MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La Reforma de 2007 del Código de Comercio* (<http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/ArchivosCIJ/0003.pdf> - acesso em 5.06.2014). O art. 1º do Código de Comercio da Venezuela, na sua versão actual (Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955) revela bem a sua filiação objectiva: “El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.”

o código uruguaio de 1866,¹⁷⁸ o código comercial mexicano de 1889,¹⁷⁹ o código de El Salvador de 1904,¹⁸⁰ o código de comércio da Bolívia de 1977.^{181 182 183}

§ 3º - A codificação comercial na Alemanha

1. O *Allgemeines Preußisches Landrecht* (ALR) de 1794

Pode dizer-se que a codificação do direito comercial se iniciou, na Alemanha (Prússia), com o *Allgemeines Preußisches Landrecht* (ALR) de 1794.¹⁸⁴ Trata-se de um código

¹⁷⁸ Trata-se, no essencial, do *Código de Comercio* argentino de 1862, adoptado em 1866, com alterações, pelo Uruguai e que se mantém em vigor: cfr. *infra*, Cap. IV, § 2º, 5.

¹⁷⁹ Ainda em vigor. Quanto à sua filiação objectiva, ver o art. 4º (“Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles.”) e ainda, por exemplo, os arts. 75. (enumeração dos actos de comércio), 273. (noção de “comissão mercantil”, equiparada a mandato comercial em sentido amplo, abrangendo a “comissão com representação” e a “comissão sem representação”: art. 283.), 332. (depósito mercantil) e 358. (empréstimo mercantil).

¹⁸⁰ Cfr., quanto à sua integração no sistema objectivo inaugurado pelo *Code de commerce*, por exemplo, os arts. 1º, 3º e 5º. Já o *Código de Comercio de 1970*, actualmente em vigor, opta decididamente pela teoria da empresa, qualificando como comerciais os actos “que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas.” (art. 3º, I) e definindo os comerciantes em função da titularidade da empresa: “Son comerciantes: I.- Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales.” (art. 2º).

¹⁸¹ Cfr. *infra*, Cap. IV, § 2º, 3.

¹⁸² As *Ordenanzas de Bilbao* (*supra*, nota 139) foram o direito vigente nas colónias espanholas da América Latina, estando na origem do direito comercial dos diversos países que se constituíram com as independências da primeira metade do século XIX, em especial Argentina, Venezuela, Perú e Bolívia. Deve, por outro lado, assinalar-se a influência argentina nos direitos comerciais de outros países da região, alguns dos quais adoptaram o *Código de Comercio* argentino como seu: Paraguai (pela Lei de 5 de Outubro de 1903) e Uruguai (pelo Decreto de 26 de Maio de 1865) – o que, neste último caso, se poderá ter ficado a dever ao facto de um dos redactores do código argentino (Eduardo Acevedo) ser uruguaio: cfr. CÁMARA, Hector, cit., págs. 109-111. Ver *infra*, Cap. IV, § 2º, 4 e 5.

¹⁸³ YANG YIN HANG, autor de uma tradução inglesa comentada do Código Comercial do Japão, publicada pela Universidade da Pensilvânia em 1911, divide os códigos e as leis comerciais da Europa então existentes em três sistemas: sistema francês, sistema alemão e sistema franco-germânico. O primeiro, sob a égide do *Code de commerce* que a Bélgica e o Luxemburgo haviam adoptado, incluía os códigos italiano de 1865, espanhol de 1829, português de 1833 e holandês de 1838, para além dos códigos latinoamericanos influenciados pelo código espanhol; ao segundo pertenciam os direitos da Áustria, que, em 1863, adoptara o ADHGB de 1861, e da Hungria que, apesar da dominação austríaca a partir de 1867, teve o seu próprio código comercial em 1875, o direito comercial suíço – não obstante a sua especificidade com o *Code fédéral des obligations de 1881* – e os direitos não codificados dos países escandinavos; o terceiro sistema (franco-germânico) incluía os códigos italiano de 1882, espanhol de 1885, português de 1888, romeno de 1887, argentino de 1889 – que HANG reconduz à influência do nosso código de 1888 – e o direito comercial russo constante da *Ustav Torgovi* de 1857 (cfr. HANG, Yang Yin, *The Commercial Code of Japan*, The Boston Book Company, Boston, U.S.A., 1911, págs. xii a xvii – <https://ia600201.us.archive.org/2/items/commercialcodeof00japarich/commercialcodeof00japarich.pdf> - acesso em 10.06.2014). São de realçar as referências ao direito português, normalmente ignorado pelos autores estrangeiros.

¹⁸⁴ O ALR de 1794 já foi considerado a primeira codificação comercial a nível mundial: cfr. FLUME, Johannes W., cit., pág. 7 e nota 24. A este respeito, é de recordar a nota de YANG YIN HANG: “... some Germans insist that it was the oldest commercial code in the world.” (Ob. cit., pág. xi.) Para a síntese da história do direito comercial alemão, ver CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck, München, 2006, págs. 17-18; KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, *Commercial Law*, Introduction to German Law (ed. J. Zekoll e M. Reimann), 2ª edição, Kluwer Law International, Haia, Holanda, 2005, págs. 126 e ss.

geral de direito privado (e público)¹⁸⁵ que incluía as matérias comerciais centradas na figura do *Kaufmann*: definido como aquele que se dedicava profissionalmente ao comércio de mercadorias ou valores,¹⁸⁶ estava sujeito a registo público e tinha de pertencer a uma corporação.¹⁸⁷ Aplicava-se aos industriais (*Fabrikunternehmer*) e aos armadores (*Reeder*);¹⁸⁸ e excluía os proprietários de armazéns gerais em vilas e pequenas cidades, vendedores ambulantes, negociantes de artigos usados, merceeiros, agricultores, artífices e o comércio ocasional.¹⁸⁹

O conteúdo comercial do ALR dividia-se em três partes:¹⁹⁰ uma primeira parte sobre os princípios gerais do exercício dos negócios (empresas) comerciais, compreendendo a agência, os auxiliares do comerciante (gerentes, representantes, auxiliares e aprendizes) e os respectivos poderes, a recepção e aceitação das mercadorias e as regras sobre a escrita comercial;¹⁹¹ uma segunda parte sobre sociedades comerciais, que o código distinguia das sociedades civis, distinção que se relacionava com a existência de regras especiais para os comerciantes;¹⁹² e uma terceira parte contendo normas especiais reguladoras da actividade dos comerciantes, quer modificando normas gerais de direito civil do código quer complementando-as.¹⁹³

¹⁸⁵ Sobre a estrutura sistemática do ALR, ver WIEACKER, Franz, cit., pág. 377: “I. Direitos das coisas (= direito patrimonial dos indivíduos). 1. Formas de aquisição directa da propriedade; 2. Formas de aquisição indirecta da propriedade (incluindo direito das obrigações). 3. Aquisição da propriedade *mortis causa* (direito sucessório). 4. Manutenção e perda da propriedade. 5. Propriedade comum. 6. Direitos pessoais e reais sobre coisas. II. Sociedades (a *consociatio* de Grócio). 1. ‘Direitos que estão na base do estado doméstico’ (direito da família, direito patrimonial da família e direito dos serviços). 2. ‘Direito das várias ordens do Estado’. 3. ‘Direitos e deveres do Estado em relação aos seus cidadãos’ (= direito constitucional e administrativo).” Sobre a índole jusracionalista do ALR e seus corolários – clareza lógico-matemática, concepção racionalista do direito natural, o relevo do sistema (sistema lógico fechado), o papel mínimo a conceder ao juiz (aplicador silogístico da lei) – ver WIEACKER, Franz, cit., págs. 376 e ss.; e MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., págs. 64-65. Quanto à *consociatio* de Grócio, conceito que, partindo da *societas privata* romana, ele aplica à sociedade política, e que combina elementos contratuais e elementos institucionais, ver GIERKE, Otto, *Natural Law and the Theory of Society (1500 to 1800)*, trad. inglesa de Ernest Barker, Beacon Press, Beacon Hill, Boston, 1957, pág. 244, nota 66 ([http://chandonnet.m.free.fr/dimitri/echantillons/Natural%20Law%20and%20the%20Theory%20of%20Society%201500%20to%201800%20\(scan%20perso\).pdf](http://chandonnet.m.free.fr/dimitri/echantillons/Natural%20Law%20and%20the%20Theory%20of%20Society%201500%20to%201800%20(scan%20perso).pdf) – acesso em 12.06.2014).

¹⁸⁶ ALR, pt. II tit. 8 § 475. Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 61, nota 76.

¹⁸⁷ Idem, pt. II tit. 8 §§ 476, 479-482.

¹⁸⁸ Idem, pt. II tit. 8 §§ 408 ss., 483 ss., 1420 ss. Os farmacêuticos também gozavam de certos privilégios mercantis (pt. II tit. 8 §§ 472-474).

¹⁸⁹ Idem, pt. II tit. 8 §§ 485-487.

¹⁹⁰ A identificação destas três partes ou núcleos de matérias mercantis é obra da doutrina, uma vez que o ALR não faz essa distinção sistemática: cfr. FLUME, Johannes W., cit., pág. 7, Autor que aqui seguimos de perto.

¹⁹¹ Idem, pt. II tit. 8 §§ 497-613: “III. Von Faktoren und Disponenten; IV. Handlungsdiener und Lehrlinge; V. Vom Ausnehmen der Waren durch Dienstboten; VI. Von Handelsbüchern“.

¹⁹² Entre as várias espécies de parcerias e sociedades que o ALR conheceu (Idem, pt. II tit. 8 § 615, §§ 617 ss., § 651 ss.), não se contava a sociedade por acções, dado que ao tempo a sua constituição dependia de concessão da autoridade pública (Idem, pt. II tit. 6 §§ 22 ss.). [É interessante notar que a legislação sobre sociedades anónimas só aparece em 1838 relativamente às companhias de transporte ferroviário (*Gesetz über Eisenbahnunternehmungen*, de 3 de Novembro de 1838) e, em geral, em 1843 (*Preussische Aktiengesetz*, de 9 de Novembro de 1843): FLUME, Johannes W., cit., pág. 8, nota 34; MUCHLINSKI, Peter, *The Development of German Corporate Law Until 1990: An Historical Reappraisal*, German Law Journal, Vol.14, No. 02, 01 February 2013, pág. 346; CORDEIRO, António Menezes, *Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais*, ROA 1996 (Ano 56), I, págs. 160-170].

¹⁹³ Incluem-se aqui as normas sobre juros a cobrar por comerciantes (ALR, pt. I tit. 11 §§ 803 ss.; pt. II. tit. 8 §§ 684-697), e sobre os poderes dos mandatários comerciais (Idem, pt. I tit. 13 §§ 217); que estabelecem

O código prussiano tem, como acabámos de ver, uma matriz fortemente subjectiva – de *Kaufmannsrecht* –, apesar de, com raras excepções – como os tribunais marítimos de Danzig e Königsberg –, a Prússia não ter tido jurisdição comercial.¹⁹⁴

A liberdade de comércio foi introduzida na Prússia pelo Édito de 7 de Setembro de 1811, precedendo largamente a Áustria (1859) e os outros Estados alemães (após 1860), deixando de se exigir a pertença à corporação como requisito da qualidade (*status*) de comerciante.¹⁹⁵

2. O *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) de 1861

O ADHGB foi elaborado, por uma comissão designada para o efeito, entre 1856 e 1861, em Nuremberga, sendo a parte relativa ao direito marítimo redigida em Hamburgo. Foi um código comercial geral, obra da Confederação Alemã, que se aplicou em 35 Estados soberanos.¹⁹⁶

princípios gerais de direito comercial, como a liberdade de forma dos contratos (Idem, pt. I tit. 5 § 149; pt. I tit. 11 § 583) ou a protecção da *bona fides* do comprador (Idem, pt. I tit. 15 §§ 36, 43,33); que regulam aspectos primordiais do comércio, como, por exemplo, os títulos de crédito (*Von Wechseln*: idem, pt. II. tit. 8, §§ 713 e ss.; *Von Handelsbillets und Assignationen*: idem, pt. II. Tit. 8, §§ 1250 e ss.), o direito comercial marítimo (*Von Rhedern, Schiffern, und Befrachtern*: idem, pt. II. tit.8, §§ 1389 e ss.) ou o direito dos seguros (*Von Versicherungen*: idem, pt. II. tit. 8, §§ 1934 e ss.).

¹⁹⁴ FLUME, Johannes W., cit., pág. 8. A existência de jurisdição privativa, mesmo após ter sido estatizada, apela para uma concepção subjectiva do direito comercial, elemento essencial de um sistema centrado nas pessoas do comércio (*Kaufleute*): não deixa, assim, de ser curioso assinalar a sua ausência, em geral, no sistema prussiano (subjectivo), e a sua manutenção no *Code de commerce* (objectivo). [Manutenção que, foi já observado, se ficou a dever à marca burguesa da Revolução Francesa: “o objectivo é um álibi do subjectivo...”]

¹⁹⁵ Cfr. o § 6 do Édito de 7 de Setembro de 1811: The Prussian Law on Freedom of Trade, signed by State Chancellor Hardenberg and King Frederick William III (September 7, 1811), in German History in Documents and Images (http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/print_document.cfm?document_id=3555 – acesso em 12.06.2014). Decisão que, apesar de objectivamente configurar a adesão de um Estado do Ancien Régime às convicções já expressas na França revolucionária, se deveu a razões mais comezinhas, de natureza fiscal.

¹⁹⁶ FLUME, Johannes W., cit., pág. 12, nota 57, que remete a contagem dos Estados alemães em que o ADHGB vigorou para H. THÖL, *Das Handelsrecht* (6th edn, Leipzig 1879) 77. Com a dissolução da Confederação Alemã e a sua substituição pela Confederação do Norte da Alemanha (*Norddeutscher Bund*), em 1867, o ADHGB transformou-se em 1869 em lei federal e, em 1871, com a fundação do Império Alemão, em lei imperial. [Recordemos, a propósito, os grandes passos da (recente) história da Alemanha que hoje conhecemos: a) A Confederação Alemã, constituída por 39 Estados germânicos incluindo a Áustria, foi estabelecida pelo Acto Federativo de Viena de 9 de Junho de 1815 e durou até 1866; b) a Confederação do Norte da Alemanha (*Norddeutscher Bund*), dominada pela Prússia, com capital em Berlim, foi estabelecida em 1867, deixando de fora a Áustria e servindo como catalisador do futuro Império alemão sob hegemonia prussiana; c) o Império Alemão (1871-1918); d) República de Weimar (1919-1933); e) III Reich (Regime Nazi), 1933-1945; f) República Federal da Alemanha (1949-1990) /República Democrática Alemã (1949-1990); g) República Federal da Alemanha (1990-).] Sublinhando a contribuição da economia industrial para a unificação dos estados alemães, CHEVALIER, Michel, *Cours d'Économie Politique*, I, Meline, Cans et Comp., Libraires-Éditeurs, Bruxelles, 1851, págs. 4-5.

Sistematicamente estruturado em cinco livros,¹⁹⁷ o ADHGB polariza-se em dois núcleos fundamentais: o direito privado das relações comerciais (*Handelsprivatrecht*) e os sujeitos do direito comercial (*Personen des Handelsrechts*).¹⁹⁸

Sucedendo a um código marcadamente subjectivista, o ADHGB caldeou as duas tendências, como que “prenunciando determinadas evoluções subsequentes”:¹⁹⁹ define actos de comércio absolutos (art. 271) - como, por exemplo, a compra para revenda, o contrato de seguro, o transporte marítimo de pessoas ou mercadorias - e actos de comércio acessórios (art. 272) – actos que são comerciais quando praticados no exercício de uma actividade comercial e que incluem, para além do mandato, negócios creditícios e actos relacionados com a produção industrial; regula os actos mistos (art. 277); define o comerciante a partir da prática (profissional) de actos de comércio (art. 4);²⁰⁰ faz decorrer da qualidade de comerciante a qualificação de certos actos como comerciais (actos de comércio subjectivos) – art. 273; estabelece a presunção genérica de comercialidade dos actos dos comerciantes (art. 274 I).²⁰¹ O ADHGB consagra, assim, um sistema misto, muito próximo do adoptado pelo nosso Código Comercial em vigor.²⁰²

¹⁹⁷ Livro I – Dos comerciantes e seus auxiliares (arts. 1-84), incluindo normas sobre os comerciantes, o registo comercial, a firma, a escrituração mercantil, representantes e agentes, auxiliares e corretores; Livro II – Das sociedades comerciais (arts. 85-249); Livro III – Da parceria e da associação em participação (arts. 250-270); Livro IV – Dos negócios comerciais (arts. 271-431); Livro V – Do comércio marítimo (arts. 432-911).

¹⁹⁸ FLUME, Johannes W., cit., pág. 12.

¹⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 63.

²⁰⁰ FLUME compara a noção de comerciante do ADHGB (art. 4) com a do *Code de commerce* (art. 1), mostrando a sua semelhança: a aquisição da qualidade de comerciante depende, em ambos, do exercício profissional do comércio (ob. cit., pág. 13).

²⁰¹ FLUME, Johannes W., cit., pág. 15; SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., págs. 20-21, nota 6.

²⁰² CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., nota 21, pág. 29; CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit. No ADHGB, a figura do comerciante não é já a do antigo direito pré-oitocentos – aquele que pertence a uma corporação, que forma uma *classe* ou *casta* profissional e social –, mas a do que pratica a título profissional actos, operações ou negócios comerciais, legalmente definidos como categoria jurídica autónoma. E, assim, abriu este código o caminho para a futura expansão da qualidade de “comerciante”, passando a abranger outros profissionais – como o transportador (*Frachtführer*), por exemplo -, *tratados como se fossem comerciantes*. “It might, of course, have been more advisable to have chosen from the first a different legal term than the one of a “merchant”. But this was unlikely to happen in the 19th century, as the person of the merchant was the dominant figure to structure all European codes at that time.” (FLUME, Johannes W., cit., pág. 16). Marca histórica com que nos debatemos ainda hoje.

3. O *Handelsgesetzbuch* (HGB) de 1897

Em 1897 é promulgado o HGB para entrar em vigor em 1900, em simultâneo com o código civil (BGB)²⁰³ que, apesar de SAVIGNY, os alemães decidiram – ou puderam – finalmente ter.²⁰⁴

O HGB não é um código novo mas uma reforma do ADHGB, tornada necessária não só para actualizar a lei comercial mas, fundamentalmente, para adaptar o velho código ao novo código civil, expurgando da lei comercial normas declaradamente civis – parte substancial do Livro IV -, agora assumidas pelo BGB.²⁰⁵

²⁰³ A manutenção da dualidade de códigos (BGB e HGB) na Alemanha, na viragem para o século XX, foi uma opção consciente (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 68) e teve a ver com a sistematização pandectística do direito civil, não adequada ao direito comercial, que se desenvolveu fora dos quadros deste modelo (FLUME, Johannes W., cit., pág. 26 e nota 137). Cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 21, nota 33, que refere a “insuficiência da técnica romanística e, em particular, da pandectística, como tributárias, que eram, do ideal de conservação das economias antigas, para entender a economia em ‘perpétuo furacão’...” - Autor que, em outra sede, mostrara já o sentido dessa insuficiência: - técnica jurídica formada para estruturas simples e essencialmente estáticas, inaproveitável para estruturas complexas e essencialmente dinâmicas (como são as comerciais: pense-se na empresa ou na sociedade); - o seu pendor conceitualista, que a leva a tentar converter os fenómenos concretos em conceitos *a priori*, sendo que a complexidade dos fenómenos comerciais normalmente resiste às simplificações que essa técnica exige (como é o caso do tratamento doutrinário tradicional da “natureza jurídica” da empresa: OLAVO, Fernando, cit., págs. 268 e ss.); - a sua visão atomística ou fragmentária do mundo dos negócios, que lhe veda a possibilidade de apreensão da organicidade e do unitarismo das instituições que lhe servem de suporte, de que a empresa é, de novo, eloquente exemplo (*Critério...*, cit., págs. 14 e ss.). Quer dizer: a arrumação formal das matérias adoptada pelo BGB segundo a técnica pandectística, constituindo embora apenas o seu “sistema externo” (HECK: cfr. CARVALHO, Orlando de, *Direito Civil*, cit., pág. 40, nota 43; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático...*, cit., pág. 26), não se adequa ao direito comercial, em cujas figuras se conjugam aspectos que, segundo ela, pertencem à parte geral, ao direito das obrigações, ao direito das coisas e, mesmo, ao direito da família e das sucessões. Assim, por exemplo, a problemática da empresa suscita questões relacionadas com todos estes sectores (ou livros) do código civil: personalidade jurídica, contratos de empresa, propriedade ou usufruto da empresa, responsabilidade do cônjuge do comerciante pelas obrigações contraídas no exercício da empresa, consequências da morte do titular da empresa (v.g., art. 23º do DL 248/86, de 25 de Agosto) – obrigando o seu tratamento a uma articulação ou convergência de normas e regimes de que um código organizado segundo aquela técnica não poderia desempenhar-se. [Esta incompatibilidade, tendo conduzido à opção de manutenção do clássico dualismo de códigos na Alemanha do início do século passado, poderá estar também na origem do carácter parcial das experiências unificadoras – sendo certo que a adopção do sistema pandectístico não inviabiliza, por si, a inclusão de matérias comerciais no código civil, o que o exemplo brasileiro de 2002 bem atesta; e, por outro lado, que o carácter parcial da unificação se fica também a dever à inelutável fragmentação do direito comercial dos nossos dias. Mas o que estará fora de causa é a elaboração de um código comercial segundo o modelo pandectístico.]

²⁰⁴ Temos presente a célebre polémica THIBAUT-SAVIGNY: MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., págs. 108-109. O atraso de cerca de um século do código civil alemão relativamente ao francês não se explica, fundamentalmente, pela resistência da Escola histórica alemã, mas antes pela tardia (1871) unificação política da Alemanha (CORDEIRO, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil*, cit., pág. 117): os códigos precisam de um Estado centralizado e do seu poder – cfr., a este respeito, o difícil e moroso processo de criação de um direito comercial uniforme nos Estados Unidos através do *Uniform Commercial Code* (*infra*, Capítulo III, § 2º).

²⁰⁵ FLUME, Johannes W., cit., pág. 17, que sintetiza o processo de revisão do ADHGB, muito influenciado pela elaboração do BGB; SCHUSTER, A. F., *The German Commercial Code*, Stevens and Sons Limited, Law Publishers, London, 1911, págs. ix e ss. Tinham, entretanto, sido introduzidas alterações significativas na lei comercial alemã, com destaque para a lei de 1884 sobre as sociedades por acções e a lei de 1892 sobre as sociedades de responsabilidade limitada (GmbH) – sendo que esta última constitui uma excepção à regra normal da génese das figuras comerciais, reconhecidas pelo legislador após criação e experimentação pela prática comercial, tendo a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* sido uma criação *ex nihilo* do legislador alemão: cfr. CAEIRO, António, *A Exclusão Estatutária do Direito de Voto nas*

Partindo do ADHGB,²⁰⁶ a estrutura sistemática do HGB, na versão original, continha quatro partes: Livro I – Dos comerciantes e seus auxiliares (arts. 1 a 104);²⁰⁷ Livro II – Das sociedades e da associação em participação (arts. 105 a 342); Livro III – Dos negócios comerciais (arts. 343 a 473); Livro IV – Do comércio marítimo.^{208 209}

O HGB original abria com um conjunto de normas sobre os comerciantes, sendo que os primeiros artigos continham um sistema complexo de definição de comerciante, com quatro vias diferentes para lá chegar: - a) o artigo 1, depois de referir a noção de comerciante ao exercício profissional do comércio (“...*wer ein Handelsgewerbe betreibt*”)²¹⁰ apresentava uma lista de nove actividades cujo desempenho atribuída, sem mais, ao sujeito a qualidade de comerciante;²¹¹ - b) o artigo 2 considerava comerciante todo aquele que exercesse uma actividade que, pelas suas características (“espécie e amplitude”),²¹² exigisse uma organização (e escrituração) comercial, independentemente de constar da enumeração do artigo anterior, desde que o titular se inscrevesse no registo comercial (inscrição obrigatória); - c) os que explorassem empresas agrícolas ou silvícolas estavam excluídos da qualificação de comerciante, mas podiam adquiri-la relativamente a empresas que se propusessem actividades comerciais e fossem acessórias de uma exploração agrícola ou silvícola, se se inscrevessem no registo comercial [inscrição facultativa, mas essencial (constitutiva) à aquisição da qualidade de comerciante (artigo 3)];²¹³ - d) eram ainda comerciantes as sociedades que adoptassem

Sociedades por Quotas, Temas de Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 9, Autor que refere em detalhe o extraordinário impacto internacional desta figura. É curioso notar que a *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, já existente ao tempo da promulgação do HGB, foi mantida fora do código. Ver, sobre as origens da regulamentação da *corporate governance* na Alemanha, justamente na lei das sociedades por acções de 1884, BAYER, Christian/BURHOP, Carsten, *If only I could sack you! Management turnover and performance in large German Banks between 1874 and 1913* (https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/hist_sem_swg/forschung/qwu/burhoprauswurf.pdf - acesso em 18.06.2014), *max.* págs. 4 e ss.

²⁰⁶ *Supra*, nota 197.

²⁰⁷ Incluindo normas sobre comerciantes (arts. 1 a 7), registo comercial (arts. 8 a 16), firma (arts. 17 a 37), escrituração mercantil (arts. 38 a 47), representação e agência (arts. 48 a 58), empregados e aprendizes (arts. 59 a 83), agentes (arts. 84 a 92), corretores (arts. 93 a 104).

²⁰⁸ A versão original do HGB a que tivemos acesso (SCHUSTER, A. F., cit.) não contém o Livro IV.

²⁰⁹ Estrutura que, em 1985 (*Bilanzrichtliniengesetz*, de 19 de Dezembro), foi alterada pela expansão da parte relativa à escrituração mercantil, que passou de uns poucos artigos (38 a 47) para um livro inteiro do código (Livro III – arts. 238 a 342a), o que obrigou à renumeração de artigos e à passagem dos Livros III e IV para IV e V, respectivamente (para a versão oficial actual do HGB, ver <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>).

²¹⁰ Ou pelo exercício de uma empresa mercantil: CARVALHO, Orlando de, *Crítério...*, cit., pág. 38, nota 26.

²¹¹ Compra e revenda de mercadorias ou outros valores, actividade não artesanal de configuração ou transformação de bens, actividade seguradora, actividade bancária, transporte de passageiros ou mercadorias, operações de comissários, de comissários expedidores ou de armazenistas, operações de representação ou de corretagem comercial, edição ou comércio de livros ou de obras de arte, actividade de tipografia não artesanal. Sobre a taxatividade desta enumeração, A., ob. e loc. cit. em ult. lugar.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ FLUME dá alguns exemplos concretos destas empresas “acessórias” de explorações agrícolas ou silvícolas: fábrica de queijo, moagem de cereais, destilaria (Ob. cit., pág. 18). ORLANDO DE CARVALHO chama a atenção para o facto de estas empresas, apesar de terem objecto comercial e de poderem ter um movimento muito maior do que a exploração agrícola ou silvícola a que se achem ligadas, só ficarem submetidas ao regime do código comercial se o respectivo titular, voluntariamente, se inscrever no registo comercial adquirindo a qualidade de comerciante (constituindo, assim, por um lado, uma espécie

forma comercial: comerciantes pela forma (*Formkaufleute*).²¹⁴ Com relevo para a compreensão do sistema do HGB quanto à qualificação do comerciante, de que depende a aplicação do código,²¹⁵ há ainda a referir a distinção tradicional (hoje abandonada) entre comerciantes normais, plenos (*Vollkaufleute*) e pequenos comerciantes (*Minderkaufleute*),²¹⁶ em termos de não serem aplicáveis a estes últimos certas normas, como as relativas à firma e à escrita comercial (artigo 4, revogado) e a especialidades próprias dos negócios comerciais (art. 351, revogado).²¹⁷ E a exclusão do conceito de comerciante das profissões liberais (*freie Berufe*).²¹⁸

Sistema complexo e incoerente: a qualidade de comerciante – figura central do direito comercial do HGB – ora advinha do exercício de qualquer das actividades taxativamente enumeradas na lei, ora do registo comercial (obrigatório ou facultativo, mas sempre constitutivo), ora da forma comercial (sociedades); daí que, desde relativamente cedo, se defendesse uma unificação do critério.²¹⁹

A reforma de 1998²²⁰ veio alterar este estado de coisas:²²¹ a enumeração das actividades comerciais da segunda parte do art. 1 foi eliminada, ampliando-se a definição do art. 2

de *acto civil por acessoriedade*, e, por outro, tornando menos nítida a vocação “empresarialista” do HGB: ult. ob. cit., págs. 38-39, nota 26).

²¹⁴ HGB, art. 6. De notar, todavia, que a figura da sociedade comercial pela forma havia sido introduzida pela Lei francesa de 1 de Agosto de 1893 (art. 6), restrita embora às sociedades por acções, anónimas e em comandita (SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., pág. 40, nota 15; BANGILLON, Ar. Bouvier, cit., pág. 15).

²¹⁵ CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 37-38, nota 26.

²¹⁶ Em que se incluíam, por exemplo, os vendedores ambulantes: FLUME, Johannes W., cit., pág. 18.

²¹⁷ O art. 351 tornava inaplicáveis aos *Minderkaufleute* as regras dos arts. 348 a 350. O art. 348 dispõe que a cláusula penal a que um comerciante se tenha obrigado no âmbito de um negócio concluído no exercício da sua actividade profissional não pode ser reduzida com base no art. 343 do BGB (possibilidade de redução judicial de cláusula penal desproporcionada); o art. 349 afasta o benefício da excussão relativamente ao fiador comerciante (BGB, art. 771); e o art. 350 excepciona as regras gerais relativas à forma da fiança (BGB, art. 766), da promessa de pagamento (BGB, art. 780) e da confissão de dívida (BGB, art. 781), em que o obrigado seja comerciante. O que significa que, nestes aspectos, os pequenos comerciantes eram tratados como não comerciantes – e se explica na medida em que, em relação a estes, não se justificaria adoptar a orientação fundamental do direito comercial para com os profissionais do comércio: considerando que estes estão na melhor posição para conhecer, compreender e antecipar os riscos e vicissitudes do negócio em que se especializaram, deixá-los “correr os seus riscos” sem os desresponsabilizar pelas consequências dos seus erros ou más decisões; a protecção que a lei concede aos não comerciantes, especialmente consumidores, em virtude da sua inexperiência, ignorância ou irracionalidade, não se aplica aos comerciantes (ver, com exemplos tirados da lei alemã, KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, *Commercial Law*, cit., pág. 129). Cfr. *infra*, nota 227.

²¹⁸ Exclusão não explícita mas tradicionalmente assumida pela doutrina e pela jurisprudência considerando que as profissões “nobres” não podiam ser confundidas com a “vulgar gente dos negócios” (FLUME, Johannes W., ob. e loc. cit em ult. lugar). Mas o sistema não é, aqui também, coerente: as profissões “nobres” podiam ser objecto de uma sociedade comercial (HGB, art. 6). Situação que se mantém após a reforma de 1998: FLUME, Johannes W., cit., pág. 19.

²¹⁹ CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 39, nota 26.

²²⁰ Reforma levada a cabo pela *Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) – Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften*, de 22 de Junho de 1998. [Lei que pode ser consultada na Bundesgesetzblatt online: <http://www.bgbl.de>]

²²¹ A apontada incoerência do sistema não tinha repercussões apenas ao nível lógico, conceitual (“an offspring of Ivory tower conceptualism”: KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, cit., pág. 130), mas reflectia-se negativamente na prática: um armazenista de materiais de construção, por exemplo, era considerado automaticamente (*ex vi lege*) comerciante (HGB, art. 1, II, (1)), mas um construtor civil só o seria se se inscrevesse no registo comercial (HGB, art. 2). [É claro que, nos termos desta última norma, a

(transportada para o segundo parágrafo do art. 1) que nos dá hoje, em conjugação com o novo art. 2, o critério de qualificação do comerciante (a profissão comercial): - considera-se comerciante todo aquele que exerce uma profissão comercial (art. 1, 1); - profissão comercial é todo o empreendimento profissional, a não ser que a empresa, pelo seu tipo ou âmbito, não exija um empreendimento negocial erigido em moldes comerciais (art. 1, 2); mesmo neste último caso, a empresa será considerada comercial se a sua firma for inscrita no registo comercial (art. 2, 1), sendo essa inscrição facultativa (art. 2, 2).²²²

A chave da questão parece estar, assim, na nova fórmula do art. 1, 2: quem explorar um negócio (um “empreendimento negocial”), será considerado comerciante; apenas se exceptuando os empreendimentos (empresas) que, pela sua natureza ou dimensão, “não exija(m) um empreendimento negocial erigido em moldes comerciais” – ou seja, não requeiram uma organização própria das empresas comerciais.²²³ Exceptuam-se, agora, portanto, os pequenos negócios e os seus titulares (*Minderkaufleute*), os quais, todavia, poderão incluir-se, querendo, pela inscrição no registo comercial.²²⁴

Apesar das dificuldades inerentes à sua dogmatização, a empresa – e já não o comerciante - está, assim, no centro do direito comercial, é ela o verdadeiro critério da sua aplicação: de “direito dos comerciantes”, ele passou para “direito dos negócios de empresa”.²²⁵ O que tem implicações fundamentais: assim considerado, este ramo jurídico terá vocação para abranger, não apenas os negócios entre empresas – ou b2b, na gíria do *e-commerce*²²⁶ -, como os negócios entre empresas e consumidores – ou b2c.²²⁷

inscrição no registo era obrigatória, mas o seu não cumprimento, implicando a não atribuição da qualidade de comerciante, só poderia ser objecto de uma sanção pecuniária, uma vez que o Registo Comercial nunca teve o poder de inscrever oficiosamente empresários: FLUME, Johannes W., cit., pág. 19.] Esta diferença de tratamento podia conduzir a consequências práticas importantes: o armazenista de materiais de construção do nosso exemplo ficaria vinculado como fiador comercial ainda que a sua declaração negocial fosse verbal (HGB, art. 350), mas o construtor civil não registado só se poderia obrigar por escrito (BGB, art. 766).

²²² CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 261-262; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, cit., págs. 25 e ss.

²²³ O requisito de uma operação em moldes comerciais (*Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen*), caracterizador da empresa comercial e do comerciante seu titular, distingue-os dos pequenos negócios e pequenos negociantes, segundo determinados índices que servem para caracterizar as operações em moldes comerciais: volume de negócios, número de empregados, contabilidade organizada, financiamento bancário, actuação através de agentes e outros do género (KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, cit., pág. 131).

²²⁴ FLUME, Johannes W., cit., pág. 19.

²²⁵ KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, cit., pág. 122. Mantendo, ainda, uma clara matriz subjectiva: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 67-68.

²²⁶ Perspectiva do Projecto de Código Comercial brasileiro: COELHO, Fábio Ulhoa, cit., pág. 70.

²²⁷ Esta questão é, a nosso ver, de primordial importância para a delimitação do direito comercial – e, logo, para o problema da sua codificação -, na medida em que sugere um eventual reequacionamento das suas relações com o direito do consumidor e o direito civil. O direito comercial trata tradicionalmente (desde o ADHGB: cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 43, nota 61) a relação comerciante/consumidor no âmbito dos chamados actos de comércio mistos (unilateralmente comerciais), submetendo em regra este último ao seu regime – perspectiva que proporcionou, como é sabido, um dos argumentos principais de VIVANTE contra a subsistência de um “direito de privilégio” (CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 49, nota 71) –, actos mistos esses que constituem não só o cerne da actividade dos comerciantes retalhistas como o *output* final e indispensável do mercado para que todos os seus agentes, directa ou indirectamente, contribuam. Nesta linha, a tutela do consumidor *cabre dentro* do direito comercial, traduzindo-se na especificação de direitos (essencialmente de informação) a que se contrapõem, necessariamente, obrigações para o comerciante; todavia, esta matéria tem sido tratada como

Ao longo do século XX, o direito comercial alemão conheceu o impacto da descodificação,²²⁸ se bem que esta, bem visível, como vimos, no domínio das sociedades

um problema do direito civil (lembre-se que na Alemanha foi recentemente reconduzida ao BGB: CORDEIRO, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil*, cit., págs. 117 e ss.) ou como uma nova especialização do direito privado, com um código próprio (casos do Brasil, França e Itália). Aliás, o problema do posicionamento das regras que visam a protecção do consumidor – do “Direito do consumidor”, se bem que esta designação e a perspectiva subjacente não recolham uma adesão unânime: CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Lisboa, Março de 2011 (Dissertação de doutoramento), http://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, acesso em 5.02.2016, págs. 18-19, nota 25 – permanece em aberto entre nós: cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, Themis, 2008, Edição Especial, cit., págs. 165-182, que sustenta a sua recondução científica e, um dia, legislativa ao direito civil, seguindo o exemplo do modelo alemão; e MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor (A propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português)*, cit., que defende a sua especialização num código próprio, o Código do Consumidor, seguindo os exemplos brasileiro e, mais recentemente, francês e italiano. A tutela jurídica do consumidor iniciou-se nos EUA, a partir do princípio dos anos 60 do século XX, com o objectivo de dar confiança ao consumidor e, através dela, fluidez ao mercado (ASCENSÃO, José de Oliveira, ult. ob. cit., pág. 165), o que lhe deu, como marca originária, um recorte subjectivo assente no critério da qualidade dos sujeitos: é o *consumidor*, ou seja, qualquer um, “a pessoa, o cidadão, numa *determinada relação*, a relação de consumo” (MONTEIRO, António Pinto, ult. ob. cit., pág. 206), relação essa que exige, no contrapolo, um *profissional*, que será na esmagadora maioria dos casos, um empresário (comerciante ou não) – podendo embora ser um artesão ou profissional liberal sem empresa em sentido objectivo (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, cit., pág. 50), situações manifestamente residuais (basta atentar em alguns dos grandes temas: contratos de ou por adesão, responsabilidade civil do produtor, as diversas modalidades de venda, o crédito ao consumo – tudo áreas em que no outro lado da relação jurídica estará normalmente e nalguns casos mesmo obrigatoriamente um empresário, em regra também comerciante). A inclusão da protecção do consumidor no direito comercial não está afastada (ASCENSÃO, José de Oliveira, ult. ob. cit., pág. 168, Autor cujas principais objecções se dirigem, tanto quanto cremos, à sua codificação autónoma), prenunciando-se inclusivamente uma sua extensão a pessoas singulares quando actuem no âmbito de actividade profissional e mesmo a pessoas colectivas (MONTEIRO, António Pinto, ult. ob. cit., pág. 196), o que poderá determinar a sua aplicação protectora a pequenas e médias empresas na relação com grandes empresas (embora as primeiras tendam a ser tratadas pelo direito comercial como não comerciantes: *supra*, nota 217); quanto à questão da eticização do direito que colocaria o direito do consumidor “no coração mesmo do Direito Civil” (ASCENSÃO, José de Oliveira, ult. ob. cit., pág. 179), sempre se lembrará, com MENEZES CORDEIRO, que “o exercício do comércio tem a sua deontologia” – deontologia que, “para além dos relevantes aspetos morais”, desempenha um papel essencial no desenvolvimento dos negócios e na consolidação do mercado (*Direito Comercial*, cit., págs. 544-545); a integração da tutela do consumidor no direito comercial, no quadro das obrigações do comerciante (empresário), poderia reforçar, por outro lado, a sua função de delimitação negativa da autonomia contratual deste, aumentando a sua eficácia. É esta, aliás, a opção na pátria da tutela do consumidor, que a incluiu no *Uniform Commercial Code*. Sobre o tema KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, cit., págs. 122-123; e sobre a tutela do consumidor no *Uniform Commercial Code*, EDWARDS, Caroline (2004) “*Article 2 of the Uniform Commercial Code and Consumer Protection: The Refusal to Experiment*,” *St. John's Law Review*: Vol. 78: Iss. 3, Article 11. Available at: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol78/iss3/11> (acesso em 22.06.2014). Cfr. *infra*, notas 788 e 806, sobre o ponto nos direitos quebequiano e norte-americano, respectivamente; e nota 1660, em que se retoma a questão.

²²⁸ Na evolução do direito das sociedades anónimas posteriormente à aprovação do HGB (1897), destacam-se, no essencial, dois períodos distintos: a) o período 1916-1945, em que se verifica uma alteração substancial da concepção subjacente no sentido da *socialização* (alteração causada pela concorrência de diversos factores: as duas Guerras Mundiais, a crise inflacionista de 1924, que tanto traumatizou os alemães, a Grande Depressão de 1929, a influência crescente da esquerda política na República de Weimar, no rescaldo da Revolução russa de 1917 e da afirmação subsequente do pensamento soviético, o anti-capitalismo da Nova Ordem Nazi), traduzida no reforço da direcção estatal das sociedades e na morte da bolsa e do capitalismo financeiro – com dois actos legislativos de relevo, a *Notverordnung* de 1931 [*Notverordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 und Übersicht über Gründungssteuern (Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie)*] e a *Aktengesetz* de 1937; b) e o período 1945-1990, com a afirmação, a partir da retoma do princípio da

por acções, não foi tomada como regra.²²⁹ Por outro lado, mesmo sem descodificação, o HGB nunca cobriu temas fundamentais do direito comercial, como, por exemplo, o direito bancário e dos seguros, remetidos para legislação avulsa.²³⁰

4. As grandes linhas de evolução do sistema comercial alemão

Do exposto e com interesse para o nosso estudo, podem surpreender-se as grandes linhas percorridas, na sua evolução, pelo sistema comercial alemão: - manutenção da dualidade de códigos; - opção clara pelo sistema subjectivo;²³¹ - o direito comercial como direito especial relativamente ao direito civil;²³² - a eficácia constitutiva do registo quanto à aquisição da qualidade de comerciante; - as sociedades comerciais pela forma; - a linha (tracejada) de demarcação do conceito de comerciante: *freie Berufe*;²³³ - tratamento diferenciado dos pequenos comerciantes e pequenas empresas;²³⁴ - a passagem do *comerciante à empresa* como critério de aplicação do direito comercial;²³⁵ - o abandono

cogestão das empresas (introduzido nos anos vinte do século XX e abolido pelo regime nazi), do modelo de economia social de mercado, um meio termo entre a total liberdade de empresa (à americana) e a direcção estatal da economia (própria dos países de economia socialista planificada) – sendo a reforma da *Aktiengesetz* de 1965 o marco legislativo deste período (MUCHLINSKI, Peter, cit., págs. 361 e ss.). Posteriormente, há a assinalar o debate sobre as consequências da globalização jurídica e, em particular, do *shopping* do direito no seio da União Europeia no futuro do princípio da cogestão que informa o direito societário alemão: cfr. DAMMANN, Jens C., *The Future of Codetermination After Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model?*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Volume 8, Issue 2, 2003, Article 7 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl> - acesso em 25.06.2014).

²²⁹ FLUME, Johannes W., cit., pág. 20.

²³⁰ FLUME, Johannes W., cit., págs. 20-21; KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, cit., pág. 124. E, como se notou, no domínio das sociedades não só se descodificou (*supra*, nota 228) como se recusou a codificação (no caso da GmbH: *supra*, nota 205).

²³¹ O regresso do *ius mercatorum*: FLUME, Johannes W., cit., págs. 23, citando KARL LEHMANN. Regresso porque o ADHGB, sucedendo a um código marcadamente subjectivista (o ALR), assumiu um sistema misto (*supra*, ponto 2 e nota 202).

²³² Especialidade centrada agora, de novo, na figura do comerciante (HGB, art. 343: FLUME, Johannes W., cit., págs. 22 e ss.). Considerando a adopção de um esquema subjectivo como indispensável para manter a especialidade das figuras comerciais, pois será na referência ao comerciante que elas ganham natureza especial, constituindo, sem essa referência, “figuras próprias, a classificar dentro do Direito privado” (civil), CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 68, sendo que “muitos dos contratos especialmente regulados no Código Comercial não são estruturalmente diferentes dos civis” (Idem, pág. 144, citando RAISCH) – pelo que “a objectivação do sistema comercial tinha, implícitos, os germes da sua diluição, no Direito privado.” (Idem, pág. 58.) Acentuando este referencial subjectivo em relação, não já à figura do comerciante mas à *empresa*, ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2011 (reimpressão), págs. 20 e ss., Autor que destaca os contratos comerciais como “o mais relevante instrumento jurídico da constituição, organização e exercício da actividade empresarial”, consideração comum aos sistemas de dualidade de códigos, de código único e mesmo aos sistemas anglo-saxónicos.

²³³ *Tracejada*, porque, como se referiu (*supra*, nota 218), os profissionais liberais, segundo o entendimento dominante, não podem adquirir a qualidade de comerciante, mas podem constituir sociedades em forma comercial, consideradas (HGB, art. 6) como verdadeiras sociedades comerciais e, assim, comerciantes (*Formkaufleute*). Na mesma linha, lembre-se o tratamento dos agricultores e silvicultores (HGB, art. 3: *supra*, ponto 3 e nota 213).

²³⁴ Se bem que, com a reforma de 1998, se tenha abandonado a distinção entre comerciantes “voluntários”, “obrigatórios”, “grandes” e “pequenos”, reconhecendo-se aos titulares de pequenos empreendimentos a faculdade de assumirem, pelo registo, natureza comercial: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 262. Não se registando, serão considerados juridicamente não comerciantes.

²³⁵ *Supra*, ponto 3 e nota 225. Cfr., a este respeito, a evolução do direito austríaco, que adiante estudaremos (*infra*, Capítulo IV, § 4º, 1) – “a small step in the right direction”: FLUME, Johannes W., cit., pág. 27.

da enumeração legal de actividades comerciais e sua substituição por uma cláusula geral;²³⁶ - descodificação e dispersão (originária) do direito comercial; - afirmação da função social da empresa através da co-gestão das sociedades; - exclusão da tutela do consumidor; - inexistência de jurisdição comercial.²³⁷

§4º - Conclusão

O caminho que percorremos desde o *Code de commerce* de 1807 ao HGB pós-reforma de 1998 fornece-nos algumas indicações de relevo para o nosso estudo:

- a) O direito comercial vem traduzindo uma regular oscilação do pêndulo da História entre liberdade de comércio e dirigismo estatal;
- b) A codificação do direito comercial pressupõe: - a clarificação da concepção do direito comercial e da sua delimitação; - a consideração da natureza evolutiva, quase volátil, da vida dos negócios e o seu reflexo na legislação; - a escolha da técnica utilizada na codificação;
- c) A afirmação do direito comercial como direito privado;
- d) A opção maioritária nos sistemas romano-germânicos pela dualidade de códigos;
- e) A concepção do direito comercial como “direito do capitalismo” ou direito da economia de mercado;²³⁸

²³⁶ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit.

²³⁷ As questões comerciais são julgadas pelos tribunais comuns (civis): cfr. Organização Judiciária da República Federal da Alemanha (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/Schaubild_Gerichtsaufbau_Englisch.pdf?__blob=publicationFile – acesso em 26.06.2014) e, a título de exemplo, o art. 71 da Lei de Organização Judiciária (Gesetz über die Gerichtsverfassung, GVG – <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf>). Existem, todavia, as *Kammern für Handelssachen*, secções comerciais dos Tribunais Regionais (*Landgerichten*: GVG, arts. 93 e ss.), que incluem juízes de carreira e juízes honorários (“consulares”): cfr. *En France, Belgique et Allemagne, les juridictions consulaires dominant le paysage de la justice commerciale*, Commerce Internationale, CCI, 2007 (<http://www.actu-cci.com/features/193-vers-une-justice-economique-europeenne/10049-en-france-belgique-et-alle-magne-les-juridictions-consulaires-dominant-le-paysage-de-la-justice-commerciale> - acesso em 26.06.2014).

²³⁸ Não excluindo, obviamente, que todo o Direito – e não apenas o direito comercial – reflecte o modelo de sociedade que, nestes tempos eminentemente materialistas, é fundamentalmente moldado pela “infraestrutura” económica. O que se pretende captar aqui é a ideia de que, por um lado, o direito comercial é indissociável do modelo de economia de mercado (com as suas múltiplas possibilidades de manifestação concreta, do pendor mais individualista - Estado mínimo - ao mais social – “mercado sempre que possível, Estado sempre que necessário”) – ideia que a evolução jurídica dos países da antiga órbita soviética tão bem ilustra - e, por outro, apesar do esbatimento resultante da massificação económico-social e da mercantilização de praticamente todos os sectores da sociedade, continua a ser, não só o repositório histórico, mas a guarda avançada do enquadramento jurídico da economia, das suas instituições, agentes e actividades: “marco general y básico de la economía de mercado” (MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, cit., pág. 6). Cfr. *supra*, nota 177. Entretanto - estimulada sem dúvida pela brutal desvalorização da pessoa a que assistimos no desenrolar da “Grande Recessão” que atravessamos (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Entre Código da Insolvência e “Princípios Orientadores”*: *Um dever de (re)negociação?*, ROA, 2012 (Ano 72), vol. II/III, pág. 678 e nota 2) – vai-se formando a consciência de que os interesses, motivações, aspirações e estado de espírito do *homo oeconomicus* constituem domínio próprio do direito comercial, já que “no plano civil, os bens raramente valem apenas pelo valor comercial; poucas vezes se deixam ‘comercializar’ integralmente”, pois a racionalidade, comportamento e interesses da pessoa comum, na vida comum, são orientados, “talvez até primordialmente, v.g., por factores afectivos, culturais, emocionais ou éticos.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Nos 40 anos do Código Civil Português – Tutela da Personalidade e Dano Existencial*, cit., pág. 59); diferença de abordagem (entre o direito civil e o direito

- f) A geografia do direito comercial apresenta-se variável e dispersa, desaconselhando uniformizações redutoras e convocando análises assentes na tradição própria de cada sistema jurídico concreto;
- g) Desenha-se uma tendência para a adopção do sistema subjectivo (ou misto com um ponto de partida subjectivo) com base na empresa;
- h) Abandono, em geral, da jurisdição comercial;²³⁹
- i) Valerá a pena manter um “código” como o guarda-chuva do Avô?²⁴⁰
- j) Será possível redigir de novo um código comercial?

comercial) que, abrangendo mesmo os aspectos patrimoniais daquele, reforçará porventura a linha de demarcação que supúnhamos definitivamente esvaída.

²³⁹ No sentido de jurisdição especial ou “de excepção”, privativa dos comerciantes ou dos actos de comércio: da investigação feita, de que aqui só podemos deixar uma breve nota, concluímos que, dos 31 países analisados – Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colômbia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Inglaterra e País de Gales, Itália, Japão, México, Perú, Portugal, República Checa, República da Irlanda, Roménia, Rússia, Suécia, Uruguai e Venezuela -, temos 8 com tribunais de comércio (França, Bélgica, Inglaterra e País de Gales, Irlanda, Roménia, Estados Unidos da América, México e Federação Russa); dos restantes 23, alguns possuem tribunais de competência especializada em certas matérias comerciais: Alemanha, China, Finlândia, Suécia, Portugal, Perú e Venezuela. Curiosamente, a linha divisória não é, aqui, a existência (ou não) de dualidade de códigos (civil e comercial): sistemas de código único, como o russo, têm tribunais de comércio, a maior parte dos sistemas de dualidade de códigos (já) não tem jurisdição especial. Em dois dos três países do *common law* analisados (Inglaterra e País de Gales e EUA), em que tradicionalmente se não distingue o direito comercial, existem tribunais de comércio. A tendência que parece ser de surpreender é a de que já não se aceitam tribunais *de privilégio* mas haverá que atender às exigências de especialização postas pela economia actual – e isto quer no que respeita à competência material dos tribunais quer no que toca ao perfil dos juízes quer ainda no que concerne à articulação entre a jurisdição estadual e a arbitragem.

²⁴⁰ Guarda-chuva de que, por motivos sentimentais, não nos desfazemos mas a que já substituímos quase todas as peças. O ponto, a que necessariamente voltaremos (*infra*, Parte II), prende-se não apenas com a eficiência da lei (aptidão para cumprir os objectivos normativos que lhe são deferidos num determinado tempo e lugar) mas com a cultura jurídica: devemos respeitar o passado e os seus símbolos – porque ele é, afinal, tudo o que conhecemos (MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., pág. XXI); respeito que, contudo, não deve traduzir-se num mero apego conservador, antes no estímulo para colocar o “passado ao serviço da inteligência do presente” (ARAÚJO, Fernando, *Os Sentidos de ‘Aequitas’ em Marco Túlio Cícero*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 12, pág. 13367).

Capítulo III – Um outro olhar: a experiência anglo-saxónica²⁴¹

“No island is an island”

Roy Goode²⁴²

“Two countries divided by a common legal heritage”

P. S. Atiyah²⁴³

§ 1º - O direito inglês²⁴⁴

1. Formação e evolução histórica

1.1. Em geral

Podem identificar-se quatro grandes períodos na formação do direito inglês: a) o período anterior a 1066, ano da invasão da Inglaterra pelos Normandos (período do direito anglo-saxão ou anglo-saxónico); b) uma segunda etapa, desde a invasão normanda até à dinastia Tudor (1485), que é o período de formação do *common law*; c) um terceiro período, de 1485 a 1832, em que se desenvolve um direito complementar e ocasionalmente rival, a *Equity*; d) e um último período, que se inicia em 1832, em que o direito inglês, salvaguardando embora as suas marcas tradicionais, se vem aproximando dos direitos da família romano-germânica ou do *civil law*.^{245 246}

a) Período do direito anglo-saxão ou anglo-saxónico

Antes da Conquista Normanda, não existia em Inglaterra um sistema jurídico unitário, comum a todo o território, mas essencialmente regras de natureza consuetudinária, não escritas, que variavam de região para região, de acordo com as tradições dos povos que aí viviam. Cada região (*county*) tinha o seu tribunal próprio, geralmente constituído por

²⁴¹ Sobre a incorrecção desta comum designação, ver DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 212, nota 2: *direito anglo-saxão* ou *anglo-saxónico* é, em rigor, o direito do período anterior a 1066, ano da conquista de Inglaterra pelos Normandos. Deve referir-se, no entanto, que a conquista normanda não aboliu completamente o direito anterior, que sobreviveu quer nas decisões dos tribunais quer em vários dos *statutes* posteriores (HAZELTINE, Harold D., *Holdsworth's History of English Law*, Political Science Quarterly, Vol. 27, No. 1 (Mar., 1912), pág. 127).

²⁴² *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 2.

²⁴³ *Tort Law and the alternatives: some anglo-american comparisons*, Duke Law Journal, vol 1987, Nº 6 (Dec. 1987), pág. 1005.

²⁴⁴ Referimo-nos aqui ao sistema jurídico da Inglaterra e País de Gales, abstraindo das especificidades dos outros sistemas do Reino Unido, em particular da Escócia (cfr. *infra*, Cap. IV, § 1º, 7).

²⁴⁵ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 211 e ss., que aqui seguimos de perto.

²⁴⁶ Sobre o uso do género masculino ou feminino para a expressão *common law* (critério igualmente aplicável à expressão *civil law*), ver LEGRAND, P., *Pour le common law*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 44 Nº4, Octobre-décembre 1992, págs. 941-947, que justifica a sua preferência pelo masculino: “le masculin ressortit du droit, le féminin de la loi.”

uma assembleia pública informal, cujas decisões eram frequentemente arbitrárias.²⁴⁷ 248
249

Os normandos levaram para Inglaterra a sua organização político-social, iniciando o feudalismo inglês. Feudalismo muito diferente do da Europa continental: invasores, os senhores normandos, ignorando a língua e desprezando os costumes locais, congregaram-se em volta do seu rei, com uma organização e disciplina militares; rei que, acautelando o seu próprio poder, não permitiu que os senhores feudais recebessem ou adquirissem terras que lhes dessem a possibilidade de com ele rivalizar, pelo que todos dependiam do monarca.²⁵⁰ 251

²⁴⁷ Com interesse para a compreensão da génese do direito inglês, devem recordar-se os principais marcos da história primitiva da Inglaterra: a) domínio romano – entre cerca de 43 e 400 da nossa Era; b) invasão das tribos bárbaras, com relevo para as dos Anglos e dos Saxões, provenientes do norte da Dinamarca – cerca de 400 a 600; c) introdução do cristianismo por acção de Santo Agostinho de Cantuária – 597; d) período Anglo-Saxónico – 597 a 1066 (se bem que a influência do direito anglo-saxónico se tenha prolongado pelo menos até 1100), período em que se verificaram dois factos de primordial importância: a crescente unificação da Inglaterra e a chegada dos noruegueses e dinamarqueses (de destacar os reinados de Canute ou Cnut (1016/1017-1035) e de Edward The Confessor (1043-1066), sendo que a fama de grande legislador com que este último ficou para a posteridade parece ser falsa, construída posteriormente pelos opositores do domínio normando: “So far as we know, he never made a law.” – MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., *A Sketch of English Legal History*, G. P. Putnam's Sons, New York and London, 1915, cópia disponibilizada pela Cornell University Library, <http://www.archive.org/details/cu31924069476020>, acesso em 2.09.2014, pág. 13); e) Conquista normanda – 1066. Cfr. PLUCKNETT, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, USA, 2010 (reproduced from the fifth edition originally published by Little, Brown and Co., 1956), págs. 6 e ss.

²⁴⁸ Com o fim da dominação romana (princípio do século V), os povos bárbaros de origem germânica (em especial, os Saxões e os Anglos) expandiram-se territorialmente e começaram a organizar-se. Apesar do carácter essencialmente costumeiro das normas por que se regiam, existiram já algumas leis, naturalmente muito parcelares e dispersas: citam-se habitualmente as leis de Aethelbert de Kent, datadas por volta do ano 600 e que constavam de apenas 90 frases breves (DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, ob. e loc. cit.; CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Do 'Trust' no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 70-71 e nota 87; BRUNNER, Heinrich, *The Sources of English Law*, AA.VV., Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. II, Little, Brown, and Company, Boston, 1908, pág. 13). Sobre as leis de Aethelbert de Kent, feitas “iuxta exempla Romanorum”, ver POLLOCK, Sir Frederick / MAITLAND, Frederic William, *The History of English Law Before The Time of Edward I*, vol. I, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, pág. 14 e nota 56 (http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2313/Pollock_1541-01_LFeBk.pdf - acesso em 16.07.2014); para a colonização romana da Inglaterra, ver WEBSTER, Graham, *The British Under Roman Rule: A Study in Colonialism*, History Today, 1980 (www.historytoday.com – acesso em 8.07.2014); e sobre o seu declínio e fim, SOMMERVILLE, J.P., *The decline of Roman Britain* (<http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/123/123%2041%20FallRoman%20Br.htm> – acesso em 8.07.2014). Quanto à influência do direito romano na formação do direito inglês, usualmente desvalorizada, SHERMAN, Charles P., *Romanization of English Law* (1914). Faculty Scholarship Series. Paper 4436. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4436 - acesso em 1.09.2014; e RE, Edward D., *The Roman Contribution to the Common Law*, 29 Fordham L. Rev. 447 (1961). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol29/iss3/2> - acesso em 1.09.2014. Influência que resulta clara da leitura de BRACTON: “... the whole of the law with which we propose to deal relates either to persons or to things or to actions...” (*Bracton Treatise*, vol 2, 29, Harvard Law School Library, Bracton Online - <http://bracton.law.harvard.edu/Unframed/calendar.htm>, acesso em 3.09.2014) – lembrando GAIO: “*Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*” (D. 1.5.1 - <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-01.htm#1>, acesso em 5.09.2014).

²⁴⁹ Sublinhando a importância do período anterior à conquista normanda para a história do direito inglês, HAZELTINE, Harold D., ob. e loc. cit.

²⁵⁰ Sobre a forte personalidade de *William The Conqueror*, cfr. English Monarchs, The House of Normandy, *William The Conqueror* (<http://www.englishmonarchs.co.uk/normans.htm> - acesso em 8.07.2014).

²⁵¹ Toda a terra era, após a Conquista Normanda, propriedade do Rei, sendo que o *tenant* usufruía, dispunha ou transmitia-a por via sucessória por decisão do monarca e não por vontade do próprio: CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 95 e notas 203 e 204.

O carácter militar, organizado, do feudalismo introduzido pelos normandos em Inglaterra é um dos elementos que estão na base do desenvolvimento do *common law*.²⁵² Aos antigos tribunais dos *county* somaram-se os tribunais estabelecidos pelos senhores feudais, pela jurisdição feudal, que aplicava o costume local, o *custom of the manor*.²⁵³ Paralelamente, existiam os tribunais eclesiásticos, que aplicavam o direito canónico, direito comum a toda a cristandade.²⁵⁴

Os litígios eram decididos, consoante a matéria, o território ou as pessoas envolvidas, por estes diversos tribunais. O rei só se sentia com autoridade para conhecer dos casos excepcionais: ameaça para a paz do reino ou circunstâncias, subjectivas ou objectivas, que impedissem ou desaconselhassem que a justiça fosse feita nas jurisdições locais.²⁵⁵

²⁵² Cfr. PLUCKNETT, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, cit., págs. 12-13, que sublinha e elogia a organização administrativa e financeira introduzida em Inglaterra pelos normandos e atribui ao *Domesday Book* – relatório do pormenorizado censo da propriedade e das explorações rurais do país para fins fiscais, elaborado nos anos finais do reinado de *William The Conqueror* – importante contributo para o desenvolvimento do direito inglês, tanto no plano formal como no do conhecimento do direito (consuetudinário) em vigor e, ainda, com maior relevo, na definição do regime de propriedade da terra e da cadeia de relações feudais, afirmando sempre a superioridade do poder da Coroa. Ver tb. JENKS, Edward, *The Development of the Teutonic Law*, AA.VV., *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, Little, Brown, and Company, Boston, 1907, pág. 49.)

²⁵³ A organização judiciária inglesa, de extrema importância para a formação do *common law* como direito jurisprudencial, apresenta-se complexa, sendo que essa complexidade provém essencialmente da sua génese, em que, ao longo dos tempos, de modo incremental, foram sendo introduzidos novos tribunais, que passaram a coexistir com os anteriores até que, por vicissitudes históricas (em especial a centralização de inspiração normanda com a consequente, se bem que lenta, avocação de poderes pelos tribunais reais, de acordo com a doutrina segundo a qual a Coroa era a única fonte de justiça), estes foram abolidos ou caíram em desuso. Como se referirá, uma organização sistemática dos tribunais ingleses só ocorrerá com os *Judicature Act* de 1873 e *The Appellate Jurisdiction Act* de 1876. Sobre o ponto, consultar POLLOCK, Sir Frederick / MAITLAND, Frederic William, cit., págs. 555 e ss.; PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 79-80 e ss.); CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 69 e ss.

²⁵⁴ Separação dos tribunais eclesiásticos que data do tempo de *William I, The Conqueror*, cuja política em relação à Igreja era de uma extraordinária modernidade: reforçar a sua importância social ao mesmo tempo que aumentava o controlo governamental e definia a sua separação do Estado: cfr. PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 12; RE, Edward D., cit., pág. 486. Separação que terminaria, com *Henry VIII* e cortados os laços com Roma, pela absorção da Igreja pelo Estado.

²⁵⁵ Matérias tipicamente submetidas à *Curia Regis*, em vista da sua primordial importância, eram as que tinham a ver com as finanças reais, com questões sobre propriedade fundiária e com crimes graves susceptíveis de ameaçar a segurança do reino (DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 214). A política de organização e centralização administrativa e judicial iniciada por *William I* haveria de conduzir, numa evolução que culminaria com *Edward I*, ao predomínio da justiça real, do *King's Court*, que acabou por ser dividido em três tribunais especializados: o *Court of King's Bench*, com competência em matéria criminal e de responsabilidade civil conexa com a prática de crimes, para além de outras matérias de interesse para a Coroa com excepção das questões fiscais; o *Court of Exchequer* para os assuntos fiscais; e o *Court of Common Pleas*, com jurisdição em matéria civil entre particulares (*communia placita*). De notar que esta divisão de competências foi sendo, na prática, obscurecida pela concorrência entre estes três tribunais, em especial o *King's Bench* e o *Exchequer*, que, utilizando subtilezas processuais, foram invadindo a esfera alheia: KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, *Handbook of Common Law Pleading*, West Publishing Co., New York, 1969, pág. 46. Dando conta da *flutuação das funções* destes tribunais centrais e da *incerteza da divisão de competências* entre eles, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 124 e ss. Flutuação e consequente incerteza que teria uma origem pouco dignificante - o custo avultado da justiça real -, sendo que o tribunal que julgasse mais causas receberia naturalmente mais emolumentos (sobre este custo avultado, Idem, págs. 115 e 127). Sintomaticamente, a expressão medieval que descrevia o modo de obtenção de um *writ* falava em “‘purchasing’ a writ”: JENKS, Edward, *The Prerogative Writs in English Law*, 32 Yale L.J. 1922-1923, pág. 523 e nota 1. Sobre o *writ*, cfr. *infra* nota 270.

A *Curia Regis* ou *King's Court*, sucessor do antigo conselho anglo-saxão,²⁵⁶ em que o rei decidia assistido pelos seus conselheiros e pelos grandes do reino, leigos e eclesiásticos, não era uma jurisdição ordinária a que qualquer um pudesse aceder.²⁵⁷ O tribunal real, no tempo de *William The Conqueror*, reunia-se três vezes por ano, no Natal, Páscoa e Pentecostes, com solenidade e formalidade, para julgar questões entre os senhores feudais, normalmente disputas sobre a posse de terras, a grande riqueza e fonte de poder da época.²⁵⁸ A justiça real, naqueles tempos feudais e apesar da forte personalidade de *William*, tinha de se conter nos limites impostos pela afirmação dos vários senhores dos feudos, que não viam naturalmente com bons olhos a intromissão pura e simples da justiça do rei nos territórios sujeitos à sua jurisdição. Não obstante, o controlo real sobre a estrutura administrativa e judicial feudal manteve-se relativamente mais forte do que em outros locais da Europa.²⁵⁹

b) Período de formação do *common law*

No reinado de *Henry II* (1154-1189), primeiro rei da *House of Plantagenet* e um dos grandes reis de Inglaterra, ocorreram duas circunstâncias fundamentais para a conformação do direito inglês: – por um lado, os eclesiásticos que integravam a *entourage* do rei começaram a especializar-se nas actividades jurídica e judicial, criando formulários (*claim forms*), denominados *writs*, e procedimentos para as acções judiciais;²⁶⁰ – por outro, o rei passou a enviar os seus juízes regularmente por todo o país com o intuito de levar a justiça real a todo o povo e assim evitar os abusos e arbitrariedades das jurisdições locais. Os *travelling judges* constituíam um núcleo de juízes de jurisdição nacional, sem raízes nem dependências locais, e, por isso, menos sujeitos a corrupção;²⁶¹ socorriam-se de jurados locais (*lawful men*) para investigar os factos e acusações; aplicavam as leis

²⁵⁶ Conselho de notáveis, dos *witan*, *aqueles que sabem*, que no século XI receberia a designação institucional de *Witenagemot*: CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 85, Autor que descreve os diversos poderes e funções exercidos por este conselho, que incluíam a função jurisdicional mas iam muito para além dela (cfr. nota seguinte).

²⁵⁷ Na *Curia Regis*, constituída pelo rei e o seu Conselho, eram julgadas as questões mais importantes, como se refere no texto, mas também se tratavam assuntos de governo e administração e se emitiam leis (*statutes*, *ordinances*): PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 143. Com o tempo, estas assembleias incorporaram representantes do povo (*commons*, gente comum) e evoluíram para o *Parliament*, que haveria de se dividir em duas *houses* ou câmaras, a *House of Lords* e a *House of Commons*. O que explica que a *House of Lords* tenha estado até muito recentemente (2009) no topo da hierarquia judiciária inglesa; e não difere, no que à confusão dos poderes legislativo e judicial respeita, do que caracterizou em geral o Ancien Régime (NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 7). Sobre as origens do *Parliament* em Inglaterra, ver VARELA SUANZES, Joaquín, *Sovereignty in British Legal Doctrine*, E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law, Murdoch University, Perth, Western Australia, pág. 4 (<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n3/suanzes63nf.html> - acesso em 10.07.2014).

²⁵⁸ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, cit., entrada “the introduction of feudalism, government and justice”.

²⁵⁹ HUDSON, John, *Common Law - Henry II and the Birth of a State* (http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/henryii_law_01.shtml#two – acesso em 8.07.2014).

²⁶⁰ “O reinado de *Henry II* pode ser apontado como o ano zero do sistema formalístico de acções.”: CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 144.

²⁶¹ Comentando a existência de concessões, pelos juízes reais, aos poderes e interesses locais, PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 241.

(*ordinances*) emanadas do rei (*assizes*)²⁶² e as normas consuetudinárias depuradas e elevadas, através das sentenças que emitiam, a direito aplicado em todo o país, a direito comum a toda a Inglaterra, a *commune ley* ou *common law*.²⁶³

Devido à inovação da justiça real itinerante,²⁶⁴ que avocou pleitos antes submetidos às jurisdições locais (feudais) possibilitando o aparecimento de um direito comum a toda a Inglaterra, elaborado pelos juízes com a intervenção de jurados, *Henry II* é geralmente considerado o pai do *common law*.²⁶⁵

Mais tarde, *Edward I* (1274-1307), conhecido como o Justiniano inglês pelas importantes leis (*statutes*) que promulgou com o objectivo de fortalecer o poder real,²⁶⁶ estabeleceu, pelo *Statute of Gloucester* (1278), um critério de distribuição da competência entre os tribunais reais (itinerantes) e os tribunais locais com base no valor: nenhuma causa de valor inferior a 40 *shillings* poderia ser levada aos tribunais reais. Esta disposição foi interpretada pelos juízes reais no sentido de que as causas de valor superior a 40 *shillings* eram da exclusiva competência dos tribunais do rei, chamando a si as acções mais importantes²⁶⁷ e expandindo a intervenção da justiça real. Expansão que, caminhando a

²⁶² Os *assizes* eram leis (*ordinances*) promulgadas pelo rei. Destacam-se, pela sua importância, o *Assize of Clarendon* (1166) e o *Assize of Northampton* (1176) de *Henry II*, que estiveram na base da criação dos *travelling judges* e do sistema de jurados que os assistiam (ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, cit., entradas “Assize of Clarendon” e “Assize of Northampton”). Para o texto do *Assize of Clarendon*, consultar <http://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp> - acesso em 9.07.2014.

²⁶³ Este novo *common law*, que, com o tempo, superaria e substituiria as antigas instituições, é já detectável no *Glanvill's Treatise* (cerca de 1187): PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 257; JENKS, Edward, *The Development of the Teutonic Law*, AA.VV., Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. I, Little, Brown, and Company, Boston, 1907, pág. 50.)

²⁶⁴ Inovação, todavia, mais no sentido de utilização sistemática, institucionalizada, do que de novidade absoluta, uma vez que o envio de juízes reais para julgar pleitos fora da sede da *Curia Regis* já havia tido lugar no tempo dos reis *William I* (1066-1087) e *Henry I* (1100-1135), pois “for the royal justice to triumph thoroughly, it must come to the people.” (CARTER, A. T., *A History of English Legal Institutions*, Third Edition, Butterworth & Co. Law Publishers, London, 1906, pág. 63). O que *Henry II* fez foi transformar “an extraordinary and occasional procedure (...) into a regular and ordinary system of justice brought to the suitor's door.” (Ibidem.)

²⁶⁵ Destacando a importância dos tribunais itinerantes e do sistema de júri institucionalizados por *Henry II* na formação e caracterização do *common law*, APPLE, James G./ DEYLING, Robert P., *A Primer on the Civil-Law System*, Federal Judicial Center (US), s/d, pág. 33 ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw.pdf) - acesso em 11.07.2014).

²⁶⁶ O *Statute of Gloucester* de 1278 determinou que juízes itinerantes investigassem no terreno os títulos justificativos dos direitos, poderes e privilégios que os nobres se arrogavam (*quo warranto*); na falta de prova da sua justificação, esses direitos, poderes ou privilégios seriam recuperados pela coroa. Estas investigações provocaram firme oposição dos afectados (os barões locais), tendo-se obtido um compromisso em 1290, através do *Statute Quo Warranto*: mesmo sem um título documental, o nobre poderia continuar investido numa dessas situações jurídicas demonstrando que o direito tinha sido exercido pelos seus antepassados ininterruptamente desde 1189 (último ano do reinado de *Richard I*). O princípio segundo o qual um costume ou direito é válido desde que date de “tempos imemoriais” ficou fazendo parte do *common law* inglês (SOMMERVILLE, J.P., *Edward I*, <http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/123/123%20141%20EdwardI.htm> - acesso em 8.07.2014). No entanto, o requisito desta longa antiguidade parece não ser original (do tempo em que o costume exercia a sua função de principal fonte de direito) mas introduzido mais tarde, justamente para limitar a sua importância nessa função, abrindo caminho para a lei, produto do poder real: PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 307-308 e nota 1.

²⁶⁷ Cfr. <http://labspace.open.ac.uk/mod/resource/view.php?id=415819> - acesso em 23.09.2014/serviço da The Open University, Milton Keynes, UK. E também RIDGES, Edward Wavell, *Constitutional Law of England*, Stevens and Sons, Limited, Law Publishers, London, 1905, pág. 182). Sobre a importância dos *statutes* de *Edward I*, SOMMERVILLE, J.P., *Edward I*, cit.; fazendo um balanço deste reinado no plano

par com a centralização do poder que haveria de destruir o sistema feudal,²⁶⁸ resultou também de outros factores convergentes: - a crescente procura pelos particulares, que viam na justiça do rei melhor qualidade (menor arbitrariedade) do que na justiça dos senhores feudais;²⁶⁹ - a “especialização” da justiça canónica, remetida para as questões relativas ao matrimónio e à vida interna da Igreja.

No entanto, o acesso aos tribunais reais não era livre, não correspondia a um direito mas a um privilégio que poderia (ou não) ser concedido a quem o requeresse. E, para isso, haveria que seguir um procedimento próprio: - solicitar a admissão do caso à justiça real, solicitação dirigida ou ao Chanceler da Coroa ou ao próprio juiz itinerante; - o requerente tinha de expor detalhadamente os factos constantes do caso que pretendia submeter ao tribunal real; o Chanceler decidia discricionariamente sobre a admissão ou rejeição do pedido, em caso afirmativo através da concessão de um *writ*²⁷⁰ que estabelecia detalhadamente os procedimentos a seguir na acção judicial; sendo a petição dirigida aos juízes reais, desenvolveram-se acções próprias para acesso à jurisdição (acções *super casum*).²⁷¹ Estas acções *super casum*, com o tempo, foram-se diversificando e deram origem a diversas acções de acordo com o assunto (factos) que motivavam a sua

jurídico, escreve PLUCKNETT: “The reign of Edward I is marked by one of the greatest outbursts of reforming legislation in English history until the nineteenth century.” (Ob. cit., pág. 27.)

²⁶⁸ Quanto à questão de saber se a acção legislativa de *Edward I* teve como objectivo combater ou, pelo contrário, reforçar o sistema feudal, PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 30-31.

²⁶⁹ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 115.

²⁷⁰ Transcrições de *writs* (“documentos ou comprovativos necessários para aceder aos tribunais centrais do Rei” que tinham associados “um esquema processual próprio e um conjunto de normas e princípios substantivos, desenvolvidos, especificamente, para os litígios ou situações jurídicas que visava(m) abarcar.” - CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 131, Autor que descreve com pormenor a evolução histórica deste instrumento) podem ser consultadas em KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, cit., pág. 50. O *writ* era, assim, uma ordem real que autorizava uma determinada pessoa a recorrer a tribunal; havia vários tipos de *writ*, a cada um deles estando associada uma situação jurídica e um remédio (solução); se o caso em questão não correspondia à situação abarcada por um *writ*, a pretensão do demandante não era admitida.

²⁷¹ O *Statute of Westminster II* (1285) autorizou o Chanceler a conceder *writs in consimili casu*, em questões semelhantes às que anteriormente os havia concedido (DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 216; PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 28-29).

concessão, como, por exemplo, as acções de *assumpsit*,²⁷² de *deceit*,²⁷³ de *trover*²⁷⁴ ou de *negligence*.^{275 276}

c) Período de desenvolvimento da *Equity*²⁷⁷

O *common law* nasce e desenvolve-se como um direito jurisprudencial, essencialmente corporizado nas sentenças dos juízes reais itinerantes (e mais tarde dos tribunais centrais), que se fundavam nos costumes e nos *statutes* reais, actuando com um elevado grau de discricionariedade.²⁷⁸ Como direito jurisprudencial, o *common law* deu especial atenção aos procedimentos, formalismos e normas processuais, substimando o direito

²⁷² A *action of assumpsit* é actualmente classificada como uma acção de indemnização por incumprimento de contrato, embora na sua origem esteja o objectivo de reparar danos emergentes de actos que não correspondiam necessariamente ao cumprimento de uma obrigação contratual: cfr. CORBIN, Arthur, "Waiver of Tort and Suit in Assumpsit" (1910). Faculty Scholarship Series. Paper 2936. (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2936 - acesso em 9.07.2014). Ver também AMES, J. B., *The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit*, Harvard Law Review, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), pp. 1-19 (<http://www.jstor.org/stable/1321512> - acesso em 9.07.2014).

²⁷³ A *action of deceit* é uma acção de responsabilidade por danos culposamente causados por falsas declarações: cfr. ZHOU, Qi, *Economic analysis of legal standard for deceit in English tort law*, 2008 (http://works.bepress.com/qi_zhou/3 - acesso em 9.07.2014). Cfr. também o caso *Wilkinson v. Downton*, 1897, 2QB 57 (referido em DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 268 e nota 40 e disponível para consulta em <http://hillsborough.independent.gov.uk/repository/docs/SYP000117910001.pdf> - acesso em 9.07.2014).

²⁷⁴ A *action of trover* é uma acção intentada pelo proprietário de bens que, sem o seu consentimento nem outro título válido, estão na posse de outrem ou são usados ou vendidos pelo seu detentor: GIFFORD, John, *The Complete English Lawyer*, 21st edition, Longman & C°, Simpkin & C°, Whittaker & C°, Sherwood & C°, London, 1838, pág. 33. "The object of the action is the recovery of the 'value' of the property as Damages for its conversion; it is not the object of the action to recover Damages for the taking, nor is it the recovery of the property itself." (KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, cit., pág. 221.) Originariamente a *action of trover* era um meio de o proprietário de um bem que havia sido perdido obter indemnização pelo seu valor de terceiro que, encontrando-o, dele se tivesse apropriado; posteriormente, através de uma ficção – a da perda e posterior achado do bem – "was allowed against any person who obtained possession of the personal property of another by any means whatever, and sold or used it without the consent of the owner, or refused to deliver it when demanded." (Ibidem.) Na definição de LORD MANSFIELD, "Trover is in form a tort, but in substance an action to try property." (*Hambly v. Trott*, in <http://www.uniset.ca/other/cs3/98ER1136.pdf> - acesso em 5.09.2014.)

²⁷⁵ A *action of negligence* é a acção de responsabilidade civil por actuação negligente: ver, quanto ao conceito de *negligence* e seus elementos, OWEN, David G., *The Five Elements of Negligence*, Hofstra Law Review, Volume 35, No. 4 Summer 2007, págs. 1671-1686.

²⁷⁶ Sobre as diversas acções do *common law* medieval, ver MAITLAND, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, 1909 (<http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.asp> - acesso em 5.09.2014); KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, cit., pág. 58. A importância das *actions* no direito inglês (*infra*, nota 279) é outro ponto claro de aproximação com o direito romano (*supra*, nota 248), mesmo que por coincidência casual (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 130 e nota 358). Quanto às acções no direito romano, JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano, I (Parte Geral)*, Stvdia Ivridica 50, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, *max.* pág. 20.)

²⁷⁷ Utilizamos *Equity* (com maiúscula) para referir o direito resultante da jurisprudência do *Court of Chancery* e *equity* (com minúscula) para significar a ideia e os princípios que lhe subjazem (cfr. HUDSON, Alastair, *Equity and Trusts*, eighth edition, Routledge, London and New York, 2015, pág. 7, nota 24).

²⁷⁸ Discricionariedade que tinha a sua raiz na ideia segundo a qual "the establishment of justice through or even in spite of the law [a][i]s the ideal to be aimed at by all rulers and princes." (HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, Michigan Law Review, Vol. 13, No. 4 (Feb., 1915), pág. 293.)

substantivo;²⁷⁹ por outro lado, o conservadorismo dos juízes²⁸⁰ não os predisponha para a inovação numa época em que a base fortemente consuetudinária do direito a teria exigido em ordem à solução dos problemas postos pelos novos tempos.²⁸¹ ²⁸² Problemas que ficavam sem solução, o que conduzia, na estrutura sócio-política e mental da época,

²⁷⁹ “So great is the ascendancy of the Law of Actions in the Courts of Justice’, remarked Sir Henry Maine, ‘that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure.’”: BARBOUR, W. T., *The History of Contract in Early English Equity*, Oxford Studies in Social and Legal History, Vol. IV, Clarendon Press, Oxford, 1914, pág. 11. Cfr. tb. KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, cit., pág. 32, e, lembrando que “...o sistema formalístico de acções foi, durante mais de sete séculos, o motor da *Common Law*”, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 129). Sistema formalístico de acções que, iniciado no tempo de *Henry II* (*supra*, nota 260), atinge o seu período áureo nos últimos anos do longo reinado de *Henry III* (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 151), é interrompido com a Revolta dos Barões e o restabelecimento da jurisdição feudal, posteriormente retomado com o desenvolvimento do poder jurisdicional real, rigidifica-se e estagna com a relutância dos juízes à criação de novas fórmulas (“clima de suspeição em torno da criação de novos *writs*”: A. e ob. cit. em ult. lugar, pág. 168, nota 546), perdendo a capacidade de dar resposta a novos litígios e novas situações jurídicas (Idem, págs. 165-168) – cfr. *infra*, notas 281 e 439.

²⁸⁰ “Common law thinking was a largely conservative ideology designed to protect the status quo from the intrusion of government and was as opposed to doctrines of popular sovereignty as to those of royal absolutism.” (SOMMERVILLE, J. P., *Custom, common law and constitutionalism*, <http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/367/367-044.htm> - acesso em 15.07.2014).

²⁸¹ Os autores falam em “esclerose” do *common law*, devida, por um lado, ao seu pesado formalismo, que lhe retirava a flexibilidade para se adaptar às novas necessidades, e, por outro, à rotina dos juízes: DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 221; MacNair, M., ‘*Equity and Conscience*’ (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 659, p 664, *apud* RADAN & STEWART, *Principles of Australian Equity and Trusts*, LexisNexis, 2001, pág. 4 e nota 5; VONG, David, *Binding precedent and English judicial law-making*, pág. 320, nota 15, <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/21n3/vong.pdf> - acesso em 16.07.2014.) PLUCKNETT explica esta erosão do *common law* pela sua natureza de “law of land”, direito da terra, da propriedade fundiária, de extraordinário relevo na época na medida em que a agricultura era a principal actividade económica e a riqueza fundiária funcionava como padrão de referência do poder e consequente distinção das várias classes sociais – direito dirigido à terra e não à pessoa e que, assente num objecto imóvel, induzia a um procedimento pesado e moroso (ob. cit., pág. 177), e se veio a revelar desadequado para outros sectores de relações jurídicas, que se foram entretanto afirmando, para além das reais, designadamente em matéria de prova: “Again, the common law was slow to admit the evidence of parties and witnesses.” (idem, pág. 178.) Em sentido contrário, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 95. JOHN H. LANGBEIN especifica as insuficiências do *common law* que proporcionaram o aparecimento, desenvolvimento e afirmação da *Equity* como sistema, centrando-as na impreparação dos jurados e consequente dificuldade de adequada investigação e apreciação da prova, nas limitações relativas à produção da prova e na concepção do juiz mais como gestor do processo do que como alguém que, para decidir segundo o direito realizando a justiça, procura a verdade material (*Bifurcation and the bench: The influence of the jury on English conceptions of the judiciary*, Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law From Antiquity to Modern Times, BRAND, Paul/GETZLER, Joshua (edit.), Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2013, pág. 72.) Por causa das tradicionais limitações do *common law* relativas à prova e apesar das suas próprias vulnerabilidades, os jurados desempenharam historicamente um importantíssimo papel na definição da matéria de facto, especialmente em questões criminais, fazendo-o através da projecção das representações dominantes na sociedade em cada momento, para o que não se coibiam de manipular os factos em ordem a obter um determinado resultado, uma decisão em determinado sentido – atitude que, para além dos efeitos imediatos no caso em apreço, teve consequências mais largas, afectando o próprio desenvolvimento do direito substantivo: cfr. GREEN, Thomas A., “*The Jury and the English Law of Homicide, 1200-1600.*” *Mich. L. Rev.* 74 (1976), págs. 414-415.

²⁸² A natureza ou “espírito” do *common law* – direito essencialmente prático, dirigido à solução do caso concreto, assente na história e na experiência – resulta também do método desde cedo utilizado para a formação dos juristas, radicalmente diferente do adoptado nos países da Europa continental: enquanto aqui, desde o século XII, os centros de formação jurídica foram as universidades, em Inglaterra os novos *common lawyers* eram treinados nos tribunais, assistindo às sessões e aprendendo com os mais velhos - PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 220. Sobre as fragilidades da ciência jurídica do *common law* e sua relação com o modelo formativo adoptado, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 245-246.

ao recurso ao monarca, autoridade última, corrector dos desvios e erros, “fonte de toda a justiça e graça”, que era solicitado a intervir para “satisfazer a sua consciência e como obra de caridade”.²⁸³ O pedido de intervenção do monarca era dirigido ao Chanceler da Coroa, que o analisava e, parecendo-lhe oportuno, encaminhava para o rei, que o decidia, ouvindo os do seu Conselho. Tratava-se de um recurso (*remedy*)²⁸⁴ excepcional, pelo que não foi recebido com desagrado pelos tribunais do *common law* (tribunais reais centrais que reuniam na sede do poder, Westminster, e tribunais reais itinerantes, que reuniam pelo país fora).

Atitude que se modificaria à medida que a justiça da Chancelaria (*Chancery*) se foi institucionalizando²⁸⁵ – processo cujo início é habitualmente referido ao período da Guerra das Duas Rosas, que intermediaria as dinastias da *House of York* e da *House of Tudor*.²⁸⁶ Nesse longo período de guerra civil, na impossibilidade de se reunir a *Curia Regis*, o Chanceler passou a actuar por sua conta e risco, decidindo por si só mediante autoridade real delegada, transformando-se lentamente num juiz autónomo. A sua intervenção, pelas razões apontadas, era requerida cada vez com mais frequência e, traduzida inicialmente na aplicação da “equidade como justiça do caso concreto”,²⁸⁷ foi-se sistematizando e racionalizando, assumindo, sob a capa da *equity*, a função de corrigir e complementar os princípios aplicados pelos tribunais reais.²⁸⁸

Sob o governo dos Tudor (finais do século XV e século XVI), a intervenção da *Chancery* consolidou-se:²⁸⁹ - institucionaliza-se como um tribunal autónomo, com o seu *staff* próprio; - adopta procedimentos diferentes dos próprios dos tribunais comuns, cujos princípios são os do direito canónico, mais próximos do direito romano-germânico do que

²⁸³ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 221-222.

²⁸⁴ O termo inglês *remedy*, cuja tradução directa é “remédio” ou “solução”, pode ser aqui traduzido por *recurso* (não exactamente no sentido técnico jurídico-processual mas num sentido mais geral de expediente cujo objectivo é corrigir, remediar, uma decisão ou situação desfavorável): DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 236, nota 6.

²⁸⁵ Sobre o processo de institucionalização do *Chancery Court* e da “growing friction” com os tribunais do *common law*, que, no início do século XVII com *James I*, seria decidida a favor daquele, HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., págs. 295 e ss.

²⁸⁶ A Guerra das Duas Rosas (1455-1485) opôs a Casa de York, cujo símbolo era uma rosa branca, e a Casa de Lancaster, cujo símbolo era uma rosa vermelha, na luta pelo trono inglês, acabando com a dinastia de York e dando início à dinastia Tudor em 1485: ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, cit., entrada “Wars of the Roses”.

²⁸⁷ Como lembra A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, quando estudamos a *equity* anglo-saxónica não nos podemos esquecer que o conceito que lhe subjaz – a equidade – é muito rico, assumindo “variadíssimos preenchimentos.” (Ob. cit., pág. 170, nota 555.) Preenchimentos ou sentidos que o mesmo Autor enumera (Idem, págs. 170-171); sendo certo que a *Equity* corresponde ao sentido de “sistema jurídico secundário que tem como propósito corrigir ou coadjuvar o sistema principal” (*equity follows the law* – se bem que *not slavishly nor always*: Idem, pág. 207 e nota 703; HUDSON, Alastair, cit., págs. 29-30) ou, como pretendem autores clássicos ingleses (BENTHAM, MAITLAND), bem no seu estilo, “conjunto de normas criadas e desenvolvidas pelo *Court of Chancery*.” (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 171 e nota 563.) Se a equidade não é, longe disso, uma invenção inglesa, a *Equity* como “sistema” é-o indiscutivelmente (“it is quintessentially English”: HUDSON, Alastair, cit., pág. 25).

²⁸⁸ “By the late Middle Ages, the Chancery Court had become ‘a responsive, quick, inexpensive, and desirable avenue of recourse for those who felt that they had been wronged in ways that no other jurisdiction could remedy’”: RADAN & STEWART, cit., pág. 6 e nota 12, citando T S HASKETT (‘The Medieval English Court of Chancery’ (1996) 14 Law and History Review 245, p. 311). Popularidade que resultou também do facto de o *Chancery Court* utilizar a língua inglesa, enquanto os tribunais do *common law* se exprimiam em francês ou latim (Ibidem).

²⁸⁹ HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., pág. 295.

do *common law*; - estes procedimentos – escritos, secretos e inquisitórios, sem jurados – apresentavam-se mais convenientes para os reis absolutos da época Tudor²⁹⁰ do que os tradicionais procedimentos do *common law*, orais, públicos, com jurados e essencialmente dispositivos (*adversarial*).²⁹¹ ²⁹² Pode ser que, em tempos de absolutismo político, o direito inglês, por influência desta outra jurisdição, tenha estado à beira de se “continentalizar”;²⁹³ não ter isso, afinal, acontecido deve-se, sem dúvida, à resistência do Parlamento, misto de aristocracia e democracia, cujos interesses, no fundo não coincidentes, se conjugaram para manter o monarca *bound by the rule of law*.²⁹⁴ A jurisdição do Chanceler (*Chancellor* ou *Lord Chancellor*), institucionalizada na *Chancery* (Chancelaria) ou *Chancery Court* (Tribunal da Chancelaria), não era, como vimos, uma jurisdição ordinária, um tribunal comum, mas um tribunal de recurso

²⁹⁰ Absolutismo personificado por *Henry VIII*, o segundo monarca da dinastia, “tyrannical and bloodstained”: English Monarchs, *The House of Tudor*, http://www.englishmonarchs.co.uk/tudor_21.htm - acesso em 10.07.2014. Mas, apesar de tudo, bem mais brando (politicamente) do que o absolutismo continental: cfr. nota seguinte e PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 43 e ss., que reproduz a ideia de ter sido *Henry VIII* o “great architect of Parliament” (pág. 43, nota 1).

²⁹¹ Já foi observado que, dada a maior proximidade dos princípios sobre que repousava a justiça da *Chancery* do direito romano do que do *common law*, a atracção dos reis Tudor pelos princípios “realistas” do Corpus Iuris Civilis, como o célebre “*Quod principi placuit, legis habet vigorem*” (Digesto 1.4.1), teria contribuído para a consolidação da *Chancery* como instância judicial, decidindo na base da *equity* e concorrendo (rivalizando) com os tribunais reais comuns ou do *common law*: DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 222-223. No entanto, deve ter-se em conta a diferente evolução das relações rei-parlamento em Inglaterra, comparada com o que sucedeu no continente europeu, em que a centralização do poder real desaguou no absolutismo total: ali, mesmo com os Tudor e depois com os Stuart, o rei nunca foi considerado o criador do Direito, antes “... judge more than [as] legislator, that is, [as] titular of a function closer to the jurisdiction than to legislativo, to that of discoverer and enforcer of old law than to that of creator of new law.” (VARELA SUANZES, Joaquín, cit., pág. 4.) A relação de forças traduziu-se na consolidação do poder legislativo no Parlamento, sendo que a aceitação por este da orientação política da Coroa dependia do prestígio do monarca junto dos *Commons*, prestígio que advinha não apenas das qualidades e do senso político daquele mas também do reconhecimento de que governava no interesse da nação – o que ficou claro nos reinados de *Henry VIII* e de *Elizabeth I*; mais tarde, *Charles I* haveria de disputar o poder do Parlamento, o que acabou por lhe custar a vida (PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 47 e 53-54). Cfr. tb. MORRISON, James, *Essential Public Affairs for Journalists*, third edition, Oxford University Press, Oxford, UK, 2013, pág. 5.

²⁹² Para a caracterização do processo do *common law* e sua distinção do do *civil law*, PEJOVIC, Caslav, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal*, VUWLR – Victoria University of Wellington Law Review, vol. 32 (2001), pág. 830. “A ideia de um juiz activamente interessado na descoberta da verdade é estranha aos países de direito anglo-americano. O juiz funciona como um árbitro numa competição. Assiste, assegura a observância de regras (que, muitas vezes, ao jurista de formação romanística mais pareceriam de estádio que de tribunal), proclama o vencedor, com a mediação do júri, e diz qual o direito aplicável.” (ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes do Direito no Sistema Jurídico Anglo-Americano*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1974, pág. 65.) Situação que, como veremos, tem vindo a mudar (*infra*, Cap. IV, § 4º, 1.5. e nota 700).

²⁹³ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 223.

²⁹⁴ “... in England, contrary to France, the Monarch was subject to the law that he himself approved with the two Chambers of Parliament...”. “Parliament (...) was the repository of the highest and most absolute power of the English Kingdom to which everyone was linked, from the King to the most humble of subjects.” (VARELA SUANZES, Joaquín, cit., págs. 4 e ss.). Por outro lado e no mesmo sentido, a tradição inglesa, ao contrário da continental, é muito mais tributária da influência do direito natural medieval do que do “racionalismo secularizado do jusracionalismo”, sendo que a força moralizadora e conservadora do primeiro direito natural, concebido, pelas suas exigências éticas, como direito de resistência ao absolutismo, encontrou realização prática na jurisprudência da *Equity*, originariamente eclesiástica (WIEACKER, Franz, cit., págs. 313-314). Em suma: “The King is subject not to men, but to God and the law” (BRACON, citado por PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 49).

extraordinário, no sentido de que a ele se recorria quando estavam em causa situações sentidas como gravemente injustas, contrárias à justiça natural, susceptíveis de ofender a consciência do soberano.²⁹⁵

Este sentimento de injustiça (*unfairness*) podia resultar de um deficiente acesso ou avaliação da prova, dado o “common law’s ‘inflexible system of pleading and proof’”;²⁹⁶ da insuficiência das *actions* do *common law* para atender às especificidades do caso em análise; de novas questões, sem solução no âmbito do *common law*.²⁹⁷

A *Chancery* foi, dentro dos condicionalismos de cada período histórico, com maior ou menor liberdade e ousadia, dando solução a estas diversas queixas, “considering more facts, or facts in a more searching way, including, typically, examining litigants under oath, which bound them in conscience to speak the truth”, “accessing facts other than those authorized by strict legal rules of proof”,²⁹⁸ fomentando o aparecimento de novas *actions*.

A função correctora do *Chancery Court* exerceu-se, como se referiu, pela aplicação da *equity*, que se aproximava da *aequitas* romana:²⁹⁹ - como faculdade que permite reconhecer os casos de natural excepção à força obrigatória do direito constituído, por via

²⁹⁵ “The Court of Chancery was, historically, a court of conscience; the Chancellor was the keeper of the sovereigns’ conscience; certain kinds of conduct were sanctioned by the Court because they were ‘against conscience’.” (KLINCK, Dennis R., ob. e loc. cit.). Por isso, o Chanceler da Coroa surge, por vezes, designado por *Lord Keeper*. Consciência que, como este Autor demonstra ao longo da obra citada, adquiriu, com o tempo, uma dimensão objectiva, de “princípio jurídico”. Objectivação que, tomando o conceito de *consciência* no sentido escolástico de aplicação de conhecimentos a uma situação concreta – sentido assumido por um autor de extraordinária projecção na história jurídica anglo-saxónica, ST. GERMAIN -, teria sido feita com recurso a princípios e construções jurídicas canónicas e romanísticas (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 177 e ss., *max.* 184), daí provindo o seu sentido ético: *Honesty, Equity and Conscience* (Ibidem). Este Autor compara a função da *equity* com a do instituto da boa-fé no direito português: ob. cit., pág. 221. ALASTAIR HUDSON, depois de definir *equity* como o meio pelo qual um sistema jurídico estabelece o equilíbrio entre a necessidade de certeza (previsibilidade, segurança) jurídica e a justiça do caso concreto – “equity ‘mitigates the rigour of the common law’” -, identifica três sentidos na função que a *equity* desempenha no direito inglês: a) “equity can be understood as the means by which English law ensures that the strict application of a common law or a statutory rule does not result in any unfairness when applied in a specific case” (“form of natural justice”); b) “collection of *substantive* principles developed over the centuries by the Courts of Equity, principally the court of Chancery, to judge people’s consciences” – “code of technical, substantive rules”; c) “comprising the *procedural* rules and forms of action developed by the Courts of Chancery over the centuries under the authority of the Lord Chancellor.” (Ob. cit., pág. 5.)

²⁹⁶ KLINCK, Dennis R., pág. 9 e nota 47; cfr. tb. LANGBEIN, John H., ob. e loc. cit. *supra*, nota 281.

²⁹⁷ Uma boa amostra das insuficiências do *common law* no século XV e do modo como a *Chancery* as tentou remediar pode ser vista em BARBOUR, W. T., cit., págs. 55 e ss. e 73 e ss. e em PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 33-34. Resumindo as lacunas do *common law* que estiveram na base do aparecimento e afirmação da *Equity*, diz-nos W. C. ROBINSON: “The courts of common law, adhering to their ancient customs and refusing to take jurisdiction over causes for which no precedent existed, left five classes of private legal controversies entirely without redress. These were: (i) Cases requiring a preventive remedy; (2) Cases involving more than two antagonistic parties; (3) Cases to which the customary forms of common law actions were not adapted; (4) Cases in which a judgment for damages, or for the restoration of specific property, afforded no adequate relief; (5) Cases in which the defendant had a just defence but under the current rules of pleading and procedure was unable to present it.” (MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., *A Sketch of English Legal History*, cit., Appendix V, págs. 219-220.)

²⁹⁸ “These would include matters within the judge’s private knowledge as well as information that could be extracted from parties by way of confession under oath”: KLINCK, Dennis R., cit., págs. 9-10.

²⁹⁹ *Mixing mercy with justice*: RE, Edward D., cit., pág. 480. A influência do direito canónico e do direito romano na construção do sistema da *Equity* é sublinhada pela generalidade da doutrina: Idem, págs. 483, 484 e nota 177.)

jurisprudencial ou legal, “uma experiência comum e um conjunto de instintos morais e intelectuais que permitem uma sabedoria prática e empírica, mais profunda e densa do que qualquer construção artificial de sábios”;³⁰⁰ - como convicção de “que o direito só se realiza verdadeiramente quando o juízo do intérprete e do aplicador conseguem realizar uma correspondência e uma adequação tão perfeitas quanto possível entre normas e factos”;³⁰¹ - como meio de transformação de uma “ordem jurídica rigorosa e formalista numa ordem capaz de abarcar todas as evoluções” posteriores da sociedade, flexibilizando-a, tornando-a mais dúctil e progressiva;³⁰² - como base vivificadora do direito, num contexto jurídico que, apesar de tudo, continuava refractário à codificação, no qual subsistia a prioridade da *actio* sobre o *ius*, a simplicidade das soluções e a ausência de sistema, compensados por algum pendor conceptualista, e pela força da tradição, da ponderação e da coordenação dos efeitos da liberdade e da autoridade.”³⁰³

A *equity* visava a realização de um ideal: o direito deveria servir a justiça (“the law should be administered fairly”).³⁰⁴ O que, constituindo obrigação do príncipe, começaria naturalmente por ser incumbência dos tribunais comuns.³⁰⁵ Modo de realização discricionária da justiça, a sua utilização dependia da proximidade em relação ao rei, pelo que, a partir da segunda metade do século XIV, é o Chanceler, mais próximo do monarca, eclesiástico e seu confessor,³⁰⁶ que o assume. Os tribunais do *common law*, já o vimos,

³⁰⁰ ARAÚJO, Fernando, cit., pág. 13402.

³⁰¹ Idem, pág. 13405.

³⁰² Idem, pág. 13406.

³⁰³ Idem, págs. 13476-13477.

³⁰⁴ HOLDSWORTH, W. S., ob. e loc. cit.

³⁰⁵ A *equity*, como modo de realização da justiça através do direito ou apesar do direito, corrigindo-o, começou por ser aplicada nos tribunais reais (comuns) desde a formação do *common law*, para obviar às insuficiências das jurisdições locais; e foi-o até à primeira metade do século XIV - ibidem. Realçando a utilização da *equity* pelo *King's Court* antes da intervenção do Chanceler (a “pre-chancery equity”), HAZELTINE, Harold D., cit., pág. 130. No mesmo sentido, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 173 e nota 573. Só no século XV, a *equity*, isto é, a solução dos litígios segundo juízos de equidade, se terá concentrado exclusivamente no *Court of Chancery* (Idem, pág. 174, nota 576). Mas a equidade aplicada nos tribunais do *common law* difere da do *Court of Chancery*, essencialmente em razão da diversa experiência e formação dos juízes e do chanceler (Idem, págs.175-176). HOLDSWORTH atribui o fim do recurso à equidade pelos tribunais do *common law* a dois factores: - a rigidificação do *common law*, transformado “into a rigid technical system”, e a conseqüente absorção da atenção dos juízes no funcionamento da ‘complicada maquinaria’ do sistema, fechando os seus horizontes e fazendo-os perder a visão dos grandes princípios; - a perda da identificação com a pessoa do monarca e do sentimento de posse da prerrogativa real de decidir segundo a equidade (*The Relation of the Equity Administered by the Common Law Judges to the Equity Administered by the Chancellor*, *The Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 1 (Nov., 1916), pág. 22).

³⁰⁶ Desde a conversão dos Anglo-Saxões ao Cristianismo por acção de Santo Agostinho de Cantuária (finais do século VI) que o Rei passou a ter junto de si um eclesiástico, inicialmente com funções espirituais (confessor do Rei e curador da Capela Real). Com o tempo, dada a superioridade intelectual e de conhecimentos dos homens da Igreja sobre os leigos que integravam o círculo da Coroa, foram os primeiros naturalmente assumindo funções temporais de primeira importância, como secretários privados do Rei, e chamados à gestão dos assuntos de Estado. Ocupavam-se de assuntos políticos, administrativos e, a partir de certa altura, judiciais, inicialmente recebendo as petições dirigidas ao Rei e passando a juízes autónomos, depois. Entre as funções político-administrativas estava a guarda do selo real, por isso recebendo também a designação de *Keeper of the Great Seal* (funções que normalmente eram exercidas pelo *Chancellor*, mas que nem sempre o foram). No momento em que escrevemos (Dezembro de 2015) há notícia de 221 *Chancellors* desde 1068, com Herfast, até à actualidade, com Michael Gove. Até ao tempo de Thomas More (primeira metade do século XVI), que foi o 121º *Chancellor*, praticamente todos os Chanceleres foram eclesiásticos; após Thomas More ainda foram nomeados eclesiásticos para a função mas esta deixou

tinham-se enredado numa liturgia de complexos e rígidos formalismos que, preferindo a forma à substância, o adjectivo ao substantivo, acabariam por, não raras vezes, comprometer a realização da justiça, “even enabled litigants to abuse it to promote injustice”³⁰⁷ – o que justificou a intervenção do Chancellor. Intervenção que modificou sensivelmente a *equity* aplicada pelos tribunais do *common law* no período indicado: os chanceleres, sendo nesta fase eclesiásticos de elevada hierarquia,³⁰⁸ aplicavam princípios do direito canónico e gozavam da autoridade correspondente ao seu estado;³⁰⁹ circunstância que fez deslocar a base da *equity* das ideias de “justiça” e “analogia” – ou de uma justiça corporizada em decisões análogas para casos análogos -, própria dos tribunais comuns, para as ideias de “razão” e “consciência”, conceito que, apelando a uma dimensão ética do direito, surgia mais amplo, vago e flexível.³¹⁰

Mesmo após a laicização da função do *Chancellor*, a continuidade dos princípios³¹¹ sobre os quais a *equity* dos chanceleres eclesiásticos se fundava foi assegurada graças à sua condensação e explicação na já citada e fundamental obra de ST. GERMAIN, *Doctor and*

de ser a regra, passando o cargo a ser desempenhado essencialmente por *lay men* com formação jurídica (*english lawyers*). Como se dirá (*infra*, nota 324), no início do século actual (*Constitutional Reform Act 2005*) a função, apesar de mantida, foi profundamente redesenhada. [Utilizámos a lista publicada sob a epígrafe “Lord Chancellors and Lord Keepers: past and present” por The National Archives (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/lcfr.htm> - acesso em 19.09.2014) e por nós actualizada a partir de 2007.]

³⁰⁷ HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., pág. 294.

³⁰⁸ “... não era qualquer clérigo que ocupava a função de *Chancellor*. Na maioria dos casos era nomeado um bispo ou arcebispo.”: CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 184.

³⁰⁹ “... o *Chancellor* ocupava uma posição cimeira na organização governativa inglesa...”: Ibidem.

³¹⁰ “Naturally equity administered on these lines was ‘loose and liberal, large and vague.’” (HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., pág. 295.) Cfr. DRAKOPOULOU, M., *Equity, Conscience and the Art of Judgment as Ius Aequi et Boni*, *Law Text Culture*, 5(1), 2000. Available at:<http://ro.uow.edu.au/ltc/vol5/iss1/19>, raditando a *english equity* na tensão entre o direito e a moral cristã, entre os deveres para com a cidade e os deveres perante Deus (de que o sensor seria a consciência), cuja síntese seria feita, no início do século XVI, por CHRISTOPHER ST. GERMAIN nos famosos diálogos do *Doctor and Student*: “Equity is a right wiseness that considers all the particular circumstances of the deed, the which also is tempered with the sweetness of mercy.” [ST. GERMAIN, Christopher, *Doctor and Student (1518) or, Dialogues between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England containing the grounds of those laws together with questions and cases, concerning the Equity thereof*, electronic edition based on the 1874 edition, Lonang Institute, 2006 (www.lonang.com), págs. 24-25.] *Equity* que, indissociável do *common law* aplicado (criado) pelos tribunais comuns, teria por vezes de ser explicitada para melhor corresponder, nas particulares circunstâncias do caso concreto, ao ideal de justiça ínsito em todo o direito, nas *Laws of England*; e isto mesmo que, quase paradoxalmente, a decisão do caso concreto tivesse de contrariar as decisões dos tribunais ou as normas dos *statutes*. A relação da *equity* com o *common law* está bem explicada nesta passagem de BARBOUR: “Equity is not an independent and self-sufficient system of law. It has built itself into and round another system, and if the common law should be swept away, equity would be left, so to speak, suspended in the air.” (Ob. cit., pág. 73.)

³¹¹ Princípios ou fundamentos teóricos importados ou inspirados pelo direito canónico e pelo direito romano: CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 184. [Para a análise dos princípios e institutos do Equity Law, págs. 197 e ss.]

Student,³¹² obra que “was until Blackstone's time, the law student's principal equity textbook.”³¹³

A partir da primeira metade do século XVII, a jurisprudência da *Chancery* evoluiu da solução do caso concreto para o estabelecimento de um conjunto sistematizado de regras destinadas a complementar o *common law*.³¹⁴ Sistematização que visava retirar ao *Equity Law* a natureza arbitrária de que os próprios chanceleres ganharam consciência,³¹⁵ processo para o qual foram fundamentais as contribuições de dois notáveis *Chancellors*, LORD NOTTINGHAM e LORD ELDON.³¹⁶

A distinção entre a *Equity* e o *common law* é fundamental para a compreensão do direito inglês: até ao *Judicature Act* de 1873,³¹⁷ tratava-se de dois sistemas jurídicos separados quer do ponto de vista prático (formal, institucional: com tribunais diferentes e independentes)³¹⁸ quer teórico (com princípios, regras substantivas e meios processuais próprios e autónomos); após essa reforma do sistema judicial, os mesmos tribunais aplicam ambos os direitos mas, se bem que a distinção prática tenha desaparecido, “the

³¹² HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., págs. 295-296, que explica as razões pelas quais a versão inglesa do *Doctor and Student* teve o condão de “bridge the gap” entre o período dos chanceleres eclesiásticos e o período dos chanceleres “English lawyers”: redacção em língua inglesa, explicação clara e de modo popular, oportunidade (na medida em que a obra apareceu, justamente, quando os primeiros deram lugar aos segundos) - Ob. cit., pág. 296.

³¹³ DRAKOPOULOU, M., cit., pág. 8 e nota 24. Sir WILLIAM BLACKSTONE (1723-1780) foi um dos mais influentes, se não o mais influente jurista inglês, tendo a sua obra *Commentaries on the Laws of England*, publicada entre 1765 e 1769, contribuído decisivamente para o desenvolvimento e expansão do *common law* para outras partes do mundo: ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, cit., entradas “Sir William Blackstone” e “The modernization of common law in Great Britain/Influence of Blackstone”. [Esta obra de BLACKSTONE pode ser consultada em http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp - acesso em 16.07.2014.]

³¹⁴ “Equity tended to become less a principle or a set of principles which assisted, or supplemented, or even set aside the law, in order that justice might be done in individual cases, and more a settled system of rules which supplemented the law in certain cases and in certain defined ways.” (HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., pág. 297.) “Chancellor Kent noted that ‘[a] court of equity becomes, in the lapse of time, by gradual and almost imperceptible degrees, a court of strict technical jurisprudence, like a court of law.’ (DEMOTT, Deborah A., *Foreword*, Law and Contemporary Problems, vol. 56, nº 3, Summer 1993, pág. 2 e nota 8.)

³¹⁵ Veja-se a célebre crítica de JOHN SELDEN, comparando a (inconstância da) “Chancellor's Conscience” ao (tamanho do) “Chancellor's Foot”: *The Table-Talk of John Selden with a biographical preface and notes by S. W. Singer*, FSA, Second Edition, London, John Russell Smith, 1856, pág. 49.

³¹⁶ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 193-195. Sistematização que implicou objectivação ou positividade da *equity*, bem expressa em LORD NOTTINGHAM (séc. XVII), distinguindo a “conscience *naturalis et interna*”, a que o tribunal da *Equity* era alheio, da “conscience *civilis et politica*”, sujeita a critérios definidos, fundamento da jurisprudência do *Court of Chancery*, e em LORD ELDON (séc. XIX) - HUDSON, Alastair, cit., págs. 38-39; POWELL, H. Jefferson, cit., notas 3 e 140.

³¹⁷ *Infra*, alínea d).

³¹⁸ O que significava que para obter um *remédio* de *equity* tinha de se recorrer ao *Court of Chancery* e para obter uma decisão segundo o *common law* era obrigatório apresentar a causa a um tribunal de *common law*, pois, caso houvesse erro da parte interessada na jurisdição a que recorria, o tribunal declarar-se-ia incompetente e remetia para a outra jurisdição. Neste labirinto judicial perdiam-se com frequência as partes, situação a que alude a famosa passagem de *Bleak House* de Charles Dickens: ‘Equity sends questions to Law, Law sends questions back to Equity; Law finds it can't do this, Equity finds it can't do that; neither can so much as say it can't do anything, without this solicitor instructing and this counsel appearing...’ And so it was that the litigant trudged disconsolately between the various courts seeking someone who could deliver judgement on her claim.” (HUDSON, Alastair, cit., pág. 19.)

intellectual separation remains.”³¹⁹ “The two systems operate in parallel but must not be confused one with the other.”³²⁰

Distinção que radica no facto de cada um dos sistemas ter um âmbito de actuação próprio e diferente do outro: julgando situações diferentes e dispondo de soluções específicas.

De uma maneira geral e considerando, por exemplo, uma relação contratual, pode dizer-se que o *common law* se centra na compensação de prejuízos mediante a outorga de uma indemnização pecuniária; enquanto a *Equity* se preocupa em primeira linha com a confiança que a parte lesada depositou no negócio em questão. Suponhamos o seguinte caso: A contrata B, motorista de táxi, para o transportar todas as manhãs de casa para o escritório, mediante uma avença mensal paga adiantadamente (no último dia útil do mês anterior) – escolha (de B por A) que se ficou a dever ao facto de B possuir o único automóvel de luxo existente naquela praça de táxis. Paga a avença correspondente ao primeiro mês, B falta ao compromisso logo no primeiro dia, obrigando A a chamar, em cima da hora, outro táxi. Colocam-se aqui duas questões: - a despesa com o segundo táxi, em que A incorreu pela falta de B; - o cumprimento do contrato por parte de B ou, na sua impossibilidade, a indemnização pelo não cumprimento, desde logo a devolução da mensalidade paga em avanço. O *common law* tem solução para a primeira destas questões (*claim for damages*); mas a segunda terá de buscar-se na *Equity*, através de uma *claim for specific performance*. A satisfação deste pedido ficará à discricção do tribunal, que poderá deferi-lo, concedendo esse *equitable remedy*, ou anular o contrato e decretar a devolução do pagamento feito.^{321 322}

Apesar da sistematização e institucionalização por que passou, tendo perdido a original natureza tópica e fragmentária, a *Equity* apresenta-se-nos como um sistema de direito jurisprudencial mais criativo e rico do que o *common law*.^{323 324}

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Cfr. HUDSON, Alastair, cit., pág. 20, com um exemplo semelhante. Como aí se diz, a *equity* privilegia a protecção da confiança da parte lesada (que pode exigir mais do que a mera indemnização pelos prejuízos sofridos, nos termos gerais da responsabilidade civil) e o poder discricionário que confere ao tribunal tem a ver com a consideração das circunstâncias do caso concreto, que podem justificar uma resposta diferente, adequada a essas circunstâncias: só a *equity* permite ao tribunal decisões “tailor-made”. Para a explicação dos vários *equitable remedies*, idem, págs. 1171-1288.

³²² Chamando a atenção para a distinção *common law/equity* com base no critério da discricionarieidade, SLAPPER, Gary/KELLY, David, *The English Legal System*, Fifteenth Edition, Routledge, London and New York, 2014-2015, pág. 7.

³²³ HUDSON, Alastair, cit., pág. 21.

³²⁴ Dada a importância da *Equity* para a compreensão do direito inglês e traduzindo-se esta, no seu sentido formal-institucional, na jurisprudência do *Court of Chancery*, vale a pena fixar os principais traços característicos da função do *Lord Chancellor* que surpreendemos no texto: a) ligação ao Rei e ao Parlamento (sedes historicamente sucessivas do poder político e legislativo), que permitiu a discricionarieidade sem a qual a *Equity* não teria existido e a supremacia no confronto com os tribunais do *common law*; b) lugar cimeiro na organização político-administrativa do país (HUDSON, Alastair, cit., pág. 17); c) hibridez da função, simultaneamente política, administrativa e judicial (MORRISON, James, cit., pág. 74). Acumulação de funções que, apesar de muito criticada particularmente a partir do séc. XIX, só terminaria com o *Constitutional Reform Act 2005* (cfr. LEYLAND, Peter, *The House of Lords: From Lord Chancellor to Lord Speaker*, il Filangieri Quaderno 2012-2013, ARSAE- Associazione per le ricerche e gli studi sulla rappresentanza politica nelle assemblee elettive, Jovene editore, Roma/Napoli, 2013, pp. 75-87).

d) O período moderno (séculos XIX-XXI)

O século XIX trouxe grandes alterações ao sistema jurídico inglês: após a clara afirmação da independência dos juízes relativamente ao governo (rei) feita, no início de setecentos, pelo *Act of Settlement 1701*,³²⁵ sucederam-se a reorganização dos tribunais em busca de maior eficiência e menor custo, a simplificação do processo e a fusão das jurisdições da *Equity* e do *common law*.³²⁶

A acumulação de pendências e consequente demora das decisões judiciais, a complexidade do processo, a grande dimensão e diminuta eficiência da máquina judicial, a separação dos tribunais da *Equity* e do *common law* e, em geral, a complicada e pouco lógica distribuição de competência pelos vários tribunais, e a corrupção³²⁷ produziam um efeito cumulativo extremamente negativo, que se traduzia em descontentamento geral.³²⁸ O desenvolvimento económico do país, com indiscutível liderança nas áreas industrial, comercial e financeira, foi um factor poderoso desta reforma, na medida em que os litígios emergentes dessas actividades eram, em geral, complexos, tocavam vários ramos do direito e contendiam com a jurisdição de diferentes tribunais.³²⁹

Depois de várias intervenções mais ou menos cirúrgicas e falhadas,³³⁰ o *Judicature Act 1873* promoveu a reorganização geral do sistema judiciário,³³¹ com a criação do *Supreme Court of Judicature* que, dividido em dois tribunais, o *High Court of Justice* e o *Court of Appeal*, absorveu o *Court of Chancery*, os *Superior Courts of Common Law*, o *Court of Admiralty* e os *Courts of Probate and Divorce*; a fusão das jurisdições da *Equity* e do *common law*, passando todos os tribunais a poder julgar com base em qualquer dos sistemas, sendo que, em caso de conflito e como era já regra assente, “the rules of equity

³²⁵<http://www.royal.gov.uk/historyofthemonarchy/kingsandqueensoftheunitedkingdom/thestuarts/maryiiwilliamiiiandtheactofsettlement/theactofsettlement.aspx> - acesso em 12.11.2014; SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 450; LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, Stevens & Sons, London, 1983, págs. 54-55.

³²⁶ Fusão das jurisdições, que não dos sistemas normativos em si, que se mantêm distintos: HUDSON, Alastair, cit., pág. 19.

³²⁷ Corrupção que atingiu mesmo os mais altos níveis: são apontados os casos de dois *Chancellors*, LORD MACCLESFIELD, condenado por desfalque no exercício da função, e LORD BACON, acusado de aceitar presentes no mesmo exercício (HUDSON, Alastair, cit., pág. 21).

³²⁸ Impressionantemente documentado na obra *Bleak House* de Charles Dickens (*supra*, nota 318) – obra que pode ser lida em <http://www.gutenberg.org/files/1023/1023-h/1023-h.htm#c1> (acesso em 17.11.2014).

³²⁹<http://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/> (acesso em 13.11.2014).

³³⁰ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 207.

³³¹ Reorganização radical que incluiu a supressão dos poderes judiciais da *House of Lords* (*Judicature Act 1873*, s. 20) – medida suspensa (adiada) pelo *Judicature Act 1875*, s. 2, e posteriormente revertida pelo *Appellate Jurisdiction Act 1876*, ss. 3 e 24 (e que só viria a ser consumada em 2009, com a transferência dos poderes judiciais da *House of Lords* para o *Supreme Court*: <https://www.supremecourt.uk/about/history.html> – acesso em 17.11.2014). De notar que a s. 6 deste último *Act* prevê a designação de *Law Lords*, juristas qualificados que assumiam essa dignidade vitaliciamente mas que, ao contrário dos restantes membros da *House of Lords*, não a transmitiam aos seus herdeiros – disposição inovadora que revela a necessidade então sentida de elevar o nível de conhecimentos jurídicos dos juizes da máxima instância do sistema judicial. Relacionando esta oscilação com a mudança de orientação política causada pela substituição do governo liberal de Gladstone pelo governo conservador de Disraeli, *Supreme Court of Judicature Act 1873* (https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Supreme_Court_of_Judicature_Act_1873.html) – acesso em 13.11.2014.

shall prevail”;³³² a melhoria do sistema de júri, em especial quanto à qualificação, juramento, designação e comparência dos jurados; a liberalização dos sistemas de julgamento;³³³ a supressão das *forms of action*;³³⁴ o reconhecimento da personalidade judiciária das sociedades.³³⁵

Entretanto, JEREMY BENTHAM (1748-1832) fustigara o sistema jurídico inglês por não preencher dois requisitos que considerava fundamentais: previsibilidade e clareza das normas previamente estabelecidas; *judge made law*, era, pelo contrário, incerto e imprevisível.³³⁶ E advogara a codificação, iniciando uma pressão periódica “to codify the law or specific fields of law so as to make it more accessible.”³³⁷

As primeiras leis que, em Inglaterra, visaram a organização e sistematização de regras atinentes a determinados sectores de relações (“legislative codes”)³³⁸ pertencem ao direito comercial: *Bills of Exchange Act 1882*, *Partnership Act 1890* e *Sale of Goods Act 1893*. Tendência que se intensificou no “Século do Povo” com o *Welfare State* e os seus inevitáveis reflexos no Direito: crescentes exigências postas ao Estado, maior intervenção da Administração, proliferação legislativa;³³⁹ e com a adesão, em 1973, à hoje União Europeia.³⁴⁰ E que continua com a globalização e o seu irremediável movimento de harmonização/uniformização.³⁴¹

³³² HUDSON, Alastair, cit., pág. 22; *supra*, nota 285. Cfr. *Senior Courts Act 1981*, s. 49 (1).

³³³ “The Judicature Act and the rules of procedure accordingly provide several modes of trial, any of which may hereafter be used in any division of the Court. Actions may be tried by a judge or judges, by a judge with assessors, by a judge and jury, or by an official or special referee with or without assessors.” (WILSON, Arthur, *The Supreme Court of Judicature Acts 1873 and 1875, Schedule of Rules and Forms and other Rules and Orders with notes*, Stevens and Sons, London, 1875, pág. 30.) Dando conta do declínio ou prática extinção do sistema de júri em Inglaterra e País de Gales, evolução que considera muito positiva perante as suas graves deficiências e inconvenientes, LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, cit., págs. 38 e ss. (LORD HAILSHAM era *Lord Chancellor* ao tempo em que proferiu a série de *Lectures* condensadas na publicação em referência.)

³³⁴ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 375; MAITLAND, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, cit., Lecture I.

³³⁵ “An entirely new system is introduced in the case of actions by or against partners. They may for the future sue and be sued in the name of their firm; instead of the partners being necessarily made parties to the action by their individual names.” (WILSON, Arthur, cit., pág. 16.)

³³⁶ MARQUES, Mário Reis, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, cit., pág. 619, nota 1969. Sobre a *cognoscibilidade* das leis, *supra*, nota 42.

³³⁷ GOODE, Roy, *The Codification of Commercial Law*, *Monash University Law Review*, Vol. 14, SEPTEMBER '88, pág. 136.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ Tendência a que o direito inglês não podia escapar: veja-se a crescente importância da *delegated or subordinate legislation* (*Orders in Council*, *Statutory instruments* (próximos dos nossos decretos-lei), *Bylaws*, normas processuais emitidas pelos *Court Rule Committees*, *Professional regulations*): em 2012, foram aprovados 23 *Parliament Acts* e 3.002 *Statutory Instruments*. (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 110-111.) Proliferação ou inflação legislativa que já notámos ser hoje um fenómeno universal (*supra*, nota 60) e que implica, como inflação que é, “uma ‘degradação’ do próprio conceito de lei enquanto tende esta a oferecer-se agora apenas como acto político de ‘efémero oportunismo’ (...) ou a tomar assim o carácter que também já foi qualificado de ‘loi réglementaire’, o que pode suscitar algum pessimismo mesmo quanto ao direito em si (...) como implica inclusivamente esse fenómeno graves problemas jurídicos (...)”: NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”...*, cit., pág. 23, nota 56.

³⁴⁰ “Nor should it be forgotten that much of English law is now a restatement of the law of the European Union.” (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 77.)

³⁴¹ Sobre o tema, na perspectiva do direito comercial, GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit.

Dá que possamos concluir com SLAPPER & KELLY: “Although we still refer to our legal system as a common law system, and although the courts still have an important role to play in the interpretation of statutes, it has to be recognized that legislation is the predominant method of law-making in contemporary times.”³⁴²

Esta evolução do direito inglês – que, como teremos oportunidade de sublinhar, o aproxima do *civil law* – não o faz perder a sua fisionomia própria, historicamente sedimentada, o que, para além do figurino representado pela coexistência de diferentes modos de expressão do direito – jurisprudencial ou legal -, se pode ver pelo lugar da *equity* no pensamento jurídico contemporâneo e, muito particularmente, pela função que este lhe atribui no futuro previsível: promotor do difícil equilíbrio entre a pretensão de justiça social e os interesses e anseios de cada indivíduo de carne e osso, que a intenção daquela tantas vezes desconsidera e oprime; e inspirador da jurisprudência e da lei na realização da justiça material.³⁴³

1.2. No direito comercial

Nos tempos medievais em que na Europa continental se formou e desenvolveu o direito comercial,³⁴⁴ em Inglaterra, país então relativamente mais atrasado no comércio, surpreendiam-se duas realidades distintas: - as relações comerciais envolvendo comerciantes estrangeiros submetiam-se a tribunais especiais em que participavam

³⁴² Ob. cit., pág. 78. “But despite this quantitative superiority of modern legislation, it remains, in many ways, true to say that case law reflects the spirit of English law far more than legislation does.” (ATIYAH, P. S. *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens & Sons, London, 1987, pág. 29.) Como foi já observado e consideraremos com mais detalhe a propósito das fontes do direito inglês e da sua aproximação ao *civil law*, a evolução por que este sistema jurídico tem passado questiona a própria natureza das decisões jurisprudenciais como fonte do direito, concorrendo com a legislação (*enacted law*) – o que suscita problemas delicados: compatibilização do *case law* com o princípio da separação de poderes; pouca acessibilidade desse direito (restrita à *legal profession*), considerado “a maze and not a motorway”; direito feito por juristas (*lawyers*), à margem da comunidade em geral; lentamente tecido, à medida que os diversos casos pontuais vão surgindo, necessitando portanto de litígios e de litigantes para que possa existir; direito cujo processo de elaboração se tem revelado mais lento do que o próprio processo legislativo parlamentar; “conjunto de normas retroactivas, criadas *ex post facto*, depois de o acto que há-de ser regulado se ter já produzido” (MARQUES, Mário Reis, ult. ob. e loc. cit.; sublinhando o mesmo ponto, ATIYAH, P. S., ob. e loc. cit.). E aponta caminhos muito próximos daqueles que a família jurídica romano-germânica, liberta das amarras do legalismo, está percorrendo, dando a cada um dos Césares o que lhe pertence: a criação (legislativa) do direito ao poder legislativo – a quem se pede simplificação, modernização e monitorização constantes (*Law Commissions Act 1965*) -, a (re)criação jurisprudencial do direito, desde logo (mas não exclusivamente) pela indagação, selecção e aplicação dos critérios normativos que a lei ofereça para o caso concreto a decidir, sendo que “*la jurisprudence est pour la loi la fontaine de jouvence*” (cfr. SCARMAN, Leslie George, (1967) “*Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence*,” *Indiana Law Journal*: Vol. 42: Iss. 3, Article 3. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol42/iss3/3>, pág. 362, citando MAZEAUD). Devendo ter-se presente, por um lado, que a lei não é mais o único modo de criação do direito, e, ainda, a diferente natureza da função legislativa – constituindo a legislação um acto político ou “de intenção normativamente política” e não puramente jurídica – e da função jurisdicional, que é uma função estritamente jurídica, “mesmo quando [os critérios jurídicos provindos das suas decisões] passam a vigorar como normas objectivo-abstractas”: NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”*..., cit., págs. 608 e ss, *max. notas 1537 e 1559*).

³⁴³ HUDSON, Alastair, cit., pág. 43; cfr. tb. pág. 1307 (“In defence of equity”).

³⁴⁴ Lembrando as raízes mais longínquas de muitas das figuras jurídico-comerciais, ROY GOODE: “The history of commercial law is one of constant reinvention of the wheel.” (*Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 3.)

jurados estrangeiros e em que os juízes aplicavam indistintamente costumes comerciais estrangeiros, princípios de *civil law* e regras de *common law*, e utilizavam procedimentos menos rígidos e formalísticos dos que os dos tribunais comuns, com vista a uma maior celeridade processual e a uma solução dos litígios internacionalmente uniforme e assente no princípio da boa-fé,³⁴⁵ - as questões comerciais entre nacionais, normalmente de menor dimensão, eram julgadas pelos tribunais locais (comuns) segundo o *common law* com as simplificações necessárias para garantir uma decisão antes do fecho da feira ou mercado em que a disputa surgia.³⁴⁶

Por seu turno, os tribunais centrais – *King’s courts* – julgavam também questões comerciais, tendo desenvolvido com o tempo um conjunto de regras, essencialmente de natureza processual, especialmente adaptadas a esse tipo de relações.^{347 348} Seguindo a evolução, que já conhecemos, segundo a qual os tribunais centrais foram expandindo a sua jurisdição à custa dos tribunais locais³⁴⁹ – tendência que se verificou também em relação aos tribunais comerciais que se ocupavam das questões em que intervinham comerciantes ou interesses estrangeiros, como era o caso dos tribunais marítimos³⁵⁰ -, o *common law* foi absorvendo o direito comercial, evidenciando possuir a flexibilidade bastante para adaptar os seus procedimentos e princípios às necessidades do comércio, tanto internacional como interno.³⁵¹

Esta absorção começa por se manifestar no plano da jurisdição e do processo, radicando na referida tendência expansionista dos tribunais do *common law*, para a qual muito viria a contribuir Sir EDWARD COKE, um jurista devotado à supremacia do *common law* e

³⁴⁵ Sobre as origens do direito comercial em Inglaterra, SCRUTTON, Thomas Edward, *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant*, Select Essays in Anglo-American Legal History, cit., I, pág. 233). Considerando a *Law Merchant* medieval (“the body of rules [so] used by the chief trading towns of Europe”) “the private international law of the period”, HOLDSWORTH, William Searle, *The Development of the Law Merchant and its Courts*, Select Essays in Anglo-American Legal History, cit., I, pág. 292.

³⁴⁶ GOODE, Roy, *Commercial Law*, Edited and fully revised by Ewan McKendrick, fourth edition, Penguin Books, London, 2010, págs. 3 e ss., que aqui seguimos de perto.

³⁴⁷ “The rolls of the Common Pleas for the fourteenth and fifteenth centuries, especially those of the London filazers, are full of commercial cases involving City tradesmen and merchants; and the proportion of foreign names there bears witness to the international character of some of the business.” (BAKER, Sir John, *The Law Merchant and the Common Law before 1700*, Collected Papers on English Legal History, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 66.)

³⁴⁸ “Thus modern scholars have tended to reject the traditional, rather romanticized, view of the medieval English law merchant as a separate corpus of law and to regard it instead as ‘the factual matrix within which certain types of contract are made’ and its rules as largely procedural in character, offering speedy justice and the relaxation of technical requirements of pleading and evidence.” (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 6.)

³⁴⁹ Ver, quanto aos tribunais que julgavam questões de *law merchant* e sua evolução, HOLDSWORTH, William Searle, *The Development of the Law Merchant and its Courts*, cit., págs. 294 e ss.

³⁵⁰ SCRUTTON, Thomas Edward, cit., pág. 234. Pondo em evidência a relação estreita (“intimate relationship”) entre o direito marítimo e o direito comercial (terrestre) dos primeiros tempos, HOLDSWORTH, William Searle, ult. ob. cit., pág. 289 – relação que se viria a quebrar, em meados do séc. XIV, com o desenvolvimento do *Court of Admiralty* e a tendência evidenciada pelos tribunais do *common law* para absorver as questões comerciais (terrestres), confinando aquele estritamente às questões marítimas (Idem, pág. 304).

³⁵¹ Uma figura que permitiu aos tribunais do *common law* expandir a sua jurisdição nos litígios comerciais foi a *action of assumpsit*, que facultava soluções mais eficazes nas questões emergentes de contratos (*supra*, nota 272). Sobre a *action of assumpsit*, ver tb. MAITLAND, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, cit., Lecture VI.

dos seus tribunais³⁵² e, por isso, apostado no combate a todos os seus concorrentes, em que se incluíam, ao lado dos tribunais locais, os tribunais comerciais, como o *Court of Admiralty*.³⁵³ Absorção³⁵⁴ que viria a ser completada com a adaptação do *common law* às exigências do comércio e dos comerciantes – “and the eventual integration of the *lex mercatoria* into the common law”³⁵⁵ -, obra de dois grandes juristas ingleses: HOLT³⁵⁶ e LORD MANSFIELD.³⁵⁷

Desde então o direito comercial inglês desenvolveu-se no âmbito do *common law*, como o costume dos comerciantes ratificado pelas decisões judiciais – “good business practice

³⁵² “Sir Edward Coke, the incarnate common law”: *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, ed. H.A.L. Fisher (Cambridge University Press, 1911). Vol. 2., pág. 234. Cfr. HOLDSWORTH, William Searle, ult. ob. cit., pág. 314, Autor que faz uma apreciação negativa da acção de COKE do ponto de vista dos interesses dos comerciantes e do direito comercial, mas positiva para o desenvolvimento do *common law*.

³⁵³ Isto apesar de o direito aplicado pelos tribunais comuns (*common law*) ser menos adequado do que o *law merchant* para a resolução dos problemas do comércio e dos comerciantes, quer no tráfico marítimo quer no terrestre: Idem, págs. 315 e ss.

³⁵⁴ “By the end of the 16th century the internal trade of the country was regulated by the common law so modified, and not by a separate Law Merchant.” “The foreign trade of the country continued for a longer period to be governed by a separate Law Merchant.” “But by the end of the 17th century this Law Merchant was being gradually absorbed into the general legal system of the country.” (Idem, págs. 327-328.)

³⁵⁵ GOODE, Roy, ult. ob. e loc. cit. Integração (da *lex mercatoria* ou *law merchant* no *common law*) que, correspondendo à visão tradicional (“ortodoxa”), tem vindo a ser posta em causa na justa medida em que se duvida (ou nega) que a *lex mercatoria* medieval tenha existido: cfr. GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 5; BAKER, Sir John, cit.; KADENS, Emily, *The Myth of the Customary Law Merchant*, Texas Law Review, vol. 90, 2012, pp. 1153-1206; MICHAELS, Ralf, *Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship*, Texas Law Review, vol. 90, 2012, pp. 259-268. Para uma revisão de literatura sobre o tema, COSTA, Cynara de Barros, *O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: Desconstruindo o mito da Lex Mercatoria medieval*, FACULDADE DAMAS – CADERNO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – V.3, N.5 (2012), pp. 32-45 (<http://www.faculdedamas.edu.br/revista/index.php/relacoesinternacionais> - acesso em 15.05.2014). Sobre o conceito actual de *lex mercatoria*, ver PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*, Estudos de Direito Comercial Internacional, I, Almedina, 2004, pág. 14; FRISCHKORN, Michael, *Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility*, 7. EJLR (2005), pp. 331-351.

³⁵⁶ Sir JOHN HOLT (1642-1710): uma biografia detalhada pode ser consultada em <http://myweb.tiscali.co.uk/redgravehistory/holt/johnholt.htm> - acesso em 27.11.2014.

³⁵⁷ A LORD MANSFIELD (1705-1793), considerado o fundador do direito comercial inglês, ficou a dever-se a organização e sistematização dos princípios e regras comerciais a partir de uma abundante casuística, “fusing the law merchant with the common law so as to meet the needs and the changing conditions of the society of his time” (SHIENTAG, Bernard L., *Lord Mansfield Revisited-- A Modern Assessment*, 10 Fordham L. Rev. 345 (1941), pág. 351. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol10/iss3/1> - acesso em 26.11.2014). Autor que sublinha a contribuição de LORD MANSFIELD nas áreas do contrato de seguro, dos títulos de crédito, da agência, do contrato de compra e venda e dos contratos em geral, e da arbitragem. A ênfase posta, nas suas decisões, na segurança jurídica como defesa das “daily negotiations and property of merchants” (Idem, pág. 354) é também sublinhada pelos autores (cfr., para além do já citado, SWAIN, Warren, *Lord Mansfield and Lord Denning: some pitfalls and possibilities presented by the great judge approach to legal history and the law of contract*, British Legal History Conference, Oxford, 2007

http://www.law.harvard.edu/programs/ames_foundation/BLHC07/Swain%20BLHC20071FINAL.pdf, acesso em 26.11.2014). Interessante notar – como testemunho do papel precursor desempenhado pelo direito comercial – que a fusão das jurisdições do *common law* e da *Equity* que, como vimos, foi obra da segunda metade do séc. XIX, foi antecipada por LORD MANSFIELD em quase um século no âmbito do *law merchant* (HOLDSWORTH, William Searle, ult. ob. cit., pág. 331).

makes good law”³⁵⁸ -, apoiado em juristas de relevo, como BENJAMIN,³⁵⁹ BLACKBURN,³⁶⁰ CHALMERS,³⁶¹ e PALMER³⁶² e com influência de juristas continentais, como POTHIER, cuja autoridade era frequentemente citada nessas decisões.³⁶³ E, chegada a hora da “codificação”, as primeiras grandes leis que consolidaram o direito inglês incidiram precisamente, como vimos, em matéria comercial.³⁶⁴

A integração do direito comercial, com a apontada origem consuetudinária, no direito comum³⁶⁵ fê-lo perder a especialidade de que se reclama o seu homónimo continental³⁶⁶ e determinou-lhe uma certa estagnação, na medida em que o costume transformado em

³⁵⁸KOZOLCHYK, Boris, *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law*, 40 La. L. Rev. (1979), pág. 38. Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol40/iss1/4> - acesso em 28.11.2014.

³⁵⁹ *Benjamin's Treatise on the Law of Sale of Personal Property: with references to the American Decisions, and to the French Code and Civil Law*, Third Edition, Boston, 1888 (disponível em <https://ia600407.us.archive.org/34/items/cu31924061533133/cu31924061533133.pdf> - acesso em 26.11.2014).

³⁶⁰ BLACKBURN, Colin, *A Treatise on the Effect of the Contract of Sale; on the legal rights of Property and Possession, in Goods, Wares and Merchandize*, London, William Benning and Co., 1845 (<http://www.archive.org/details/atreatiseoneffe01blacgoog> - acesso em 26.11.2014).

³⁶¹ CHALMERS, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities*, Fifth Edition, London, Stevens and Sons, 1896 (disponível em <http://books.google.com/> - acesso em 26.11.2014); *The Sale of Goods Act, 1893, including the Factors Acts, 1889 & 1890*, Second Edition, Revised, London, William Clowes and Sons, Limited, 1894 (disponível em <http://www.archive.org/details/cu31924022471134> - acesso em 26.11.2014). Sir MACKENZIE CHALMERS foi o autor material dos *Bills of Exchange Act 1882* e *Sale of Goods Act 1893*.

³⁶² PALMER, Sir Francis Beaufort/TOPHAM, Alfred Frank, *Palmer's Company Law: A Practical Book for Lawyers and Business Men*, London, Stevens and Sons, 1905 (disponível em <http://books.google.com/> - acesso em 26.11.2014).

³⁶³ CHALMERS, *The Sale of Goods Act, 1893...*, cit., págs. vi-vii. Sobre a influência de POTHIER no pensamento jurídico inglês, particularmente no domínio do direito das obrigações, ATIYAH, P. S., cit., pág. 169.

³⁶⁴ *Supra*, 1.1., d) e nota 338. Quanto à distinção entre as várias espécies de *Acts of Parliament*, ver *infra*, 2. e, para a definição de *code* e sua distinção das leis consolidantes, nota 410. Nesta perspectiva, os *Bills of Exchange Act 1882* e *Sale of Goods Act 1893* apresentam-se-nos mais como *consolidating legislation* do que propriamente *codifying legislation*, tomada esta expressão no sentido exposto por LORD SCARMAN (sendo certo que ela é frequentemente usada para referir leis essencialmente consolidantes); o próprio Sir MACKENZIE CHALMERS no-lo diz claramente: cfr. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities*, cit., pág. xlv) e *The Sale of Goods Act, 1893...*, cit., págs. iv-v. Sobre a influência do *Sale of Goods Act 1893* no direito norte-americano, GOODE, Roy, ult. ob. cit., pág. 7 e nota 23.

³⁶⁵ Integração expressamente reconhecida pelos *Bills of Exchange Act 1882*, s. 97(2) e *Sale of Goods Act 1893*, s. 61(2).

³⁶⁶ KOZOLCHYK, Boris, cit. A especialidade do direito comercial afere-se, como se sabe, nos sistemas romano-germânicos, com referência ao direito civil, como direito privado comum ou geral; e afirma-se, em regra, pela existência de um código comercial ao lado do código civil. Segundo este critério, ao integrar-se no direito comum (ser “absorvido” ou “criado” pelo *common law*, consoante a perspectiva adoptada), o direito comercial inglês não goza, naturalmente, dessa especialidade: não tanto pela inexistência de um *commercial code* como pela ausência de um “integrated body of principles and rules peculiar to commercial transactions” (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 1347). No entanto, como este Autor faz notar, existe um direito comercial inglês representado pela “totality of the law’s response to the needs and practices of the mercantile community” – só que conhecê-lo é reserva dos iniciados, pois que se trata da “collocation of ill-assorted statutes, bedded down on an amorphous mass of constantly shifting case law” (ob. e loc. cit.) – “a conceptual muddle [that] we in England call [it] pragmatism.” (GOODE, Roy, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, pág. 1 - <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html>, acesso em 4.12.2014.)

judge-made law acabaria, pelo princípio do precedente e pela tradição conservadora do *English judge*, por se cristalizar.³⁶⁷

O direito comercial inglês surge-nos, hoje, integrado no direito comum, fragmentado em diferentes áreas, com importantes fontes legislativas coexistindo com o direito jurisprudencial e normas essencialmente dispositivas,³⁶⁸ de matriz subjectiva,³⁶⁹ próximo da realidade prática dos negócios, apostado na protecção do “free flow of trade”,³⁷⁰ concentrado nas relações entre comerciantes,³⁷¹ dando relevo à boa-fé e ao “decent and reasonable merchant”,³⁷² assente no contrato de compra e venda, tradução jurídica das transacções comerciais,³⁷³ mas abrangendo praticamente todos os sectores do direito privado e invadindo em medida significativa a esfera do direito público.³⁷⁴

³⁶⁷ GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 8. Devendo, todavia, ter-se em conta a sensibilidade demonstrada pelos tribunais ingleses no reconhecimento das inovações introduzidas pela prática mercantil (GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 3). E não podendo também esquecer-se a influência exercida pela *equity* no desenvolvimento do direito comercial inglês: se o *common law*, com a sua regra do precedente e a disponibilidade para aliviar as exigências formais nos casos comerciais, lhe deu as desejadas previsibilidade e celeridade, foi a *equity* que o dotou de uma dimensão ética e lhe possibilitou a atenção ao concreto (em vez de regras abstractas, “general standards which are fact-specific”) e à justiça do caso individual (Idem, págs. 9-10; *The Concept of "Good Faith" in English Law*, cit., pág. 3).

³⁶⁸ GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 10.

³⁶⁹ “Commercial law is quintessentially the law of merchants”: KOZOLCHYK, Boris, cit., pág. 32.

³⁷⁰ GOODE, Roy, ult. ob. cit., pág. 11.

³⁷¹ Uma vez que as relações comerciante/consumidor tendem a ser vistas como estando fora do direito comercial: GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 11. Cfr. também KOZOLCHYK, Boris, cit., pág. 35. Sem embargo de as projectadas alterações das leis de defesa do consumidor visarem, através da protecção dos direitos deste, “the aim of making markets work better”, melhorando as condições em que os comerciantes operam: cfr. *Written Ministerial Statement*, Draft Consumer Rights Bill, 12 June 2013 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/274789/bis-13-917-written-ministerial-statement.pdf - acesso em 28.11.2014); e *infra*, nota 1660.

³⁷² Apesar de o pensamento jurídico inglês continuar a mostrar-se refractário em relação ao conceito de boa-fé, temendo que a indeterminação deste ponha em perigo o interesse da previsibilidade (*predictability*) que assume como fundamental (“the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice”: GOODE, Roy, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, cit., pág. 4), não pode dizer-se que as exigências da boa-fé estejam ausentes do seu direito: não está erigida em princípio geral com todas as consequências que lhe conhecemos mas aflora (ou subjaz) em numerosas soluções que aqui diríamos que nela directamente se inspiram – na protecção do comprador de coisa alheia convencido de que ela pertence ao vendedor (mas já não do comprador que sabe que o vendedor não é o dono da coisa), na tutela da confiança em que assentam as relações jurídicas (por exemplo, entre o agente e o principal, o administrador e a sociedade, o *trustee* e o beneficiário) e, acima de tudo, na *equity* (*he who comes to equity must come with clean hands*) [HUDSON, Alastair, cit., pág. 31: note-se que a evidente dificuldade que este Autor tem em explicar este *equitable principle* decorre justamente da ausência da boa-fé como conceito âncora. Não assim para os juristas do *civil law*: *supra*, nota 295; CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 221].

³⁷³ Daí que “the foundation on which commercial law rests is the law of contract.” (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit. pág. 11.) Ver também, do mesmo Autor, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., págs. 31 e ss., sublinhando o princípio *pacta sunt servanda* como corolário do ‘laissez-faire’ approach: “The essence of a market economy is competition and party autonomy.”

³⁷⁴ Têm sido apontadas diversas razões para o desenvolvimento do direito comercial inglês: a) desde o período anglo-saxónico que Londres funciona como um centro de comércio internacional (“the metropolis of the commercial world”), tendo-se especializado essencialmente nas áreas financeira, dos transportes e seguros; b) a Inglaterra tem usufruído, ao longo dos séculos, de uma estabilidade política e financeira assinaláveis, em comparação com os países europeus continentais; c) quer o Parlamento quer os tribunais encorajaram a liberdade de empresa, adoptando em geral uma atitude não intervencionista - atitude de que se salientam dois exemplos concludentes: a inexistência, até ao *Banking Act 1979*, de normas legais sobre a actividade bancária (excepção feita a algumas normas isoladas constantes do *Bank Charter Act 1844*), e a “free-trade policy” instituída pelo primeiro-ministro Sir Robert Peel (1834-1835, 1841-1846) em 1842 e

Partilhando com o direito comercial europeu continental a génese internacional, o *law merchant* viria a nacionalizar-se pela integração no *common law*, reencontrando a sua vocação originária pelas crescentes exigências do comércio internacional e a conhecida resposta jurídica nas convenções internacionais e no costume internacional, e pelo contemporâneo movimento de harmonização/uniformização do direito, a nível regional e global.³⁷⁵

A especificidade e complexidade do mundo dos negócios, com contraditórias exigências de previsibilidade e flexibilidade, requerem do direito, para além de soluções adequadas aos problemas que vão surgindo, uma convivialidade com a prática mercantil que se manifeste em ambos os sentidos: - do direito para com a prática, pela compreensão dos seus processos e instrumentos e pela incorporação dos seus usos;³⁷⁶ - da prática para com o direito, abrindo-se este aos seus destinatários de modo a que conheçam, sem necessidade de oráculos, os limites da sua liberdade de comércio. Argumento este – o da

sancionada pelo *Importation Act 1846* (cfr. GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 7; LEVI, Leone, *Manual of the Mercantile Law of Great Britain and Ireland*, Smith, Elder & Co., London, 1854, pág. 13; *Sir Robert Peel*, Past Prime Ministers, <https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/robert-peel-2nd-baronet> - acesso em 2.12.2014).

³⁷⁵ O Reino Unido não ratificou ainda a CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, mais conhecida entre nós por Convenção de Viena de 1980 – para uma análise da convenção e sua comparação com o direito português, preparando “a definição da atitude a tomar pelo Governo Português” quanto à sua eventual ratificação, ver SOARES, Maria Ângela Coelho Bento/RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional*, Coimbra, 1981 (publicação do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República)], constituindo, com Portugal, Irlanda e Malta, o grupo dos quatro membros da União Europeia que ainda não o fizeram (cfr. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> - acesso em 19.01.2016 -, de que consta a lista de (84) estados aderentes a 29.12.2015). Sobre as razões da não ratificação, ver HOFMANN, Nathalie, *Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe*, 22 *Pace International Law Review* (Winter 2010) 145-181; MOSS, Sally, *Why the United Kingdom Has Not Ratified the CISG*, 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-06) 483-485; FORTE, Angelo, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Reason or Unreason in the United Kingdom*, 26 *University of Baltimore Law Review* (Summer 1997) 51-66; LINARELLI, John, *The Economics of Uniform Laws and Uniform Law Making*, 2002 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384180 – acesso em 4.12.2014). ROY GOODE, considerando-a exemplo vivo de um lamentável “chauvinistic approach”, não encontra motivos para a não ratificação (*Commercial Law in the next Millennium*, cit., págs. 95-96.) Não se vislumbram também – e por maioria de razão, dada a nossa tradição de mais fácil integração no ambiente jurídico internacional – razões válidas para a não ratificação da CISG por Portugal (para além de ninguém se ter lembrado disso, ou de não constituir imposição do “Memorando de Entendimento”...) – cfr. o apontamento de MARIANA COSTA em <http://visao.sapo.pt/portugal-e-a-convencao-de-viena-sobre-a-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias=f651205>, acesso em 5.12.2014; e, em especial, VICENTE, Dário Moura, *A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação*, Estudos de Direito Comercial Internacional, cit., pág. 288. Refira-se que o Brasil ratificou recentemente (2013) a Convenção - GONTIJO, José Francisco Rodrigues, *Breves considerações a respeito da convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, Portugal Murad – Direito de Negócios, 2014, <http://www.portugalmurad.com.br/artigos/breves-consideracoes-a-respeito-da-convencao-das-nacoes-unidas-sobre-contratos-de-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias/> - acesso em 5.12.2014 -, juntando-se à maioria dos grandes actores do comércio internacional.

³⁷⁶ GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. xvii. É, assim, na prática comercial e na sua evolução – ou seja, na evolução da economia – que o direito comercial encontra, hoje como ontem, a sua própria evolução e não por impulso do pensamento jurídico ou do legislador (Idem, pág. 4.)

acessibilidade do direito em geral e do direito comercial em particular³⁷⁷ – em que fundamentalmente assenta o apelo que se vem fazendo sentir desde as últimas décadas do séc. XX para a codificação deste ramo do direito.^{378 379}

2. Fontes

Remetendo-nos o problema das fontes do direito para a “experiência constituinte do Direito”,³⁸⁰ sem dúvida que, no direito inglês, ele compreende dois caminhos historicamente percorridos: a experiência jurisdicional e a experiência legislativa.³⁸¹

A primeira, como sabemos, é a constituída pelo *case law* (ou *common law* em sentido amplo) considerado como abrangendo tanto o *common law* como a *Equity*. Trata-se do direito jurisprudencial (*judge-made law*): decisões dos tribunais que, absorvendo o costume e impondo-se pelo princípio do precedente, constituem directamente direito, são fontes formais do direito.

³⁷⁷ Acessibilidade do direito em que assentava já, como se sabe, o discurso de BENTHAM e que no nosso tempo se traduz na recusa de um *common law* que seja “a maze” (LORD SCARMAN, “*Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence*,” cit., pág. 356).

³⁷⁸ Apelo que tem em ROY GOODE uma voz prestigiada e activa e se inspira na experiência norte-americana do *Uniform Commercial Code*, de que adiante nos ocuparemos. Sobre o ponto, *Commercial Law*, cit., págs. 1349 e ss.; *The Codification of Commercial Law*, cit.; *Commercial Law in the next Millennium*, cit. Mas que tem antecedentes: cfr., há mais de século e meio, LEVI, Leone, cit., págs. 31-32, e o seu anseio não apenas por um *Code of Commercial Law* mas por um *International Code of Commercial Law*, “sanctioned by all countries, and held as the sacred bond of society between all families of the earth.”

³⁷⁹ Cremos poder resumir assim a situação actual e os grandes desafios do direito comercial inglês: a) desactualização legislativa (“How is it that we feel able to embark on the 21st century with commercial law statutes passed in the 19th?” – GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 101), devida a inércia do Parlamento - que se tem mostrado mais disponível para medidas de curto-prazo do que para projectos, complexos e morosos, de modernização legislativa – e potenciadora de protagonismo judicial, sendo que os tribunais se mostram tradicionalmente cautelosos, não querendo perturbar a marcha normal dos negócios; b) tensão entre o sagrado princípio da liberdade de comércio e a regulação do mercado – particularmente visível nas áreas bancária e financeira; c) tendência para um certo chauvinismo isolacionista, evidenciada, por exemplo, na não ratificação de importantes convenções internacionais, como a CISG (*supra*, nota 375), ou na resistência a “figuras de ponta da civilística” radicadas no princípio da boa-fé, como a *culpa in contrahendo* ou a alteração das circunstâncias (sobre o princípio da boa-fé no direito inglês, tema a que voltaremos, ver GOODE, Roy, *The Concept of “Good Faith” in English Law*, cit.); d) a influência dos *human rights*, revelada, por exemplo, na extensão destes direitos às empresas, na remoção de árbitro não imparcial, no recurso de decisão arbitral ou na avaliação das consequências da acção governamental no saneamento do mercado financeiro sobre os direitos dos accionistas privados de bancos nacionalizados (*SRM Global Master Fund LP & Ors v HM Treasury [2009] EWCA Civ 788 (28 July 2009)*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/788.html>, acesso em 3.12.2014) – um caso de contornos algo semelhantes aos do nosso Banco Espírito Santo). Sobre o impacto do *Human Rights Act 1998* no direito comercial, ver ROSE, Francis, *Commercial Law, The impact of the UK Human Rights Act on private law*, edited by David Hoffman, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, págs. 300 e ss.

³⁸⁰ NEVES, A. Castanheira, *Fontes do Direito*, cit., max. col. 1520 e ss.

³⁸¹ Seguimos a ordem de exposição das fontes do direito comumente apresentada pelos autores anglo-saxónicos. No entanto, não pode deixar de notar-se que existe uma hierarquia das fontes e, nela, a lei, emanada do Parlamento e segundo o princípio da supremacia deste, sobreleva as decisões judiciais. O que acontece é que é o *common law* (a experiência jurisdicional) que constitui a “rede normativa primária”, apresentando-se a lei - dotada de menor grau de abstracção e, conseqüentemente, mais detalhada do que nos ordenamentos romano-germânicos – como excepção (qualitativa) a esse sistema, como “a adenda e a errata do livro do direito comum”. (ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes do Direito...*, cit., págs. 55 e ss. e nota 42.)

O que levanta, desde logo, o problema da sua admissibilidade no quadro do Estado de Direito democrático: pela (eventual) ofensa ao princípio liberal da separação de poderes – a função legislativa invadida por órgãos do poder judicial; e pelo exercício dessa mesma função legislativa ao arpejo do órgão para tal eleito, com quebra do princípio democrático.³⁸²

Ao referirem a relação entre os poderes legislativo e judicial, os autores ingleses acentuam mais a independência dos juízes – tema que trataremos adiante – do que a sua acção como *law-makers*. E estes vêm revelando alguma dificuldade na assunção dessa qualidade, ora refugiando-se numa *declaratory theory*,³⁸³ ora mantendo uma atitude reservada quanto ao exercício dos seus poderes,³⁸⁴ mas acabando por atacar frontalmente o problema ao traçar a linha que divide as duas funções: “the objective of judges is the *formulation of principles*; *policy* is the prerogative of Parliament”.³⁸⁵

“The cooperation between judiciary and legislature has been described as a ‘constitutional partnership’ as Parliament may give tacit approval to judge-made law by not interfering with it. Lord Woolf, for example, has argued that ‘the crown’s relationship with the courts does not depend on coercion’, but on a state of trust. Professor Bogdanor has argued, for example, that the Human Rights Act necessitated a compromise between two doctrines - the sovereignty of Parliament and the rule of law - and that the compromise ‘depends upon a sense of restraint on the part of both the judges and of Parliament’.”³⁸⁶ “ (...) it is a question not of total war involving the destruction of one or the other but a study in coexistence.”³⁸⁷

A experiência legislativa, pelo seu lado, apesar de antiga,³⁸⁸ só recentemente ascendeu a um lugar cimeiro no quadro das fontes do direito – sendo que, aqui também e mau grado o movimento de harmonização jurídica em curso, subsistem peculiaridades de relevo.

³⁸² SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 159 e ss. Cfr. *infra*, ponto 3.3.4. Ver, todavia, nota 385 e ponto 3.5. sobre a relação entre os dois poderes. O ponto fundamental aqui é o de saber se os tribunais do *common law* (no sentido amplo considerado), ao criarem direito, o fazem no exercício de uma usurpada “função legislativa” ou no da função que lhes é própria, a função jurisdicional – os autores ingleses, particularmente os mais recentes e críticos, tendem a considerar que se trata do exercício da função legislativa pelos tribunais (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 161); mas não é assim: porque a criação do direito não é exclusivamente legislativa (entendimento hoje comum, mesmo no mundo romano-germânico), e porque, como se demonstrará ao tratar do precedente (elemento essencial da afirmação da jurisprudência como fonte do direito), a própria metodologia de identificação do precedente assenta numa identidade analógico-concreta, própria da referência casuística da função jurisdicional, e não geral-abstracta, típica da função legislativa (NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”*..., cit., págs. 65 e ss.).

³⁸³ *Infra*, nota 493.

³⁸⁴ SLAPPER, Gary/KELLY, David, ob. e loc. cit.

³⁸⁵ LORD SCARMAN em *McLoughlin v O'Brian* [1982] UKHL 3 (itálico nosso: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html> - acesso em 19.11.2014). No mesmo sentido, NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”*..., cit., págs. 604-606.

³⁸⁶ BENWELL, Richard/GAY, Oonagh, *The Separation of Powers*, House of Commons Library, Standard Note: SN/PC/06053, 15 August 2011, pág. 6 (<http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06053/the-separation-of-powers> - acesso em 19.11.2014). Ver tb. LEE, James, cit., pág. 2, citando ANDREW BURROWS.

³⁸⁷ SCARMAN, Leslie George, cit., pág. 358.

³⁸⁸ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 318 e ss.; BRUNNER, Heinrich, *The Sources of English Law*, cit.

Antes de mais, cumpre notar que o Reino Unido não tem uma constituição escrita, ao contrário do que se passa na generalidade dos ordenamentos do *civil law* e mesmo do *common law*.³⁸⁹ Dizer-se que a constituição inglesa é *unwritten* não significa inexistência de textos jurídico-constitucionais, expressos em leis ou em decisões judiciais: antes que não existe uma constituição codificada,³⁹⁰ como, por exemplo, entre nós, recolhendo-se os princípios e normas constitucionais de diversas leis (*statutes*), decisões judiciais e costumes, como as *conventions*.³⁹¹

Entre os mais relevantes *statutes* de natureza constitucional contam-se a *Magna Carta* (1215), o *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701), os *Acts of Union* (1706-1707), o *Parliament Act* (1911), os *Race Relations Acts* (1965, 1968, 1976), os *Government of Scotland and Government of Wales Acts* (1998), o *Human Rights Act* (1998) e o *House of Lords Act* (1999).³⁹²

E como decisões judiciais, entre muitas outras: *Entick v. Carrington & Ors* (1765) *EWHL*, *Edinburgh & Dalkeith Railway Co. v. Wauchope* (1842) *UKHL*, *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department* (2005) *UKHL*, *Jackson & Ors v. Her Majesty's Attorney-General* (2005) *UKHL* 56.³⁹³ Pela via jurisdicional foram afirmados

³⁸⁹ Como é o emblemático caso dos Estados Unidos da América. Para além do Reino Unido, citam-se Israel e Nova Zelândia como os outros dois países sem constituição escrita ou codificada: BLICK, Andrew, *Codifying – or not codifying – the UK constitution: A Literature Review*, Centre for Political and Constitutional Studies, King's College, London, February 2011 (<http://www.parliament.uk/pagefiles/56954/CPCS%20Literature%20Review%20%284%29.pdf> – acesso em 21.11.2014).

³⁹⁰ A inexistência de uma constituição codificada é geralmente atribuída à relativa estabilidade das instituições inglesas resultante de uma história predominantemente evolutiva, sem grandes rupturas, do género da Revolução Francesa ou da Independência Americana: cfr. *infra* o comentário sobre a *continuidade histórica* que caracteriza o direito inglês. Deve notar-se, todavia, que a ausência de um texto constitucional “sacralizado”, cuja superioridade hierárquica sobre as outras leis fosse claramente afirmada, se tem a vantagem da flexibilidade (podendo os seus princípios ser alterados, por exemplo, por leis aprovadas por maioria parlamentar simples, sem sujeição aos normalmente complexos procedimentos de revisão constitucional), permite que sejam tomadas decisões de fundo (como a assinatura do Tratado de Lisboa ou a aprovação de medidas anti-terroristas limitativas das liberdades cívicas) de um modo bastante mais ligeiro e circunstancial (MORRISON, James, cit., pág. 5). E suscita, como se dirá no texto, em termos diversos daqueles a que estamos habituados, a questão da fiscalização da constitucionalidade das leis.

³⁹¹ “There is a quintessentially British preference for constitutional practices that evolve and win acceptance over time” (VICK, Douglas W., *The Human Rights Act and the British Constitution*, *Texas International Law Journal*, vol. 37, nº 2, 2002, pág. 333). “These include the doctrines of collective responsibility and individual ministerial responsibility and the tradition that the sovereign accepts the will of Parliament by rubber-stamping new legislation with the royal assent. More amusing conventions include the fact that the Speaker in the House of Lords (until recently the *Lord Chancellor*, but now an elected Lord Speaker) sits on a woosack and wears a wig.” (MORRISON, James, cit., pág. 14.)

³⁹² *Ult. A. e ob. cit.*, págs. 6 e ss. Grande importância, neste contexto, assume o *Human Rights Act 1998*, que revolucionou – pode dizer-se – o direito inglês, substituindo as antigas *negative liberties* (*individual rights are residual in that they exist to the extent that statutory or common law rules have not restricted them*) por *positive human rights* (*enshrined in a code of individual liberties*) - SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 45 e ss.; VICK, Douglas W., cit., págs. 340 e ss. Sobre o *Human Rights Act 1998*, seu significado e aplicação prática, ver Department for Constitutional Affairs, *A Guide to the Human Rights Act 1998*, third edition, October 2006 (<https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/act-studyguide.pdf> - acesso em 20.11.2014). Cfr. também ATIYAH, P. S., cit., págs. 22 e ss.

³⁹³ Para só mencionar algumas das mais antigas e das mais recentes: cfr. *List of Leading Cases of United Kingdom*, com 214 casos de *constitutional law* em <http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf> - acesso em 20.11.2014. [Os *leading cases* são os casos mais significativos em determinada questão de direito (*point of law*): cfr. NEVES, A. Castanheira, *Fontes do Direito*, cit., col. 1524.]

relevantes princípios constitucionais: - o princípio da supremacia do Parlamento;³⁹⁴ - do *parliamentary privilege*;³⁹⁵ da *rule of law*;³⁹⁶ - o reconhecimento de direitos de natureza constitucional ou fundamental;³⁹⁷ - o princípio da hierarquia das leis;³⁹⁸ - a regra segundo a qual um *constitutional statute* não pode ser objecto de *implied repeal*;³⁹⁹ - a relação entre o direito interno e o direito da União Europeia.⁴⁰⁰

³⁹⁴ *Edinburgh & Dalkeith Railway Co. v. Wauchope (1842) UKHL*, cit. Do princípio da supremacia do Parlamento decorre, como corolário importante, a *doctrine of implied repeal of statutes*: LORD LAWS em *Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin) (18 February 2002)*, 37.

³⁹⁵ *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart [1992] UKHL 3 (26 November 1992)*, em que a *House of Lords* decidiu não contrariar o *parliamentary privilege* contido no art. 9 do *Bill of Rights Act* a utilização, pelo tribunal, dos debates parlamentares aquando da discussão e aprovação de um *statute* na sua interpretação e aplicação a um caso concreto (disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html> - acesso em 20.11.2014). Sobre o art. 9 do *Bill of Rights Act*, ver MAER, Lucinda/GAY, Oonagh, *The Bill of Rights 1689*, House of Commons Library, Standard Note: SN/PC/0293, 5 October 2009, pág. 5. E sobre o *parliamentary privilege*, *Parliamentary Privilege - First Report: Memorandum by Mr Francis Bennion* (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/43ap09.htm> - acesso em 20.11.2014).

³⁹⁶ De que são exemplos: *The Case of Prohibitions (1607)*, em que Sir EDWARD COKE refutou o poder do Rei (*James I*) de julgar pessoalmente litígios entre os súbditos, pois só os tribunais o poderiam fazer (<http://oll.libertyfund.org/pages/1658-coke-prohibitions-del-roy-pamphlet> - acesso em 21.11.2014); *The Case of Proclamations (Proclamations, Case of [1610] EWHC KB J22 (01 November 1610)* - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html>, acesso em 21.11.2014), que estabeleceu os limites dos poderes do Rei, afirmando o princípio da separação de poderes e a sujeição do executivo à *rule of law*; *Entick v Carrington & Ors [1765] EWHC KB J98 (02 November 1765)*, cit. - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1765/J98.html>, acesso em 21.11.2014 -, um *leading case* na defesa das liberdades individuais e na limitação dos poderes do governo, que terá influenciado a 4ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos; *Malone v. Commissioner for the Metropolitan Police (no.2) [1979] Chancery Division 344*, que decidiu pela legalidade de escutas telefónicas feitas pela polícia no âmbito de uma investigação criminal e ordenadas por um membro do governo (“on the authority of the Secretary of State’s warrant”), decisão que foi posteriormente revertida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e esteve na origem dos *Interception of Communications Act 1985* e *Police Act 1997* (cfr. <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/malone.htm> - acesso em 21.11.2014); *R (on the application of ‘A’) Claimants - v - Home Secretary [2003] EWHC 2846 (Admin)*, em que se julgou compatível com as liberdades cívicas e os direitos humanos a imposição pelo governo de monitorização e gravação de entrevista jornalística a estrangeiros detidos sob suspeita de serem terroristas (<http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/R-A-v-Home-Office-Admin-27-Nov-2003.pdf> - acesso em 21.11.2014).

³⁹⁷ “In the present state of its maturity the common law has come to recognise that there exist rights which should properly be classified as *constitutional or fundamental*: see for example such cases as *Simms [2000] 2 AC 115* per Lord Hoffmann at 131, *Pierson v Secretary of State [1998] AC 539*, *Leech [1994] QB 198*, *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd. [1993] AC 534*, and *Witham [1998] QB 575*.” (LORD LAWS, loc. cit., 62 – itálico nosso.)

³⁹⁸ “We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament: as it were ‘ordinary’ statutes and ‘constitutional’ statutes.” “The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998.” (Ibidem.)

³⁹⁹ “Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not.” “A constitutional statute can only be repealed, or amended in a way which significantly affects its provisions touching fundamental rights or otherwise the relation between citizen and State, by unambiguous words on the face of the later statute.” (Idem, 63 – itálico nosso.)

⁴⁰⁰ “The ECA [European Communities Act] clearly belongs in this family.” “The ECA is, *by force of the common law*, a constitutional statute”. (Idem, 62 – itálico nosso.) É interessante notar que, apesar de reconhecer as consequências jurídicas da adesão do Reino Unido à (hoje) União Europeia (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 77), o pensamento jurídico inglês, particularmente o expresso nas decisões dos tribunais, centra-se habitualmente na mediação do Parlamento nacional, cujos poderes são vistos como intocados, pois, dado o princípio da supremacia do Parlamento, *an earlier Parliament may not bind the latter*, sendo que no futuro lhe será lícito revogar o *European Communities Act 1972* ou a adesão à União

Num sistema de *unwritten constitution*,⁴⁰¹ em que, como se referiu, os princípios e normas constitucionais derivam de *statutes* – ainda que “constitutional statutes” – (quase) iguais aos outros,⁴⁰² de decisões dos tribunais comuns e de *long-standing conventions*, a conformidade constitucional da legislação há-de assentar nesses mesmos tribunais, no âmbito do *common law* e de acordo com a sua regra fundamental, o precedente: - “ (...) whether there are ‘constitutional fundamentals’ which qualify the sovereignty of Parliament is highly controversial and the subject of considerable debate.” “Considerations as to whether the judiciary might in extreme circumstances disobey Parliament are not new.” “A traditional understanding of Parliamentary sovereignty (that Parliament can legislate for what it likes and the courts will apply its will) would put paid to this argument. However, there are judicial dicta which suggest it may be unwise to assume that the courts would necessarily apply a traditional understanding of Parliamentary sovereignty in extreme circumstances where they considered Parliament to be eroding the rule of law. There is some judicial support for the proposition that while the supremacy or sovereignty of Parliament is still the general principle of our constitution, the principle is not absolute and, because the principle was created by judges, judges could decide not to follow it in certain circumstances (R (Jackson) v Attorney General [2006] 1 AC 262).”⁴⁰³

No plano da lei ordinária, há que distinguir entre *primary legislation* e *delegated or subordinate legislation*.

A primeira categoria é constituída pelos *Acts of Parliament*.⁴⁰⁴ É costume classificá-los segundo os critérios do objecto regulado e da função que exercem.

Europeia: cfr. LORD LAWS, cit., *max.* 45, 54 e 59. A *table of cases in EU law* pode ser consultada em <http://quizlet.com/2549660/table-of-cases-eu-law-flash-cards/> - acesso em 21.11.2014.

⁴⁰¹ Ou *un-codified constitution*, uma vez que, como sabemos, existem fontes escritas de direito constitucional. Decorrem actualmente trabalhos de preparação de uma eventual decisão de codificar o direito constitucional inglês, equacionando-se três modelos alternativos: uma espécie de colectânea de princípios constitucionais, sem valor legal, ou uma compilação/consolidação do direito constitucional existente, recolhendo-o das suas várias fontes, em forma de lei (*Act*) do Parlamento, ou uma verdadeira constituição escrita, à maneira norte-americana ou da Europa continental, com o seu lugar de topo na hierarquia das leis e os usuais procedimentos de revisão e fiscalização de cumprimento. Um dos obstáculos da codificação é justamente a clarificação que lhe está associada, em particular a escolha do modelo ideológico-político e o debate em torno da manutenção (ou não) de instituições seculares, como a Monarquia, a Igreja Oficial, a *House of Lords*, ou do papel a atribuir ao referendo. Ver, sobre o tema, BLICK, Andrew, cit.; *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution* - Political and Constitutional Reform, UK Parliament, 14 May 2014 - <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpolcon/802/80206.htm#n12>, acesso em 21.11.2014).

⁴⁰² E dizemos “quase” porque, não havendo especiais procedimentos para adopção destes *statutes*, que estão em pleno pé de igualdade com todos os outros, tem-se entendido, como vimos, que os “constitutional statutes”, ao contrário dos “ordinary statutes”, não podem ser objecto de *implied repeal*.

⁴⁰³ STREET, Amy, *Judicial Review and the Rule of Law - Who is in Control?*, The Constitution Society, London, 2013, págs. 40-42 (itálico nosso). Um exemplo desta resistência dos tribunais pode ver-se na neutralização da intenção parlamentar de excluir, em determinadas leis, a possibilidade da sua revisão judicial (*infra*, nota 420) - SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 530 e ss.

⁴⁰⁴ Para uma descrição e apreciação detalhada do processo legislativo inglês, SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 78 e ss. Ver também *Guide to Making Legislation*, Cabinet Office, July 2014 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/328408/Guide_to_Making_Legislation_July_2014.pdf - acesso em 23.11.2014).

De acordo com o primeiro critério, podem ser *Public Acts* – se se dirigem a assuntos de interesse público⁴⁰⁵ -, *Private Acts* – quando regulam interesses ou atribuem poderes a particulares⁴⁰⁶ - e *enabling legislation* – leis de autorização legislativa.

Quanto à função, os *Acts of Parliament* classificam-se em *consolidating legislation* – os que condensam normas provenientes de diversos *Acts*, sem as alterar⁴⁰⁷ -, *codifying legislation* – quando condensam e sistematizam num corpo unitário princípios e normas de outros *Acts* e do *common law*⁴⁰⁸ - e *amending legislation* – os que alteram normas de um ou mais *acts*.^{409 410}

Delegated or subordinate legislation é a legislação criada com base em leis de autorização legislativa (*enabling acts*). Como tal, a sua validade depende naturalmente da observação dos limites impostos pela lei de autorização.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Os quais se subdividem em *Government Bills*, propostas de lei apresentadas por membros do governo, e *Private Members' Bills*, projectos de lei apresentados por deputados (MP's) ou membros da *House of Lords* – para utilizar expressões que nos são familiares (<http://www.parliament.uk/about/how/laws/bills/private-members/> - acesso em 23.11.2014).

⁴⁰⁶ Por exemplo, a concessão a empresas privadas de poderes de expropriação por utilidade pública.

⁴⁰⁷ Exemplo: o *Companies Act 1985*.

⁴⁰⁸ Exemplos: *Partnership Act 1890*, *Sale of Goods Act 1893* (revisto em 1979), *Companies Act 2006*. Note-se, todavia, que, ilustrando a usual ambiguidade com que os conceitos de código e de codificação são tomados no sistema jurídico inglês, nem sempre estes exemplos correspondem fielmente às características aí mesmo reconhecidas a esta espécie de leis (*infra*, nota 410) – como se pode ver pela s. 61(2) do *Sale of Goods Act 1893* (s. 62(2) na revisão de 1979) que mantém em vigor as regras do *common law* que não contradigam normas expressas do *Act* (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 7, nota 21).

⁴⁰⁹ Os *amending acts* podem alterar normas legais preexistentes segundo um de dois métodos: - *textual amendment*, que significa introduzir as alterações no próprio texto da norma, revendo a sua redacção; - *non textual* ou *referential amendment*, que opera pela edição de uma norma nova, pertencendo a outro *act*, que altera o sentido da norma anterior. É entendimento comum que o *textual amendment*, oferecendo ao intérprete, directamente, uma norma recondicionada, é mais útil e eficaz do que o *referential amendment*, em que o intérprete (*maxime*, o juiz) se vê forçado a comparar o texto de, pelo menos, duas normas, aquela em que procura a solução do problema que quer resolver e a que a alterou; apesar deste entendimento, as leis inglesas são normalmente alteradas por referência (*referential amendment*), o que se deve à “*four corners doctrine*” – segundo a qual não é curial pedir ao Parlamento que, quando aprova um *act*, tenha de olhar para além desse próprio *act*, *beyond its four corners* (LORD THRING). O uso comum do *referential amendment* resulta, pois, da comodidade dos membros do Parlamento e não da utilidade para o intérprete e para a aplicação da lei (cfr. BENNION, F. A. R., *The Renton Report*, 1975 - <http://www.francisbennion.com/pdfs/fb/1975/1975-003-renton-report-nlj.pdf>, acesso em 22.11.2014).

⁴¹⁰ Lembrando que o termo *codification* não é “a term of art in English law”, LORD SCARMAN define assim as características de um *code*: - *enacted law*, lei emanada do Parlamento que lhe confere a autoridade de fonte de direito; - *comprehensive source of law*, abarcando toda a regulamentação jurídica numa determinada área; - *exclusive source of law*, afastando no momento da sua promulgação todas as outras fontes de direito no seu particular campo de aplicação. E distingue *codification* das outras técnicas legislativas: *amendment*, *revision* e *consolidation*. “Parliament may, and often does, *amend* without attempting a comprehensive statement of the law; it leaves the general body of the law, whether statute or judge-made, intact.” “*Revision*, as practised in England, is a process whereby obsolete and unnecessary enactments are removed from the statute book.” “Consolidation is the technique whereby existing statute law on a given topic is reduced from many statutes into one without altering the substance of the law.” (SCARMAN, Leslie George, cit., págs. 357 e ss.) – Autor que acentua o carácter inovador da codificação, “the nature of a code as an instrument of development and reform.” (pág. 359.)

⁴¹¹ De notar que a s. 10 do *Human Rights Act 1998* autoriza o governo a alterar *primary legislation* sempre que um tribunal tenha emitido uma *declaration of incompatibility* dessa norma ou normas com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 110).

A *delegated legislation* compreende *Orders in Council*,⁴¹² *Statutory Instruments*,⁴¹³ *Bylaws*,⁴¹⁴ as normas emanadas dos *Court Rule Committees*⁴¹⁵ e dos organismos de regulação profissional.^{416 417}

A crescente utilização de *delegated or subordinate legislation* (também designada por *secondary legislation*), em particular de *statutory instruments*, vem suscitando questões relacionadas não só com o seu controlo pela sede constitucional do poder legislativo, o Parlamento, como com a possibilidade deste aprovar, por maioria, leis que confirmam ao governo poderes considerados exclusivos do órgão legislativo.⁴¹⁸

A revisão judicial dos actos legislativos por delegação constitui uma expressão significativa da actuação dos tribunais como titulares de um “contra-poder” reequilibrador, permitindo o recurso a tribunal por quem nisso tenha “suficiente

⁴¹² “Orders in Council are issued by the Queen “by and with the advice of Her Majesty’s Privy Council” and are made under powers given in a parent Act.” (*Delegated legislation – Brief Guide*, House of Commons, August 2011, <http://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/Brief-Guides/Delegated-Legislation.pdf> - acesso em 23.11.2014.) Sobre o *Privy Council*, <http://privycouncil.independent.gov.uk/> - acesso em 23.11.2014 (onde se podem consultar as *Orders in Council* de 2010 a 2014.)

⁴¹³ “Means through which government ministers introduce particular regulations under powers delegated to them by Parliament in enabling legislation” (SLAPPER, Gary/KELLY, David, ob. e loc. cit.) Uma lista de *Statutory Instruments (SI)* pode ser consultada em <http://www.legislation.gov.uk/uksi> (acesso em 23.11.2014), aí se podendo ver a evolução relativamente ao uso deste tipo de legislação: um grande salto no início dos anos 70 do séc. XX (99 em 1969 contra 1008 em 1970) e um novo salto a partir de 2010 (2008 SI em 2009 e 2967 em 2010, e a partir desse ano sempre mais de 3000). Lembre-se que os *statutory instruments*, figura próxima dos nossos decretos-lei, são o meio mais adequado à contemporânea tendência para *administrar com as leis*.

⁴¹⁴ “Means through which local authorities and other public bodies can make legally binding rules. Bylaws may be made by local authorities under such enabling legislation as the Local Government Act 1972.” (Ibidem.)

⁴¹⁵ “*Court Rule Committees* are empowered to make the rules which govern procedure in the particular courts over which they have delegated authority, under such Acts as the Senior Courts Act 1981, the County Courts Act 1984 and the Magistrates’ Courts Act 1980” (Ibidem.) [cfr., por exemplo, ss. 84 e ss. do *Senior Courts Act 1981*.]

⁴¹⁶ Como *The Law Society* (ver o *Solicitors’ Act 1974*) e infra, ponto 3.7.

⁴¹⁷ A legislação do Reino Unido, não só de Inglaterra e País de Gales – sistema de que nos vimos ocupando – como da Escócia e Irlanda do Norte, pode ser consultada em <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁴¹⁸ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 113. Como foi o caso da proposta do *Legislative and Regulatory Reform Bill 2006* que inicialmente incluía a faculdade de o governo criar, através de *statutory instruments*, novos tipos de crime, sem intervenção do Parlamento, e acabou por ser eliminada por se considerar tal delegação de poderes perigosa para a *rule of law*. Consideração em linha com as preocupações crescentemente evidenciadas acerca da *elective dictatorship*, perigo para o qual LORD HAILSHAM chamara já a atenção em 1976 e que consiste em o executivo, assente em partido ou partidos com maioria parlamentar, acumular excessivo poder, passando a governar numa espécie de autocracia só periodicamente sujeita ao voto popular (e voto popular nem sempre incidente sobre as opções políticas que os eleitos se propõem seguir, como é o caso das coligações ou acordos feitos após as eleições): cfr. LE ROUX, Nat, *Elective dictatorship? The democratic mandate concept has become dangerously over-extended*, LSE – The London School of Economics and Political Science, 2014 (<http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/elective-dictatorship-democratic-mandate/> - acesso em 24.11.2014). Lembre-se que LORD HAILSHAM referiu este perigo no âmbito da sua defesa de uma constituição codificada, na assunção de que esta seria um factor de (mais) clara delimitação dos poderes de cada órgão de soberania.

interesse”⁴¹⁹ para invalidar um *statutory instrument* ou outro tipo de *delegated legislation*.^{420 421}

3. Características gerais

Estamos agora em condições de elencar os traços que essencialmente caracterizam e diferenciam o direito inglês:

3.1. Continuidade histórica⁴²²

Direito formado a partir dos costumes e tradições dos povos bárbaros pré-Conquista Normanda pela acção dos tribunais, foi-se desenvolvendo com essa matriz jurisprudencial, assimilando as influências externas indirectamente, através do direito canónico e, por via deste, do direito romano, e dos juristas que foram tecendo (racionalizando e sistematizando) um direito tópico e fragmentário⁴²³ com vista a criar

⁴¹⁹ Cfr. LORD DIPLOCK em *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1983] UKHL 6* (22 November 1983) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/6.html> (acesso em 24.11.2014).

⁴²⁰ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 528-530. A *judicial review* assenta na doutrina *ultra vires*, apreciando a conformidade dos actos em causa com a natureza e extensão dos poderes que os fundamentam, quer na perspectiva do procedimento adoptado na sua elaboração quer na do seu conteúdo, segundo princípios como os da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade: cfr. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] EWCA Civ 1* (10 November 1947) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>; *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1983] UKHL 6* (22 November 1983), cit.; *R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Holding and Barnes [2001] UKHL 23* - <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.htm> (acessos em 24.11.2014).

⁴²¹ Para a compreensão do actual direito inglês em acção – e, naturalmente, para além do que se dirá sobre uma das suas principais características, o precedente -, é conveniente ter presente a técnica legislativa utilizada, muito influenciada pela metodologia casuística do *common law* (“Much of it [a legislação contemporânea] is drafted in the form of a set of specific rules, ad hoc solutions to particular problems.” - ATIYAH, P. S., cit., pág. 31; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 81), e as regras base da interpretação das leis: do princípio da supremacia do Parlamento, sede do poder político, resulta uma orientação tradicional para a *interpretação literal* (o juiz deve respeitar a vontade do Parlamento, aplicando a lei de acordo com a sua expressão textual - cfr. *supra*, nota 399: “unambiguous words”); todavia e considerando as dificuldades que foram surgindo na prática – v.g., saber se as palavras utilizadas pela lei deveriam ser tomadas no sentido que tinham quando a lei foi elaborada ou no sentido do tempo da sua aplicação (cfr. *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle [2003] UKHL 13*: LORD BINGHAM, 9 / <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030313/quinta-1.htm>, acesso em 24.11.2014) -, a interpretação literal foi cedendo o lugar, ou pelo menos foi sendo complementada, com outras modalidades interpretativas, em particular a teleológica (*purposive approach*): GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 24. O caminho percorrido pelo direito inglês a este propósito não anda longe do dos direitos europeus continentais: cfr. SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 90 e ss. No entanto, deve referir-se que a cultura jurídica do *common law* tem ainda subjacente, no que toca à interpretação das leis, a ideia de que “law is what judges say it is” (GRAY): “A statute is, for Gray, not a law, but only a source of law, which becomes law only after it has been interpreted and applied by a court.” (FULLER, Lon L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pág. 633 – <http://www.jstor.org/stable/1338226>, acesso em 20.01.2015.)

⁴²² “Continuity is the characteristic feature of the history of the common law”: HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., pág. 293. Sublinhando a ideia de um direito todo ele construído lentamente, sem rupturas, “brick upon brick”, ATIYAH, P. S., cit., pág. 34.

⁴²³ “(...) the common law (...) was not a rational science "by reason of the indigestiveness of it and the multiplicity of the cases in it." (MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., *A Sketch of English Legal History*, cit., Appendix IV, pág. 216.)

um sistema compreensível e útil: BRACTON e os princípios e construções romanísticas,⁴²⁴ LITTLETON e as “tenures”,⁴²⁵ FORTESCUE e a exposição didática do direito.⁴²⁶ E foi-se desenvolvendo sem rupturas, numa linha contínua,⁴²⁷ procurando a legitimidade de hoje no acerto de outrora, como em BRACTON,⁴²⁸ ou fazendo a ponte entre o passado e o futuro, como em ST. GERMAIN,⁴²⁹ COKE⁴³⁰ ou BLACKSTONE.⁴³¹ Continuidade para a qual contribuíram também a base consuetudinária do *common law* – entendido, pela atenção aos “precedentes”, como o “custom of the court” –,⁴³² a intervenção da *equity* com o seu apelo ao direito natural medieval,⁴³³ a distância relativamente aos grandes (sobre) saltos evolutivos da cultura e do pensamento continentais, a ausência de uma revolução “à francesa” que modificasse substancialmente o modelo de sociedade.⁴³⁴

Ao percorrer a história inglesa em geral e a do direito em particular, o visitante europeu continental não pode deixar de se sentir impressionado por uma peculiar capacidade de apontar caminhos de futuro sem deixar quebrar os, por vezes bem ténues, fios de ligação ao passado – de não ver esse mesmo passado como algo morto, jazendo “sob o sono dos séculos”,⁴³⁵ mas de combinar um espírito progressivo com um “antiquarian bent”.^{436 437}

⁴²⁴ A influência romanística em BRACTON – que provocou aceso debate na doutrina inglesa – não proveio de uma recepção formal do direito romano justiniano, como na Europa continental, mas do uso do direito romano na forma popular corrente na época: PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 261.

⁴²⁵ “His treatise *Of Tenures* is the first great English law book since Bracton”: PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 277.

⁴²⁶ “As Sir William Holdsworth observes: ‘It is [Fortescue’s treatise *De Laudibus Legum Angliae* (1470/1471)] probably the first legal book which was avowedly written to instruct a layman in the elements of law.’ (Idem, págs. 278-279.)

⁴²⁷ Continuidade que não significa igual desenvolvimento ao longo do tempo - pois na sua longa existência teve momentos mais e menos intensos, períodos de criatividade e períodos de quietude e consolidação (LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, cit., pág. 36) -, antes manutenção dos seus traços característicos essenciais, como o *case law* e o princípio do precedente, a existência de dois sistemas normativos independentes, se bem que complementares (*common law* e *Equity*), o estatuto dos juízes, o apego às liberdades individuais e à autonomia das partes, a estrutura, formação e posicionamento da *legal profession*.

⁴²⁸ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 343-344.

⁴²⁹ HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit. pág. 296.

⁴³⁰ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 282; MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., ob. e loc. cit. em ult. lugar: “The connecting link between the older legal institutions and the new is the Institutes by Sir Edward Coke, a work which is the foundation of the literature of our modern law.”

⁴³¹ “Sir William Blackstone (...) *Commentaries* (...) was probably the first attempt to give a logical harmony and sequence to the Unwritten Law.” (Ibidem.)

⁴³² MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., cit., pág. 213.

⁴³³ Mas também com o desenvolvimento técnico de soluções (*remedies*) que salvaram, por assim dizer, o *common law*: HOLDSWORTH, W. S., *The Early History of Equity*, cit., págs. 293-301.

⁴³⁴ MORRISON, James, *Essential Public Affairs...*, cit., págs. 4-5; ATIYAH, P. S., cit., pág. 33.

⁴³⁵ Do poema *Rosa-dos-Ventos* de CHICO BUARQUE.

⁴³⁶ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 282.

⁴³⁷ Continuidade histórica bem patente nas palavras introdutórias da apresentação do sistema judiciário no sítio governamental (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/> - acesso em 25.09.2014.)

3.2. Prevalência da *actio* sobre o *ius*

Como ficou anotado, o sistema formalístico de acções constitui o motor do desenvolvimento do *common law*. Direito jurisprudencial por excelência, parte dos procedimentos, do processo, para os princípios, construções e institutos substantivos, do adjectivo para o substantivo – direito substantivo este “gradually secreted in the interstices of procedure”.⁴³⁸ E quando o *common law* pára no tempo, se rigidifica, tal fica a dever-se à incapacidade ou falta de vontade de fazer evoluir aquele sistema processual formal.⁴³⁹

Mesmo quando o sistema de “forms of action” declina, o direito inglês, tanto na vertente do *common law* como na da *Equity*, conserva a sua natureza de *judge-made law*.

3.3. O precedente judicial

Se há característica distintiva do direito inglês e – se bem que com variações – dos restantes ordenamentos da família do *common law*, ela é sem dúvida representada pela convenção – ou “doutrina”⁴⁴⁰ – do precedente judicial.⁴⁴¹

3.3.1. Sentido e evolução histórica do sistema do precedente

O sistema do precedente ou *stare decisis et quieta non movere*⁴⁴² significa, em geral, que o tribunal, ao decidir um determinado caso que se lhe apresenta (*target decision*), está

⁴³⁸ Cfr. *supra*, notas 276 e 279.

⁴³⁹ *Supra*, notas 279 e 281. “(...) the barons, and later the Parliament, perceiving that *the power to make new writs was in substance a power to make new law*, limited the king’s discretion to invent new remedies.” (HOLDSWORTH, W. S., *The Relation of the Equity...*, cit., pág. 3 – itálico nosso.)

⁴⁴⁰ O precedente do direito inglês é, na terminologia usada na família do *common law*, uma “doutrina”, uma convenção, orientação ou modo de actuar consistentemente aplicado, que se impõe ao juiz por uma convicção (deontológica) de obrigatoriedade, vista como lealdade para com os tribunais superiores, em especial o de *last resort* (*infra*, notas 502 e 514), e assegurada, na prática, pela firmeza com que estes a fazem respeitar, em sede de recurso. Como veremos (*infra*, ponto 3.8.), o pensamento jurídico inglês opõe “precedente” a “princípios jurídicos”, o que traduz o contraste entre a perspectiva histórico-concreta da jurisprudência e a perspectiva geral-abstracta da lei. No entanto, os *principles* do *common law* distinguem-se dos *princípios* do *civil law* ainda – e sempre – pelo diferente nível de abstracção: mais próximos, aqueles, da realidade concreta, mais altos na abstracção e generalização estes últimos, produto da elaboração da ciência jurídica. Para a revisão do conceito de princípios jurídicos, ver CORDEIRO, António Menezes, *Princípios Gerais de Direito*, POLIS, 4, 1986, col. 1490-1493; sobre os *principles* do *common law*, “fundamentos normativos para um pensamento ‘problemático’ e de intenção teleológico-concreta”, NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”...*, cit., pág. 62, nota 131.

⁴⁴¹ MASON, Sir Anthony, *The Use and Abuse of Precedent*, 2ND SIR LEO CUSSEN MEMORIAL LECTURE, 14 November 1987, (<http://www.leocussen.vic.edu.au/resources/Lecture%202%20Mason%201987.pdf>); ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory...*, cit., pág. 6.) Considerando a “doctrine of precedent” “the principle of legality” do *common law*, WAHLGREN, Peter, *Legal Reasoning - A Jurisprudential Model*, pág. 254 (<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-10.pdf> - acesso em 5.10.2014).

⁴⁴² “Technically, the obligation of a court to follow previous decisions of the same court is referred to as *stare decisis* (“stand by what has been decided”), and the more encompassing term *precedent* is used to refer both to *stare decisis* and the obligation of a lower court to follow decisions of a higher one.” (SCHAUER, Frederick, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Faculty Research Working Papers Series, August 2007/RWP07-036, pág. 4, nota 2.)

obrigado a seguir uma sentença anterior eventualmente existente sobre a mesma situação de facto (*source decision*): “once a point of law has been decided in a particular case, that law must be applied in all future cases containing the same material facts.”⁴⁴³ Ou na clássica definição de EDWARD COKE: “They said that those things which have been so often adjudged ought to rest in peace.”^{444 445}

Um precedente pode ser obrigatório (*binding*) ou facultativo (*persuasive*): no primeiro caso estamos perante o precedente judicial propriamente dito, uma vez que o tribunal terá obrigatoriamente de seguir a decisão tomada no caso anterior; no segundo, de mera faculdade de seguir a orientação perfilhada pela sentença anterior.⁴⁴⁶

É interessante notar, por outro lado, que, apesar desta limitação da liberdade de decisão do tribunal funcionar em relação às decisões anteriores às quais fica vinculado (*backward-looking*), não deixa de ser influenciada pela consciência que os juízes formem sobre os efeitos futuros da sua decisão (*forward-looking*), o que poderá conduzir à auto-imposição de limites ao próprio sentido da decisão.⁴⁴⁷

⁴⁴³ *Judicial precedent* (<http://www.e-lawresources.co.uk/Judicial-precedent.php> - acesso em 25.09.2014). De notar que esta obrigação não resulta de nenhuma disposição legal mas de uma longa prática adoptada pelos tribunais, como resulta claro da exposição de LORD NICHOLLS no caso *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd* (2005), 5 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf> - último acesso em 8.02.2016).

⁴⁴⁴ HANNA, John, *The Role of Precedent in Judicial Decision*, 2 Vill. L. Rev. 367 (1957), pág. 367 (<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol2/iss3/2> - acesso em 16.07.2014).

⁴⁴⁵ Exemplo: no caso *Grant v Australian Knitting Mills* [1936] AC 85, em que se discutia um pedido de indemnização dirigido ao fabricante de roupa interior por um cliente, o Dr. Grant, que contraiu uma grave doença de pele ao usar a roupa que comprara, o Privy Council seguiu o precedente constituído pela decisão da *House of Lords* no caso *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562. Neste último caso, Mrs Donoghue, ao tomar uma bebida num Café e após ter ingerido uma parte, reparou que da garrafa opaca saía uma pequena cobra em decomposição. A ingestão da bebida causou-lhe indisposição e dores, razão pela qual intentou uma acção contra o fabricante. A *House of Lords* (LORD ATKIN) decidiu a favor da senhora, estabelecendo o princípio do *duty of care*, base da responsabilidade civil do produtor. Cfr. também sobre este caso, TETLEY, William, *Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)*, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html#int> (acesso em 29.09.2014).

⁴⁴⁶ O ponto é importante, na medida em que, sendo obrigatório o precedente, o tribunal terá de se conformar com essa decisão e decidir do mesmo modo, mesmo que não concorde com ela ou a ache pura e simplesmente errada; perante um *persuasive precedent*, o tribunal pode decidir livremente entre segui-lo ou não, só o seguindo, naturalmente, se aderir à respectiva doutrina – cfr. SCHAUER, Frederick, cit., pág. 4. Para uma análise mais detalhada das várias espécies de “precedente”, ver HANNA, John, cit., pág. 370, nota 19.

⁴⁴⁷ “Today is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there.” (SCHAUER, Frederick, *Precedent*, Stanford Law Review February, 1987 39 Stan. L. Rev. 571, pág. 2.) Este condicionamento de casos futuros, ou seja, o estabelecimento de normas jurídicas (*rationes decidendi*) vinculativas para o futuro, que exprimem nitidamente a natureza da decisão judicial como fonte de direito, pode ser, para além de constrangimento no exercício da função judicial, fonte de instabilidade e incerteza: pense-se, por exemplo, na consideração, pelo *Supreme Court*, da inexistência de imunidade dos peritos técnicos relativamente a acções de responsabilidade civil intentadas pela parte interessada em virtude de actuação negligente em tribunal (caso *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 - <http://uksblog.com/new-judgment-jones-v-kaney-2011-uksc-13/>, acesso em 3.10.2014) por força de um precedente constituído por idêntica decisão da *House of Lords* para advogados no exercício da sua função (caso *Arthur J S Hall & Co v Simons* [2000] UKHL 38, [2000] 3 All ER 673, [2000] 3 WLR 543, [2000] 2 FLR 545, [2000] Fam Law 806, [2002] 1 AC 615 - <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000720/hall-1.htm>, acesso em 3.10.2014) – decisão esta que deixara intocada a imunidade dos peritos, também aí em causa. Existindo, todavia, uma certa analogia nos factos, esta decisão do *Supreme Court* (tomada por maioria de 5:2) causou estranheza, dada a natureza especial da advocacia.

O precedente acompanha a hierarquia dos tribunais: os tribunais hierarquicamente inferiores estão vinculados pelas decisões dos tribunais superiores que, para eles, constituem *binding precedents*; mas estes não têm a obrigação de seguir as decisões daqueles. Já quanto à obrigação de acatar as decisões anteriores do próprio tribunal (*stare decisis* em sentido técnico), deve dizer-se que a *House of Lords*, até recentemente o tribunal supremo na hierarquia judiciária inglesa, durante muito tempo se considerou vinculada pelas suas decisões anteriores, tendo todavia abandonado essa orientação.⁴⁴⁸

O princípio do *binding precedent* eleva, assim, a decisão judicial ao nível de verdadeira fonte do direito – e daí a caracterização destes sistemas jurídicos como *judge-made law*.⁴⁴⁹ No entanto, esta realidade é relativamente recente: podemos dizer até muito recente, se atendermos aos mais de mil anos de história jurídica inglesa.

Só no século XIX se formou a actual concepção do *binding precedent*. Ainda em meados desse século, Sir JAMES PARKER, renomado juiz do *Court of Exchequer*, ignorava decisões da *House of Lords*.⁴⁵⁰ A profissionalização deste supremo tribunal, com a gradual substituição dos *lay Lords* por *law Lords* (juízes),⁴⁵¹ fortaleceu o seu prestígio e favoreceu a consagração do princípio segundo o qual as suas decisões teriam de ser obrigatoriamente seguidas pelos restantes tribunais.

É certo que BRACTON (séc. XIII) fez já um extensivo uso de casos decididos anteriormente; mas usou-os com intenção restauradora e didáctica, para mostrar aos juristas do seu tempo a superioridade dos antigos juízes e do direito contido nas suas decisões – não para afirmar a regra do precedente tal como a conhecemos hoje.⁴⁵² E, no século anterior, se desenhou a tendência para estabelecer um procedimento e, talvez, para adoptar uns quantos princípios substantivos que, no seu conjunto (procedimento e princípios substantivos), constituíam o *costume do tribunal*, o direito da época. Mas estávamos muito longe do precedente: “*non exemplis, sed rationibus, adjudicandum est*”.⁴⁵³

Cfr. LEE, James, *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court*, págs. 8-11 (http://www.innertemple.org.uk/downloads/education/lectures/lecture_james_lee.pdf - acesso em 3.10.2014).

⁴⁴⁸ A *House of Lords* considerou-se, pela primeira vez, formalmente vinculada pelas suas decisões anteriores em 1861 (*Beamish v Beamish*), tendo confirmado essa decisão em 1898 (*London Street Tramways v London County Council*) - decisão muito criticada porquanto susceptível de estagnar o direito inglês e provocar injustiças: o que sucederia se a *House*, então o tribunal supremo, tivesse errado ao decidir uma determinada questão e se visse forçada, para todo o sempre, a repetir esse erro? Regra que só seria abolida em 1966 pelo Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 WLR 1234. Cfr. VONG, David, cit., págs. 323-324 e *infra*, nota 491.

⁴⁴⁹ HANNA, John, cit., pág. 369.

⁴⁵⁰ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 350.

⁴⁵¹ Em 1834 os *lay Lords* votaram pela última vez numa decisão de recurso da *House of Lords* e em 1844 a sua função como juízes cessou definitivamente: DYMOND, Glenn, *The Appellate Jurisdiction of the House of Lords (Updated November 2009)*, HOUSE OF LORDS, Library Note, 20th November 2009 LLN 2009/010, pág. 7.

⁴⁵² PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 259-260.

⁴⁵³ BRACTON, citado por Chief Justice Bereford em 1315: ARNOLD, Morris S., “*Statutes as Judgments: The Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medieval England*” (1977). Faculty Publications. Paper 1136. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1136>, pág. 339. De notar que a citação é retirada do *Corpus Iuris Civilis (Codex, 7.45.13)*, mas adaptada, pois no original lê-se: *non exemplis, sed legibus iudicandum est*. (Sublinhado nosso.)

A palavra “precedent” parece ter sido usada pela primeira vez em 1557 por DYER,⁴⁵⁴ nos séculos XVI-XVII, a prática do precedente esboça-se a partir do sistema de formação da decisão do colectivo de juízes da *Exchequer Chamber* (e apenas relativamente às decisões deste tribunal);⁴⁵⁵ embora em 1670 o *Chief Justice* VAUGHAN tenha dado um importante contributo para a definição da estrutura da decisão judicial (que haveria de pautar o método da sua caracterização como “precedente”), distinguindo *dicta* das suas restantes partes,⁴⁵⁶ nesta época e no século seguinte, o “precedent” cedia perante a corrente ou orientação jurisprudencial: “two or three precedents cannot prevail against a long *catena* of older authority”.⁴⁵⁷

É no século XIX, como referimos, que o sistema actual se inicia e, com ele, o direito jurisprudencial, a decisão judicial como verdadeira fonte do direito.⁴⁵⁸

3.3.2. Pressupostos

Um regime de precedente judicial requer, necessariamente, uma *clara hierarquia dos tribunais* e um *sistema de registo e acessibilidade* das decisões judiciais (*law reporting*).⁴⁵⁹

Quanto ao primeiro pressuposto: - O primeiro tribunal na hierarquia judiciária inglesa é, desde 2009, o *Supreme Court for the United Kingdom*,⁴⁶⁰ que substituiu a *House of Lords* na função de mais alto tribunal de recurso (*last resort*), separando completa e definitivamente “the most senior judges” do processo parlamentar.⁴⁶¹ É um tribunal de último recurso (das decisões do *Court of Appeal* e, em certos casos, do *High Court of Justice*) com competência restrita a questões de direito (*points of law*) e com jurisdição em todo o Reino Unido. Segue-se-lhe o *Court of Appeal*, que exerce as mesmas funções apenas para Inglaterra e País de Gales, sendo tribunal de recurso das decisões do *High Court of Justice*, dos *County Courts* e dos *Employment Appeal Tribunals*. Em terceiro lugar vem o *High Court of Justice*, que inclui três *Divisions: Chancery, Queen’s Bench e Family*; qualquer destas divisões, que se distinguem pelo âmbito de competência material, funciona como tribunal de recurso mas também, em certos casos, como primeira instância. No nível seguinte – a que, em geral, podemos chamar primeira instância –, temos o *Crown Court* (tribunal criminal para casos de maior gravidade e tribunal de recurso das decisões do *Magistrates’ Court* em matéria criminal) e o *County Court* (cível)

⁴⁵⁴ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 348.

⁴⁵⁵ “[it is] a known rule that after any point of law has been solemnly settled in the Exchequer Chamber by all the judges, we never suffer it to be disputed or drawn in question again.” (Ibidem.)

⁴⁵⁶ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 349.

⁴⁵⁷ COKE, citado por PLUCKNETT (ibidem.)

⁴⁵⁸ *Source pétrifiante* lhe chama PLUCKNETT (ob. cit., pág. 350), chamando a atenção para o imobilismo resultante da aplicação do princípio do precedente.

⁴⁵⁹ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 129. “Lord Bacon said that as Reports are more or less perfect, so the law itself is more or less certain, and, indeed, better or worse” (FOX, J.C., *A Handbook of English Law Reports*, I, Butterworth & Co., London, 1913, pág. 1). Daí que a prática dos juízes, na decisão, citarem casos não publicados – que se verificava ainda no início de oitocentos – tenha sido muito criticada e abandonada (Idem, pág. 5).

⁴⁶⁰ Criado na sequência do *Constitutional Reform Act 2005*.

⁴⁶¹ *Supra*, nota 331.

e, numa espécie de subnível, o *Magistrates' Court*, que funciona como tribunal criminal geral, mas também julga algumas questões civis.⁴⁶²

No que concerne o segundo pressuposto: - A primeira notícia escrita dos casos julgados nos tribunais ingleses parece remontar ao *Glanvill's Treatise* (c.1187), sob a forma de apresentação dos *writs* em uso no *King's Court*, cada qual acompanhado de um comentário.⁴⁶³

No início do século seguinte, surge uma significativa série de registos (*records*) de decisões judiciais e administrativas, os *rolls of the King's Courts* ou *plea rolls*, registos escritos dos julgamentos e procedimentos dos tribunais. Inicialmente, estes registos eram feitos por funcionários reais para fins práticos, de guardar memória das sessões: têm um ar informal, denotam ter sido escritos apressadamente, à medida que a sessão decorria, e nunca ter sido revistos. A partir do século XIV, porém, os *plea rolls* tornam-se mais formais e precisos, numa palavra, profissionais: os historiadores pensam que, por esta altura, a responsabilidade pelo registo dos julgamentos foi transferida dos funcionários do tribunal para os advogados das partes, passando de “merely [an] administrative document[s] for the confidential use of the royal officials” a “document[s] drawn by lawyers in accordance with the learning of their art”.⁴⁶⁴

Entre cerca de 1260⁴⁶⁵ e 1535, os registos dos casos presentes a tribunal foram compilados nos denominados *Year Books*, que, abrangendo um período tão dilatado, assumem, ao longo dele, diversas formas, desde relatórios (*reports*) muito pormenorizados de julgamentos actuais ou, pelo menos, contemporâneos, com alusão não só à actuação como à personalidade de juízes e advogados, num registo – diríamos hoje – jornalístico, até referências de casos mais importantes de acordo com a matéria tratada, elaboradas com o objectivo de permitir o recurso ao argumento de autoridade, por isso incluindo casos mais antigos.⁴⁶⁶

Do ponto de vista estrutural-sistemático, os *Year Books* adoptam normalmente uma arrumação cronológica dos casos; tornou-se, por isso, necessário, ao que se julga para fins didácticos – não esqueçamos que a formação jurídica era feita nos tribunais e nas

⁴⁶² Cfr. http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Images/Layout/courts_structure.pdf e <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/> (acesso em 27.09.2014). Há ainda um conjunto de tribunais de competência especializada que não constam da estrutura geral. De destacar o *Judicial Committee of the Privy Council*, que é o tribunal de último recurso das decisões dos tribunais dos territórios ultramarinos do Reino Unido, das “Crown Dependencies” e de alguns países da *Commonwealth* (sobre os “British Overseas Territories and Crown Dependencies” consultar, por exemplo, <http://www.bbc.co.uk/dna/ptop/plain/A2027008> - acesso em 2.10.2014). Cfr. também SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., capítulos 6 e 9, *max.* os quadros apresentados nas págs. 219 e 292. O *Judicial Committee of the Privy Council* é, assim, algo semelhante ao nosso antigo Conselho Ultramarino (cfr. Decreto-Lei nº 49.146, de 25 de Julho de 1969; sobre o primitivo Conselho Ultramarino [sécs. XVII-XIX], HESPANHA, António Manuel, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 1994-1995, pág. 6), mas posicionado a nível mais elevado no aparelho do Estado e com mais ampla competência.

⁴⁶³ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 256.

⁴⁶⁴ Idem, pág. 258.

⁴⁶⁵ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 273. SLAPPER, Gary/KELLY, David referem a data de 1275 para o início dos *Year Books* (Ob. cit., pág. 130).

⁴⁶⁶ Idem, págs. 268 e ss. “THE Year Books are the Law Reports of the Middle Ages, written by lawyers for lawyers.” (HOLDSWORTH, William Searle, *The Year Books*, Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. 2, cit., pág. 63.) Sobre a autoria privada dos *Year Books*, em detalhe, ver pág. 67.

organizações profissionais de advogados (*Inns of Court*)⁴⁶⁷ e não nas universidades -, elaborar súmulas de casos organizados por assunto: os denominados *Abridgements*.^{468 469} Os casos mais importantes constantes dos *Year Books* encontram-se coligidos e traduzidos nas publicações da *Selden Society*,⁴⁷⁰ sendo que, na sua maior parte, representam direito antigo que interessa fundamentalmente aos estudiosos da história jurídica.

A partir de 1535,⁴⁷¹ os *Year Books* deixam de ser compilados e são substituídos pelos *Law Reports*.⁴⁷² Numa primeira fase (1535-1865) são de iniciativa meramente privada, elaborados por particulares e distribuídos comercialmente. Embora sejam, em regra, conhecidos pelo nome de um reputado jurista (*lawyer* ou *judge*), não há garantia da sua autenticidade,⁴⁷³ escritos de modo muito informal, por vezes como notas só intelegíveis pelo próprio, a sua publicação ocorria com frequência muito depois da morte do autor e, por vezes, em circunstâncias pouco éticas⁴⁷⁴ - o que afectava a qualidade dos *Reports*, ou seja, a sua fidelidade ao caso que reportavam, sendo certo que “the deference which is paid to precedent makes it important that what purports to be precedent should be really so, and that the reliance which is believed to be given to beacons should not have been

⁴⁶⁷ As *Inns of Court* são organizações profissionais de advogados (*barristers*), algo parecido com a nossa Ordem dos Advogados, mas com características muito especiais, que incluem, para além de poderes disciplinares, hospedagem e actividades formativas. (<http://www.barcouncil.org.uk/about-the-bar/what-is-the-bar/inns-of-court/> - acesso em 30.09.2014.) Características que advêm, aqui também, da sua história: <http://www.middletemple.org.uk/about-us/education-and-training/> - acesso em 1.10.2014. Há quatro *Inns*: “The Honourable Society of Lincoln’s Inn” (<http://www.lincolnsinn.org.uk/>), “The Honourable Society of the Inner Temple” (<http://www.innertemple.org.uk/>), “The Honourable Society of the Middle Temple” (<http://middletemplehall.org.uk/>) e “The Honourable Society of Gray’s Inn” (<http://www.graysinn.org.uk/>). Era nas *Inns of Court* que juízes e advogados viviam em conjunto durante o período de funcionamento dos tribunais, uma das bases da “old fellowship” *between Bar and Bench*: HOLDSWORTH, William Searle, *The Year Books*, cit., pág. 75. Sobre a *legal profession* e os seus dois ramos, *infra* ponto 3.7.

⁴⁶⁸ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 273 e ss. O mais célebre *Abridgement* ficou conhecido pelo nome do seu presumível autor, “the Right Reverend Judge Sir Anthony Fitzherbert”, tendo sido publicado em 1516 (sem indicação de autor) e republicado em 1565, já depois da morte de FITZHERBERT (1538) – *Idem*, pág. 275.

⁴⁶⁹ Por seu turno, o registo de *writs* parece ter-se iniciado no século XIII (*Idem*, pág. 277).

⁴⁷⁰ “The Selden Society is the only learned society and publisher devoted entirely to English legal history.” (<http://www.selden-society.qmw.ac.uk/> - acesso em 2.10.2014.)

⁴⁷¹ VEEDER situa o último *Year Book* em 1537 (VEEDER, Van Vechten, *The English Reports, 1537-1865*, *Select Essays...*, vol. 2, cit., pág. 77).

⁴⁷² Trata-se de relatórios (*reports*) de casos julgados; curiosamente, os autores referem-se-lhes normalmente através dos seus compiladores (*reporters*). Distinguem-se dos *records* (*plea rolls*), na medida em que estes são memorandos oficiais dos actos judiciais (*actas*), ao passo que aqueles são relatórios elaborados por profissionais para uso dos “legal practitioners”. “They therefore contain only a brief narration of facts, upon which the records lay the principal stress, but give more fully the arguments of counsel and the grounds of decision.” (BRUNNER, Heinrich, *The Sources of English Law*, cit., págs. 25 e 27.) Dada a sua natureza oficial, aos *records* era tradicionalmente atribuída maior autoridade do que aos *reports*; modernamente, porém, assiste-se a uma identificação entre uns e outros, adquirindo assim estes últimos um nível de autoridade semelhante ao dos primeiros.

⁴⁷³ WALLACE, John William, *The Reporters*, Fourth edition published under the superintendence of Franklin Fiske Heard, Carswell & Co., Edinburgh and Toronto, 1882, pág. 1.

⁴⁷⁴ *Idem*, pág. 12. “Many manuscripts belonging to lawyers of high standing were published without authority, and consequently without any revision. In at least two instances the manuscripts were stolen by servants and published as mere booksellers’ speculations, with various additions from unknown sources” (VEEDER, Van Vechten, cit., pág. 79).

reposed upon false lights.”⁴⁷⁵ Daí a prática, que sobreveio, de submeter os *reports* aos juízes que intervinham nos casos reportados, para revisão e autorização, antes de serem publicados.⁴⁷⁶

Destacam-se, pelo seu relevo, os *Reports* de PLOWDEN, COKE e BURROWS. Estão coligidos e publicados sob o título *English Reports*.

Os *reports* deste período apresentavam-se, como vimos, problemáticos quanto a aspectos importantíssimos para um sistema de *case law*: autenticidade e fidelidade. Problemas a que se somavam a falta de controlo sobre a selecção dos casos a reportar, a oportunidade (momento) da sua publicação e o custo. Por isso, em 1865 foi criado o *Council for Law Reporting*, posteriormente (1870) *The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, criado sob os auspícios das *Inns of Court* e *The Law Society*,⁴⁷⁷ com o objectivo de “producing quicker, cheaper and more accurate reports than had been available previously.”⁴⁷⁸

Desde 1891 os *Law Reports*, sujeitos a revisão prévia pelos juízes que intervieram nos respectivos casos, publicam-se anualmente em quatro secções: Appeal Cases (AC), Chancery Division (Ch), Family Division (Fam) e King’s/Queen’s Bench (KB/QB).

A partir de 1953, o *Council* edita também os *Weekly Law Reports (WLR)*, uma variante mais expedita de publicação dos casos julgados, se bem que considerada de menor autoridade uma vez que não revistos previamente pelos juízes.

Os editores Butterworths publicam semanalmente os *All England Law Reports (All ER)*, com revisão judicial mas sem os argumentos dos advogados.

Jornais especializados, como o *Solicitors Journal* e o *New Law Journal*, também publicam casos judiciais, sucedendo, por vezes, que determinados casos só aí se encontram publicados – situação em que podem ser citados em tribunal. Em iguais circunstâncias podem ser citados casos publicados em jornais não especializados, como *The Times* ou *The Independent*, desde que elaborados por pessoas qualificadas.⁴⁷⁹

Devem referir-se, ainda, os *Specialist Reports*, publicações de casos sobre determinados temas ou sectores jurídicos: direito do trabalho, direito bancário, direito fiscal, direito criminal, por exemplo.

Falando de acessibilidade das decisões judiciais, refira-se ainda a existência de bases de dados electrónicas, bem como o sítio do *British and Irish Legal Information Institute* (www.bailii.org).⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ WALLACE, John William, cit., pág. 1.

⁴⁷⁶ O *Act of 1662* proibiu a impressão de *law books* sem o “imprimatur” do *Lord Chancellor*, de dois *Chief Justices* e do *Chief Baron*. Este regime censório terminou em 1695 mas a prática da autorização prévia continuou: em 1699, o *Chief Justice HOLT* “said that no books ought to be cited at the bar but those which were licensed by the judges” (FOX, J.C., cit., págs. 2-3).

⁴⁷⁷ <http://www.lawsociety.org.uk/> - acesso em 2.10.2014.

⁴⁷⁸ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 130; cfr. tb. VEEDER, Van Vechten, cit., págs. 94-95.)

⁴⁷⁹ Pelo *Courts and Legal Services Act 1990*, os *solicitors* e *barristers* foram considerados pessoas qualificadas para este efeito (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 131).

⁴⁸⁰ *Idem*, págs. 130-132. De notar que todas estas publicações provêm de fontes privadas, não oficiais, se bem que, como se referiu, algumas beneficiem de revisão judicial. Daí resulta um certo grau de indeterminação: cfr. nota seguinte.

3.3.3. Método

Como funciona o precedente?

Uma das questões mais difíceis neste âmbito, especialmente para um jurista de formação romano-germânica, é a de identificar, perante o relatório de um caso, o precedente; pois nem tudo o que dele consta condiciona decisões posteriores.⁴⁸¹

Numa primeira operação, haverá que distinguir, na estrutura da decisão judicial, duas partes distintas: - a *ratio decidendi* e o(s) *obiter dictum(a)*.

A *ratio decidendi* é a norma jurídica (*rule of law*) que fundamenta a decisão do caso, a regra que o tribunal aplica ao resolver o problema (litígio) posto pelos factos relevantes (*material facts*) apurados. Norma fundamento da decisão que se obtém, por abstracção (indução), a partir desses mesmos factos.⁴⁸²

O *obiter dictum* (ou os *obiter dicta*)⁴⁸³ é a consideração ou considerações feitas pelo tribunal na decisão que vão para além da *ratio decidendi*, servindo para tornar claro um raciocínio, opinião ou conclusão.⁴⁸⁴

A *ratio decidendi* constitui o precedente; o *obiter dictum* ou os *obiter dicta* não fazem parte do precedente mas podem vir a ser tomados em conta em caso futuro “if the judge in the later case considers it appropriate to do so.”⁴⁸⁵

Esta é, por conseguinte, uma distinção fundamental, sem a qual não é possível isolar, identificar e aplicar o precedente; se bem que, na prática, as decisões judiciais não separem essas diferentes partes,⁴⁸⁶ o que levanta, desde logo, o, por vezes bem complexo, problema de identificar a *ratio decidendi* de uma determinada decisão.⁴⁸⁷

⁴⁸¹ Por isso, o conselho aos iniciandos: “Students should always read cases fully; although it is tempting to rely on the headnote at the start of the case report, it should be remembered that this is a summary provided by the case reporter and merely reflects what that person thinks the *ratio* is. It is not unknown for headnotes to miss an essential point in a case.” (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 153.)

⁴⁸² Idem, pág. 522. Génesis que determina uma diferença fundamental entre a *ratio decidendi* e a norma legal (“um artigo de um código”): a primeira nunca se desliga por completo do caso em que foi formulada (precedente ou *source case*), tendo antes de ser considerada, na sua aplicação ao caso decidendo, “em directa referência ao caso concreto de que foi fundamento de decisão e não distraído desse caso ou tomado abstractamente apenas em si, posto que esse critério só cobra o seu sentido normativo enquanto justamente fundamento jurídico do caso decidido – por referência aos *material facts*’ e em função deles.” (NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”*..., cit., págs. 66-67.) Donde a aí citada síntese de TAMMELO: “le jugement d’un cas ne résulte pas du droit”, “c’est au contraire le droit qui résulte du jugement d’un cas” (Idem, pág. 67, nota 139). A *ratio decidendi* é uma norma que nem é “geral e abstracta”, tal como nós entendemos as normas legais (em que os casos concretos, já de si libertos das impurezas da vida, são “assimilados numa qualquer representação conceitual”), nem é “absolutamente individual”, na medida em que se objectiva na ponderação de caso a caso obtida pela mediação dos princípios (Ibidem e nota 137). Sobre o sentido dos *principles* no *common law*, *supra* nota 440.

⁴⁸³ Consideração ou considerações feitas “de passagem”, “by the way”.

⁴⁸⁴ “*Dicta* include propositions stated by way of illustration and those stated on hypothetical facts. Legal principles in judgments delivered by a court not in a hierarchical position to bind the present court also fall to be considered in the same category.” (VONG, David, cit., págs. 336-337.)

⁴⁸⁵ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 153. “*Dicta* possess merely persuasive authority although they may carry great weight if delivered by an appellate court. Lower courts regard the House of Lords’ *dicta* with particular reverence.” (VONG, David, cit., pág. 336.)

⁴⁸⁶ VONG, David, cit., pág. 335.

⁴⁸⁷ Complexidade que decorre das seguintes circunstâncias: - não separação formal, nas decisões, da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*; - possibilidade de o sumário elaborado pelo *case reporter*, colocado no início do relatório, não identificar correctamente a *ratio decidendi*; - extensão das decisões tornadas acessíveis

Esta operação de identificação da *ratio decidendi* compete ao juiz perante quem o caso anterior é citado (normalmente por iniciativa do advogado de uma das partes) – juiz que decide qual é a *ratio decidendi* do invocado precedente e se se considera (ou não) vinculado por ele.⁴⁸⁸

A complexidade desta operação e o papel do juiz do caso *sub judicio* conduzem a uma maior liberdade de decisão do que, à primeira vista, se esperaria de um sistema de *binding precedent*.

O tribunal dispõe de dois mecanismos para afastar o precedente: *overruling* e *distinguishing*.

No primeiro caso, um tribunal de hierarquia superior afasta uma norma jurídica que fundamentou uma decisão anterior, emanada de um tribunal inferior, sobre factos análogos, a *ratio decidendi* dessa decisão anterior – foi, por exemplo, o que sucedeu quando a *House of Lords*, ao decidir o caso *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd* (2005),⁴⁸⁹ “overruled” o precedente constituído no caso *Siebe Gorman and Co Ltd v Barclays Bank Ltd* (1979), decidido pela *Chancery Division* do *High Court of Justice*.^{490 491}

pelos *reports*; - em caso de tribunal colectivo, existência de considerações feitas por diversos juízes que, concordando embora com a decisão, podem fundamentá-la de modo diferente (cfr., para um exemplo retirado da jurisprudência do *Supreme Court*, LEE, James, cit., pág. 14); - neste último caso, possibilidade de nem todos os juízes concordarem com a decisão final, o que se traduzirá na respectiva declaração (a que, entre nós, se chama voto de vencido), mas que ali não é autonomizada do conjunto da decisão (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 154). Cfr. também VONG, David, cit., págs. 332 e ss.

⁴⁸⁸ Que isto seja assim – que caiba ao juiz do caso decidendo a tarefa da selecção, qualificação e afirmação do precedente que perante ele é invocado e que disponha de uma certa margem de liberdade na sua realização - compreender-se-á melhor se atentarmos em que é o caso decidendo – e não uma norma que se houvesse objectivado a partir da decisão do *source case* – o *prius* metodológico nessa selecção; é a partir do caso decidendo que o juiz, operando com todo o arsenal jurídico à sua disposição, em particular com os princípios cujo sentido foi já precisado, decide qual a *ratio decidendi* do invocado precedente e se essa *ratio decidendi* é adequada ao caso presente – “em último termo ‘é a *ratio* do juiz que decide aqui sobre a *ratio iuris*’” (NEVES, A. Castanheira, ult. ob. cit., págs. 62 e ss., *max.* notas 131 e 134).

⁴⁸⁹ *Supra*, nota 443. Para uma sùmula das características fundamentais do sistema do precedente judicial, ver o *Opinion Statement* de LORD NICHOLLS OF BIRKENHEAD (pontos 4. a 7.).

⁴⁹⁰ <http://swarb.co.uk/siebe-gorman-co-ltd-v-barclays-bank-ltd-chd-1979/> (acesso em 3.10.2014), onde se pode ver o respectivo sumário bem como a “cadeia” de casos ilustrativa da aplicação do princípio do precedente: caso que seguiu e casos em que foi citado (seguido ou afastado).

⁴⁹¹ Fala-se ainda de *overruling* quando o tribunal se afasta de decisões anteriores suas, quebrando o princípio *stare decisis*, entendido em sentido estrito (*supra*, nota 442), por vezes também designado *horizontal stare decisis* (LEE, James, cit., pág. 1) – aspecto de grande importância na medida em que é a única forma de corrigir erros do tribunal supremo (*Supreme Court* e, antes, *House of Lords*), abandonando “our pretension to infallibility” (LORD BRIDGE, citado por SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 140). [Note-se que há autores que, reservando o termo *overruling* para a revogação por um tribunal de hierarquia superior de precedentes provindos de tribunais inferiores, preferem a designação *departure* para a situação aqui prefigurada, a de afastamento de precedente pelo próprio tribunal que o constituiu: LEE, James, cit., pág. 5.] Esta é a doutrina firmada pela *House of Lords* no *Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 WLR 1234* e mantida pelo *Supreme Court* (*Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark [2010] UKSC 28*). Sobre este *Practice Statement*, LEE, James, cit. Dada a importância da matéria, se no recurso (*appeal*) se pretender que o *Supreme Court* afaste (*depart from*) um dos seus precedentes ou da *House of Lords*, terá de constar do requerimento (*application for permission to appeal*) a indicação expressa da pretensão e respectivos fundamentos (*full details must be given*): The Supreme Court, Practice Direction 3.1.3. (<http://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-03.html> - acesso em 3.10.2014). Nesse caso, o tribunal será constituído por mais de cinco juízes (*enlarged panel*): LEE, James, cit., pág. 15.

Sobre este mecanismo, há a salientar duas notas importantes: por um lado, não deve confundir-se *overruling* com *reversing*, embora tenham em comum o facto de serem ambos utilizados por um tribunal hierarquicamente superior em relação a decisões de um tribunal que lhe é inferior: *overruling* tem a ver com a *ratio decidendi* de uma decisão judicial anterior, isto é, o que o tribunal superior afasta é a *norma jurídica* declarada por essa decisão e invocada para lhe servir de fundamento (norma agora considerada não-direito, excluída do sistema, e, por isso, inaplicável a futuras decisões); *reversing* é a revogação de uma decisão de um tribunal por um outro que lhe seja superior na hierarquia judiciária.⁴⁹² Por outro lado, o *overruling* opera retroactivamente (*ex tunc*), o que suscita questões melindrosas na medida em que altera o direito aplicável desde a data da decisão do caso afectado,⁴⁹³ a cuja luz outros casos podem ter sido decididos e em que os destinatários eventualmente confiaram para organizar a sua conduta, o que reduz claramente o nível de segurança jurídica.⁴⁹⁴ Por isso, a *House of Lords* (LORD NICHOLLS) estabeleceu em 2005,⁴⁹⁵ se bem que a título excepcional, o princípio do *prospective overruling*, ou seja, o princípio segundo o qual o *overruling* de um caso só funciona para futuro (*ex nunc*), não afectando as decisões proferidas até então.⁴⁹⁶

O outro mecanismo à disposição dos juízes para afastar ou evitar o precedente é o *distinguishing*. Aqui, o tribunal compara os factos relevantes (*material facts*) do caso que tem entre mãos com os do caso anterior, concluindo que são diferentes, razão pela qual não se considera vinculado pela decisão anterior, na justa medida em que esta respeita a um caso ou problema diferente, que, por isso, reclama uma decisão também diferente.

⁴⁹² Distinção que possibilita várias alternativas práticas: - o tribunal superior pode “to overrule” a *ratio decidendi* de uma decisão mas não revogar a decisão em si, tendo chegado à mesma conclusão por uma razão diferente; - o tribunal superior pode concordar com a *ratio decidendi* da decisão do tribunal inferior, mas não com a sua aplicação ao caso concreto, revogando a decisão (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 158). O *reversing* coincide com a revogação de sentença por um tribunal superior, em sede de recurso, no nosso sistema – com a diferença de que a norma cuja aplicação foi julgada errada ou deficiente é, aqui, em regra, uma norma legal enquanto no direito inglês e no âmbito do precedente se trata de uma norma jurisprudencial.

⁴⁹³ Ou, para os partidários da *declaratory theory*, não muda o direito mas a interpretação que dele fazem os tribunais, substituindo uma interpretação errada por outra (porventura) correcta. Sobre a *declaratory theory*, segundo a qual “judges do not make law but only declare and publish it”, ver HANNA, John, cit., pág. 369.

⁴⁹⁴ Contrariando uma das regras de ouro do *common law*, apostado, essencialmente através da regra do precedente, em garantir “a high degree of certainty in the law” – donde a consideração de que quanto mais antigo for o precedente maior será a sua autoridade. Preocupação que compreensivelmente justifica uma especial relutância em revogar (“overrule”) precedentes antigos, em vista da retroactividade do *overruling* (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 157).

⁴⁹⁵ No já citado caso *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd*: cfr. SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 155-156. Apesar da afirmação da possibilidade excepcional de *prospective overruling*, a *House of Lords* recusou a sua aplicação ao caso em apreço, por entender não estarem aí verificadas as condições dessa excepcionalidade (LORD NICHOLLS, 43). Decisão muito criticada: GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 8, nota 25.

⁴⁹⁶ São elucidativos os argumentos finais de LORD NICHOLLS (n.ºs 39-41), que contêm os fundamentos essenciais da introdução judicial do *prospective overruling*: - a legitimidade dos tribunais para, no âmbito do *common law*, procederem a essa inovação; - o interesse em não afectar situações e decisões anteriores, consolidadas na convicção da existência e validade de determinada norma ou solução jurídica, que toca, no fundo, o objectivo essencial dos tribunais: “to administer justice fairly and in accordance with the law”; - a necessidade de evitar a rigidificação do sistema jurídico (“sign of weakness, not strength”), abrindo-o à inovação que o dote da flexibilidade necessária para enfrentar tempos de mudança: “‘Never say never’ is a wise judicial precept, in the interest of all citizens of the country.” Refira-se, todavia, que o mecanismo do *overruling* é usado muito raramente: SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 158.

Compreendendo-se o raciocínio – a mesma solução não serve para problemas diferentes -, o ponto está na definição ou delimitação dos “factos relevantes”. Como se faz a distinção entre “factos relevantes” (*material facts*) e “factos irrelevantes” (*immaterial facts*) para a decisão do caso? Qual o seu critério?

A análise deste ponto começa por nos deixar uma sensação de discricionariedade ou mesmo arbitrariedade:⁴⁹⁷ - “A simple illustration of the effect of the selection of material facts in the making of a precedent is found in *Rylands v. Fletcher*.⁴⁹⁸ The facts were that (1) defendant had a reservoir built on his land (2) by an independent contractor (3) who was negligent; (4) water escaped and (5) injured the plaintiff. The court regarded the facts of the independence of the contractor and his negligence as immaterial. The principle stated is at least one of absolute liability on the landowner for injury done by the escape of water stored thereon with his consent.”⁴⁹⁹ É evidente que se o tribunal tivesse qualificado como relevantes (*material*) os factos (2) e (3) – independência do fornecedor e a sua negligência -, a solução seria outra.

A conclusão de SLAPPER & KELLY não pode ser mais clara: “Judges use the device of distinguishing where, for some reason, *they are unwilling to follow a particular precedent* and the law reports provide many examples of strained distinctions where a court has quite evidently *not wanted to follow an authority* that it would otherwise have been bound by.”⁵⁰⁰ Talvez a razão esteja com Sir JOHN SALMOND quando “attributes the unique eminence of common-law precedent to the powerful and authoritative position always occupied by English judges.”^{501 502}

Para compreendermos se se trata de pura manipulação⁵⁰³ na escolha do caso-precedente ou dos *material facts* ou se, pelo contrário, esses processos de selecção obedecem a uma

⁴⁹⁷ *Infra*, nota 503.

⁴⁹⁸ *Rylands v Fletcher* [1868] UKHL 1 (17 July 1868) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html> (acesso em 3.10.2014). Sobre a selecção dos factos relevantes feita pela *House of Lords* neste caso e o modo como o precedente foi seguido em decisões posteriores, consultar <http://www.e-lawresources.co.uk/Rylands-v-Fletcher.php> (acesso em 3.10.2014).

⁴⁹⁹ HANNA, John, cit., pág. 370 (itálico nosso).

⁵⁰⁰ Ob. cit., pág. 158 (itálico nosso).

⁵⁰¹ HANNA, John, cit., pág. 376. “English lawyers, of all men, should believe in the power of the great judge.”: FIFOOT, C. H. S., *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, Published under the auspices of THE HAMLYN TRUST, Stevens and Sons Limited, London, 1959, pág. 12; ATIYAH, P. S., cit., pág. 44.

⁵⁰² Deve dizer-se que, para além dos mecanismos de exclusão de um precedente referidos no texto (*overruling*, *distinguishing* e a *departure* constante do *Practice Statement 1966*), há ainda o da *earlier decision per incuriam*, ou seja, a situação em que a decisão anterior (que constituiria a *source decision* ou precedente) ignorou, por sua vez, um precedente que vinculava o tribunal que a proferiu (“had overlooked a relevant authority”: Vong, David, cit., pág. 338; o critério de definição da *earlier decision per incuriam* foi estabelecido por LORD EVERSLED em *Morelle Ltd v Wakeling* [1955] EWCA Civ 1), desde que a decisão declarada *per incuriam* não promane de um tribunal hierarquicamente superior ao que faz essa declaração, caso em que este último (tribunal hierarquicamente inferior) não a pode fazer. Doutrina que a *House of Lords* deixou meridianamente clara em *Broome v Cassell & co. Ltd* [1971] CA (http://sixthformlaw.info/01_modules/mod2/2_1_1_precedent_mechanics/09_precedent_denning.htm - acesso em 6.10.2014) O afastamento do precedente *per incuriam* só é, pois, permitido, ao próprio tribunal que o proferiu ou a um tribunal superior.

⁵⁰³ “The suggestion has been made that judges decide the outcome of the case first of all and only then seek some *post hoc* legal justification for their decision; and given the huge number of precedents from which they are able to choose, they have no great difficulty in finding such support as they require.” (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 523.) Actuação que é, todavia, vista como perfeitamente natural: “The [judge] deals with the particular dispute before him and, instead of reasoning from an abstract principle to

metodologia específica, convirá que nos detenhamos um pouco no esquema de operações intelectuais típico dos juízes do *common law*: *legal reasoning* ou *judicial reasoning*.⁵⁰⁴

O método utilizado desdobra-se em várias operações: a) selecção do precedente; b) qualificação do precedente; c) distinção da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta* do precedente seleccionado; d) possível afastamento do precedente; e) decisão do caso.

a) A selecção do precedente implica a determinação dos “factos relevantes” (*material facts*) – determinação essa que se obtém distinguindo, no conjunto dos factos que integram o caso decidendo (*target case*), os relevantes dos não relevantes para a sua decisão. O juiz serve-se aqui da intuição, conhecimentos e experiência, que normalmente incluirá o estabelecimento mais ou menos imediato de conexões com casos anteriores e as *rules of law* neles definidas.⁵⁰⁵ É claro que a tarefa tanto pode ser relativamente fácil para um juiz experiente como bastante mais complexa: “In some cases the material facts are few and easy to grasp. In others the judge enters an appalling domain of economic, social and individual facts about which there are profound disagreements.”⁵⁰⁶

Identificados os factos relevantes do caso decidendo, recorre-se ao raciocínio por analogia (*reasoning by analogy*), procurando semelhanças ou afinidades com os factos relevantes do *source case*. Aqui também, as dificuldades são apreciáveis: “In short: Everything is a

a concrete result, *feels his way to the right conclusion* and, within the limits permitted by prior authority, shapes his statement of principle to reach that conclusion.” (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 21 – itálico nosso.) De “libre invention du droit” nos fala, a este respeito, TAMMELO: “les décisions prises par référence à de telles *rationes decidendi* constituent en vérité de libres “inventions” du droit, une *freie Rechtsfindung* dans le sens de Ernst Fuchs et Hermann Kantorowicz. Cette libre invention du droit dans le processus judiciaire de la *common law* n’est pas nécessairement un procédé arbitraire. Il est gouverné par les considerations de justice tenant compte des opinions raisonnables predominantes dans la communauté donnée concernant ce qui est bon ou mal dans les circonstances juridiquement importantes”. (NEVES, A. Castanheira, ult. ob. cit., pág. 64, nota 134.) – explicação que apela abertamente ao *intuicionismo* da Escola do Direito Livre (cfr. NEVES, A. Castanheira, *Escola do Direito Livre*, Polis, 2, cit., col. 1021-1032). Quanto à grande “oferta” de precedentes, facilitada pela evolução do sistema de *case reporting*, ver, por exemplo, a selecção dos “contract law milestone cases” em <http://lawi.org.uk/contract-law-milestone-cases/> (acesso em 9.10.2014), que apresenta nada menos do que 226 casos (entre os quais, a título de curiosidade, o *Banco de Portugal v Waterlow (BAILII: [1932] UKHL 1) [1932] AC 452 (nº 13)*, relativo ao conhecido escândalo do “Banco Angola e Metrópole”).

⁵⁰⁴ Esquema eminentemente prático: “By ‘legal reasoning’, I mean finding rational support for legal conclusions (general or particular – that there is an income tax in English law, that the law requires *me* to drive on the left in *this* country, that *this* defendant is liable to compensate *this* claimant...). I do not mean by it merely reasoning that identifies the content of the law, but also reasoning as to what is to be done according to law. (ENDICOTT, Timothy A. O., *Legal Interpretation*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper No 39/2011, June 2011, pág. 4).

⁵⁰⁵ “... judges do not in fact use any form of logical reasoning to decide their cases, but simply deliver decisions on the basis of an intuitive response to the facts of the case and the situation of the parties involved.” (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 523.) Sobre este processo de decisão e suas dificuldades, WAHLGREN, Peter, cit., págs. 208-209.

⁵⁰⁶ HANNA, John, cit., pág. 371. Na ausência de critérios específicos, o juiz goza de uma ampla liberdade de decisão na selecção dos factos relevantes do caso decidendo (*target case* ou *instant case*) – cfr. LAMOND, Grant, “*Precedent and Analogy in Legal Reasoning*”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>., ponto 2.1.2. (acesso em 7.10.2014); no entanto, como a norma aplicável será, em princípio, encontrada num caso anterior (precedente), o juiz seguirá normalmente os critérios de selecção dos *material facts* utilizados pelo tribunal nesse caso anterior, expressa ou implicitamente: HANNA, John, cit., pág. 370, nota 17, descrevendo o guia preparado pelo Professor GOODHART. Repare-se que se trata de um guia ou manual para a interpretação da decisão anterior, não de regras vinculativas; o precedente e todas as operações que lhe estão associadas radicam, no essencial, na *prática geralmente aceite*.

little bit similar to, or different from, everything else. Perhaps better: Everything is similar in infinite ways to everything else, and also different from everything else in the same number of ways. At the very least one needs a set of criteria to engage in analogical reasoning. Otherwise one has no idea what is analogous to what.”⁵⁰⁷ Esses critérios só podem ser encontrados nos *fixed points*⁵⁰⁸ constituídos, justamente, por princípios ou normas que resultam de precedentes – num círculo vicioso: as normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso decidendo resultam das decisões anteriores (precedentes) / a identificação e selecção desses precedentes pressupõem o conhecimento das normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso decidendo.⁵⁰⁹

O recurso à analogia – que já foi considerada “the central feature of the common law method”⁵¹⁰ – tem a vantagem de permitir seleccionar o caso anterior (precedente) análogo ao que se tem para decidir de modo a melhor servir o objectivo (resultado) que se pretende;⁵¹¹ e a desvantagem da indeterminação, na medida em que necessita de um mínimo de consenso sobre, ou grau de homogeneidade entre, os termos da comparação.⁵¹² No entanto, já se notou que a técnica do precedente difere da analogia na medida em que, enquanto esta pressupõe, em princípio, a liberdade de escolha entre várias opções possíveis, naquela não há essa liberdade: “Although lawyers use analogies frequently, the use of analogies by lawyers does not support the view (Hofstadter, 1995) that analogical reasoning is all or even most of legal reasoning, precisely because the obligatory following of earlier decisions is substantially different from the selection of an analogy to illuminate or inform a current decision. An argument from precedent does require an initial determination of relevant similarity, but from there the paths diverge, and the typical use of precedent, especially by judges, bears far less affinity to analogical reasoning than most psychologists and perhaps even some lawyers appear to believe.”⁵¹³

b) Uma vez identificado o precedente – o que, como vimos, não é tarefa fácil -, há que qualificá-lo: *binding* ou simplesmente *persuasive*? Sabemos que o critério base é o da posição hierárquica do tribunal que proferiu a decisão, mas que a análise e a decisão final cabe ao juiz do *instant case*, o qual dispõe de diversos mecanismos para não o seguir,

⁵⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R., *On Analogical Reasoning*, Harvard Law Review, Vol. 106, No. 3. (Jan., 1993), pág. 774.

⁵⁰⁸ Idem, pág. 778.

⁵⁰⁹ Donde a necessidade de construir ou, pelo menos, investigar e testar, padrões ou referenciais que fundamentem e justifiquem as semelhanças entre o *target case* e o *source case* que conduziram ao uso do precedente: Idem, págs. 756-757. Autor que exemplifica com a decisão do juiz HOLMES em *Buck v Bell (1927)* – http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/200#writing-USSC_CR_0274_0200_ZO (acesso em 7.10.2014).

⁵¹⁰ Idem, pág. 781. “The common law - the product and the most celebrated locus of analogical reasoning...”: idem, pág. 754.

⁵¹¹ “An implicit but rarely analyzed implication of the standard picture of analogy is that the analogical reasoner typically has a choice of source analogs, and that the source analog selected is one that is ‘potentially useful’: SCHAUER, Frederick, *Why Precedent...*, cit., pág. 6. Considerando a analogia utilizada na selecção do precedente no *common law* uma “analogia problemática”, sendo a identidade requerida entre o *source case* e o *instant case* uma identidade analógico-material ou analógico-concreta, NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos” ...*, cit., págs. 63 e ss.

⁵¹² SUNSTEIN, Cass R., cit., págs. 769 e ss.

⁵¹³ SCHAUER, Frederick, *Why Precedent...*, cit., pág. 3. Autor que dá aqui uma ênfase à obrigatoriedade do precedente porventura em termos de excessiva rigidez, se considerarmos o que já foi exposto sobre as possibilidades de o juiz do caso decidendo afastar o precedente.

a começar pela identificação da *ratio decidendi* e a acabar no *distinguishing*.⁵¹⁴ E que, ressalvada a matriz cultural longamente desenvolvida e geralmente estimada, o juiz inglês, através do *distinguishing*, pode eximir-se a replicar uma decisão que reputa errada ou desadequada – ponto é que cumpra as regras da boa prática no uso desse instrumento.^{515 516}

c) Seleccionado e qualificado o precedente, passa-se à identificação do seu núcleo (a *ratio decidendi*), distinguindo-o das partes acessórias (os *obiter dicta*). Esta operação faz-se por abstracção ou indução a partir dos *material facts* identificados⁵¹⁷ – eles próprios comportando já um certo nível de abstracção ou generalização relativamente aos *raw facts* (factos tal como surgem na realidade)⁵¹⁸ – com o objectivo de explicitar o princípio ou norma jurídica definida pelo precedente, com base na qual este foi decidido e mediante cuja aplicação se decidirá o caso *sub judicio*.^{519 520}

⁵¹⁴ O sistema assenta numa espécie de convenção implícita, num *gentleman's agreement*, numa prática a que os juízes aderem por uma questão de cultura, de princípio, deontológica (lealdade dos tribunais inferiores para com os superiores, como lembrou LORD HAILSHAM – *supra*, nota 502), por, na sua grande maioria se não generalidade, estarem convictos da superioridade do próprio sistema em ordem a “to serve the underlying objective of the courts of this country: to administer justice fairly and in accordance with the law.” (LORD NICHOLLS – *supra*, nota 496). “Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comment from other judges. Needless to say, there are not many examples of such comment in the law reports because the *obligation to follow a practice derives its force from the fact that the practice is followed with a high degree of uniformity.*” (DUXBURY, Neil, *The Authority of Precedent: Two Problems*, págs. 2-3 - <https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf> - acesso em 7.10.2014 - itálico nosso).

⁵¹⁵ O que não quer dizer que não tenha havido juízes, altamente colocados, a desafiar o sistema: lembre-se LORD DENNING, Master of the Rolls, juiz do *Court of Appeal*, e o caso paradigmático *Broome v Cassell Co. Ltd.* e a não menos paradigmática resposta da *House of Lords* pela voz de LORD HAILSHAM (VONG, David, cit., págs. 325-326).

⁵¹⁶ Liberdade do juiz a que nos temos vindo a referir e que resulta de “uma diferenciação material e uma flexibilidade normativa, próprias da sua ponderação *in concreto* – e assim com todas as adaptações, modificações e *distinguos* que essa ponderação implica.” (NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”* ..., cit., pág. 78.)

⁵¹⁷ Método indutivo que, partindo dos factos do caso concreto para o estabelecimento de um princípio ou norma jurídica, é o que melhor se adapta às constantes mutações da vida real, em particular naqueles sectores, como o comércio, em que a mudança é mais intensa: GOODE, Roy, ult. ob. e loc. cit. Método indutivo que, permitindo esta flexibilidade, traz também consigo, como ficou já anotado, uma certa dose de indeterminação: NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos “Assentos”* ..., cit., pág. 64, nota 134.

⁵¹⁸ VONG, David, cit., pág. 334.

⁵¹⁹ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 522. Referindo-se à dificuldade desta operação de identificação da *ratio decidendi*, Sir ANTHONY MASON fala em explorar “the arcane mysteries of divining the ratio.” (*The Use and Abuse of Precedent*, cit., pág. 14.)

⁵²⁰ Um exemplo da técnica de selecção do precedente e identificação do seu núcleo pode ver-se em *New Zealand Shipping v Satterthwaite [1975] AC 154 Privy Council* (http://www.thomsonreuters.com.au/product/AU/files/720502512/contract_p4_new_zealand_shipping.pdf - acesso em 8.10.2014) em que o tribunal seguiu a decisão do High Court of Justice em *Scotson v Pegg (1861) 158 ER 121* (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1861/J2.html> - acesso em 8.10.2014), por considerar existir, em ambos os casos, *valid consideration*, resultante da existência de reciprocidade entre um *benefício* e um *encargo*: benefício para o *promisor* (expedidor, dono da máquina, no primeiro caso / *Pegg*, no segundo) e encargo para o *promisee* (operador portuário, no primeiro caso / *Scotson*, no segundo). Isto mesmo se alcança da comparação das normas definidas nestes dois casos (*rationes decidendi* de ambas as decisões): “the promisee obtains the benefit of a direct obligation” / “any act done whereby the contracting party receives a benefit is a good consideration for a promise by him.” Sobre a *consideration*, figura típica do direito anglo-saxónico que a respectiva doutrina tem aproximado à *causa* do contrato do *civil law*, ver, entre outros, McKENDRICK, Ewan, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, sixth edition, Oxford University

d) Identificado e qualificado o precedente, e isolada a respectiva *ratio decidendi*, poderá o tribunal não o seguir: - se se tratar de um precedente meramente persuasivo, que o juiz apenas seguirá se entender, logo, se aderir à sua doutrina;⁵²¹ - tratando-se de um precedente obrigatório (*binding precedent*), através dos expedientes já revistos,⁵²² em especial o *distinguishing*.

e) Existindo precedente e não havendo lugar ao seu afastamento, o tribunal decide o caso *sub judicio* pela aplicação da norma jurídica constituída pela sua *ratio decidendi* – aplicação feita com recurso ao método dedutivo.⁵²³

Press, Oxford, UK, 2014, págs. 143 e ss; KRAMER, Adam, *Contract Law, An Index and Digest of Published Writings*, Hart Publishing, Portland, USA, 2010, 3.6; TREITEL, The Law of Contract (13th edition, Sweet & Maxwell, 2011, edited by Edwin Peel); CORDEIRO, António M. Menezes, *Negative Pledge: um estudo comparatístico*, O Direito, ano 142º, 2010, III, págs. 517-520; CALLEROS, Charles, *Cause, Consideration, Promissory Estoppel and Promises Under Deed: What Our Students Should Know About Enforcement of Promises in a Historical and International Context* (<http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Charles-Calleros-Cause-Consideration-Promissory-Estoppel-Calleros1.pdf> - acesso em 15.10.2014); *The Law Revision Committee's Sixth Interim Report*, The Modern Law Review, vol. I, nº 2, September 1937 (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1937.tb00011.x/pdf> - acesso em 15.10.2014); Study Group on a European Civil Code (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, art. II.-4:101, *max.* Comentário E.).

⁵²¹ De modo semelhante ao que se passa entre nós, em que o tribunal pode aderir à doutrina estabelecida por decisões anteriores, as quais, uma vez suprimidos os assentos, não o vinculam mesmo que dimanadas do Supremo Tribunal de Justiça. Note-se, porém, que, embora não tenham os actuais acórdãos de uniformização de jurisprudência valor vinculativo, nem para o Supremo nem para qualquer outro tribunal, são considerados *precedentes persuasivos* – e até altamente persuasivos: GERALDES, António Santos Abrantes, *Recursos em Processo Civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 497-498 (edição anterior à reforma do CPC de 2013 mas relativamente a matéria não alterada: o art. 732º-B, aqui em anotação, converteu-se, sem qualquer alteração para além da renumeração, no art. 687º do “novo” CPC). Os nossos acordãos uniformizadores correspondem, pois, aos *precedentes de facto* de que nos fala CASTANHEIRA NEVES (*O Instituto dos “Assentos”...*, cit., págs. 59-60, nota 126); e cuja força, se bem que em tese apenas persuasiva, foi acentuada pela disposição do art. 678º, 2, c) do CPC (hoje, art. 629º, 2, c)), norma que teve como objectivo obrigar o juiz a “ponderar os *efeitos substantivos e processuais* [da sua decisão], entre os quais se insere a previsibilidade quanto aos resultados em caso de interposição de recurso, o que, sem pôr em causa a liberdade de decisão, permite compatibilizá-la com [o d]a eficácia do sistema jurisdicional” (GERALDES, António Santos Abrantes, cit., pág. 499) – ou seja: forçar o juiz, excepto em casos extremos dificilmente verificáveis ou de manifesta desactualização, a seguir a jurisprudência uniformizada do STJ. Não estamos longe, nos efeitos práticos, do *binding precedent* do direito inglês – só que, entre nós, mediante imposição legal, mesmo que por portas travessas. Tema que se discute actualmente no Brasil, a propósito do instituto da *símula vinculante*, semelhante aos nossos antigos assentos: ver, para uma breve notícia, SCHNEIDER, Juliana Cordeiro, *Considerações Dogmáticas e Filosóficas do Instituto da Símula Vinculante*, RIDB, Ano 3 (2014), nº 6, 4591-4613; SILVA, Maria Coeli Nobre da/LEITE, Maria Oederlânia Torquato, *Os Precedentes Judiciais Vinculantes e a Perda da Centralidade do Código no Sistema Civil Law: a Especificidade Brasileira*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, págs. 1441 e ss.

⁵²² Cfr. *supra*, *max.* nota 502.

⁵²³ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 522. Referindo-se aos métodos utilizados pelos juízes anglo-saxónicos na identificação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, HANNA, John, cit., pág. 376, nota 43. Sobre os métodos (ou processos metodológicos) dedutivos e indutivos, MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., págs. 57 e ss.; e para o raciocínio jurídico (ou metodologia de aplicação do direito), *Filosofia do Direito*, cit., págs. 495 e ss. – donde se retira uma muito maior proximidade metodológica entre o direito europeu continental e o *common law* do que à primeira vista poderia parecer: “... o raciocínio jurídico assenta em factos que se julga ser verosímil submeterem-se a uma, ou várias, normas legais. Dessa verosimilhança se parte para o apuramento de tais normas. Definidas estas e definidos os factos subsumidos a elas, dispõe-se dos elementos que, impelidos por uma certa força lógica, permitirão conclusões.” (Ult. ob. cit., pág. 498.) Ou, dito na fórmula lapidar de CASTANHEIRA NEVES: “... é o caso, e não a norma, o *prius* problemático-intencional e metódico – não se intenciona o problema interpretativo, nem se parte metodicamente nele *da norma para o caso* (em ordem a uma “aplicação” da norma que a sua prévia e

Em suma: intuição, pré-compreensão, empirismo, conjugados com os processos lógicos da analogia, indução e dedução – eis a amálgama que constitui o *legal reasoning* anglo-saxónico.^{524 525 526}

Mas, quanto à “manipulação”, não deve deixar de notar-se a recomendação do mais alto escalão do sistema judicial inglês, cuja voz é particularmente respeitada pelos juízes, pela comunidade jurídica e pela sociedade inglesa em geral: “Justice Cardozo's colourful summary, in his 'The Nature of the Judicial Process' (1921), p 141, merits repetition: 'The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a knight-errant, roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to "the primordial necessity of order in the social life"'.⁵²⁷

3.3.4. Apreciação

O sistema do precedente ou do *case law*, sendo estrutural no direito anglo-saxónico, não deixa de ser objecto de análise e avaliação por parte dos juristas – juízes, advogados e académicos – dessa família jurídica.

Como vantagens, costumam ser apontadas: - *coerência (consistency)*: os casos semelhantes são decididos de modo semelhante, limitando as oportunidades de decisionismo ou activismo dos juízes; - *certeza (certainty)*: as decisões dos tribunais sobre

abstracta interpretação possibilitasse), mas *do caso para a norma* (mediante a interrogação do critério normativo adequado que a norma possa oferecer para o caso).” (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 81.) O que está, cremos, muito perto da perspectiva transmitida por TIMOTHY ENDICOTT: “I do not mean by it [legal reasoning] merely reasoning that identifies the content of the law, but also reasoning as to what is to be done according to law.” (*supra*, nota 504.)

⁵²⁴ “Good legal reasoning requires clear understanding of the legal rules, a good appreciation of the particular situation, and both deductive and inductive logic skills. It is this mix of abstract and concrete thinking and of inductive and deductive logic that makes legal reasoning such a challenge for beginners.” (PETERSON, M.J., *Legal Reasoning*, Political Science, University of Massachusetts Amherst International Law, n° 356, fall 2006, pág. 6). Cfr. também SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 523: “... legal reasoning as exercised by the judiciary is an amalgam; part deductive, part inductive, part reasoning by analogy, with an added mixture of personal intuition, not to say personal prejudice.”

⁵²⁵ Sublinhando a ideia de que no direito a lógica (razão) anda a par com a experiência, RADIN, Max, *Law as Logic and Experience*, The Lawbook Exchange, Ltd., Union, New Jersey, 2000, pág. 46: “If our judge can read and remember, he cannot fail to use logic in the process, and in this part of his task he will be the better judge, the better his technique is. But if he does nothing but read and remember, he will be indifferently equipped to answer the question put to him, for this question is a matter of experience.”

⁵²⁶ “What is it that I do when I decide a case? To what sources of information do I appeal for guidance? In what proportions do I permit them to contribute to the result? In what proportions ought they to contribute? If a precedent is applicable, when do I refuse to follow it? If no precedent is applicable, how do I reach the rule that will make a precedent for the future? If I am seeking logical consistency, the symmetry of the legal structure, how far shall I seek it? At what point shall the quest be halted by some discrepant custom, by some consideration of the social welfare, by my own or the common standards of justice and morals? Into that strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts, all these ingredients enter in varying proportions.” (CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, 13th printing, June 1946, pág. 10.)

⁵²⁷ LORD NICHOLLS, *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, cit., 33.

uma determinada questão jurídica podem ser previstas pelos diversos actores – advogados, empresas, particulares –, permitindo-lhes adequar as suas próprias decisões e comportamentos às regras constantes dos precedentes, com a confiança relativamente sólida de que serão seguidas pelos tribunais no futuro; - *eficiência (efficiency)*: possibilita uma mais rápida solução do caso, uma vez que, fixados os *material facts* e identificado o precedente, se passa à aplicação da norma, nos termos vistos, sem necessidade de expender e avaliar novos argumentos; - *flexibilidade (flexibility)*: sendo as normas jurídicas com base nas quais se decidem os casos concretos criadas pelos juízes como fundamento (*ratio decidendi*) das suas próprias decisões, a adaptação do direito às novas situações é feita em sede jurisprudencial, à medida que vão aparecendo, pelo afastamento de um precedente e/ou criação de um novo, sem ter de esperar pela intervenção legislativa do Parlamento.⁵²⁸

E como inconvenientes: - *incerteza (uncertainty)*: o número crescente de casos constantes dos *reports* e a faculdade de os juízes, essencialmente através do mecanismo do *distinguishing*, escolherem os precedentes que melhor se conjuguem com a solução que reputam mais adequada ao caso decidendo, reduzem o grau de certeza ou previsibilidade tradicionalmente associada ao sistema do precedente; - *imobilismo (fixity)*: a regra do precedente pode conduzir à permanente repetição de uma decisão injusta, perpetuando a injustiça;⁵²⁹ - *inconstitucionalidade*: tem sido muito discutida a questão de saber se é lícito ao Poder Judicial invadir a esfera do Poder Legislativo, criando Direito. Uma das vias de contornar o problema é a da já referida *declaratory theory*: os juízes não criariam normas jurídicas, limitar-se-iam a declarar, explicitar (e aplicar), normas já existentes (desde logo, normas consuetudinárias)⁵³⁰ - teoria que, contudo, pode dizer-se hoje abandonada;⁵³¹ por isso, a atitude adoptada é de discrição ou circunspecção, criando direito mas não falando abertamente nisso ou negando que o fazem: “Perhaps the more interesting question is not whether judges make law, but why they deny that they do so.”⁵³² A este respeito é paradigmática a seguinte passagem da decisão da *House of Lords* em *R v R [1992] 1 A.C. 599* (LORD KEITH OF KINKEL): “The remaining and no less difficult question is whether, despite that view, this is an area where the court should step aside to leave the matter to the Parliamentary process. This is not the creation of a new offence, it is the removal of a common law fiction which has become anachronistic and

⁵²⁸ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 153-154.

⁵²⁹ Sendo exemplo clássico deste inconveniente o caso da (admissão da) violação da mulher pelo marido (*rape within marriage*): *Regina -v- J (rape: marital exemption) [1991] 1 All ER 759*; *R v R [1992] 1 A.C. 599, House of Lords* (<http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/rvr.htm> - acesso em 16.10.2014). Cfr. *Criminal Law, Rape Within Marriage*, The Law Commission (Law Com. No. 205), The House of Commons 13 January 1992, LONDON: HMSO (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228746/0167.pdf - acesso em 16.10.2014).

⁵³⁰ *Supra*, nota 493.

⁵³¹ HANNA, John, cit., pág. 369; SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 161.

⁵³² *Ult. AA.*, ob. e loc. cit.

offensive and we consider that it is our duty having reached that conclusion to act upon it.”⁵³³ 534

3.4. A *Equity*

A existência da *Equity* ao lado do *common law* constitui outra característica exclusiva do direito anglo-saxónico. Como vimos, a *Equity* surge como um sistema normativo separado, criado e servido por um aparelho judicial autónomo dotado de grande poder político, mais rico e criativo nas soluções que oferecia (*remedies*) do que o *common law*, cujas deficiências e lacunas visava justamente colmatar; e, mesmo após o *Judicature Act* de 1873, com a fusão dos tribunais de *common law* e da *Equity*, passando todos a poder julgar com base em ambos os sistemas, a distinção manteve-se, quer na perspectiva *intelectual* – cada sistema normativo mantém uma lógica própria – quer na perspectiva *substantiva* – cada um deles se especializou em diferentes questões para as quais oferece soluções específicas.

ALASTAIR HUDSON resume bem esta *unique feature* do direito inglês, transmitida ao resto do mundo jurídico anglo-saxónico: “The key point to take from this discussion is that nothing will make sense unless we understand that there is an important distinction to be made between, on the one hand, common law and, on the other, equity. The two systems operate in parallel but must not be confused one with the other.”⁵³⁵

3.5. As decisões judiciais como fonte do direito e o estatuto dos juízes

Já notámos que um dos traços característicos do sistema jurídico inglês é a natureza de fonte formal do direito das decisões judiciais, exprimindo-se a “coexistência”, neste plano, da jurisprudência e da lei (LORD SCARMAN) como uma *constitutional partnership* em que os campos de acção estão demarcados – aos tribunais compete formular princípios normativos (função jurídica), ao Parlamento definir a orientação geral da sociedade (função política) -, o *judge-made law* existe mediante a aprovação tácita do Parlamento,⁵³⁶ decisões judiciais integram, a par dos “constitutional acts”, a constituição inglesa, existe a convicção de que a lei, uma vez interpretada e aplicada pelos tribunais, “se transforma” em direito jurisprudencial,⁵³⁷ os tribunais funcionam como última instância na defesa da *rule of law*.⁵³⁸

⁵³³ Sobre os argumentos utilizados para suportar o sistema do precedente e sua crítica, ver também SCHAUER, Frederick, *Precedent*, 1987, cit.

⁵³⁴ Não deixam, todavia, de se verificar algumas dificuldades na compatibilização, em democracia, do direito jurisprudencial com o direito legal: LEE, James, cit., pág. 21; MORRISON, James, cit., págs. 15 e ss.

⁵³⁵ Ob. cit., pág. 19.

⁵³⁶ Quando não expressa, ressalvando a aplicação do *common law*: *supra*, nota 365.

⁵³⁷ LORD SCARMAN: “the very first judicial decision interpreting a section of the code would begin the reinstatement of judicial decision as a law-shaping force.” (*Codification... cit.*, pág. 357.)

⁵³⁸ Cfr. *supra*, notas 403 e 420 e a *judicial review* da *secondary legislation* (e, de um modo geral, a influência da tutela dos “direitos humanos”).

Estes factos e a génese do direito inglês, de que decorrem, contribuíram para que os juízes adquirissem um estatuto especial:⁵³⁹ formam uma elite dentro de outra elite, a dos que exercem a *legal profession*.⁵⁴⁰

O prestígio social dos juízes ingleses, em especial os dos tribunais superiores, deve muito à circunstância histórica de o tribunal de mais alta instância ter sido por muito tempo a própria câmara alta do Parlamento, a *House of Lords* (ou, mais exactamente, o seu *Appellate Committee*), podendo dizer-se que os juízes partilharam com o Parlamento a via da progressiva e nem sempre pacífica autonomização do poder real. Daí que a independência seja a primeira nota que aflora quando se trata do estatuto dos juízes – independência, como sabemos já, consagrada pelo *Act of Settlement 1701*. Todavia, a sua nomeação continua – apesar das críticas e das recentes alterações legislativas⁵⁴¹ – a caber ao *Lord Chancellor*, membro do Executivo nomeado pelo Primeiro-Ministro,⁵⁴² e a destituição dos juízes dos tribunais superiores está nas mãos do Parlamento, se bem que exija deliberação concordante das duas câmaras.⁵⁴³ Neste dobrar de milénio, a independência do poder judicial inglês relativamente aos outros poderes do Estado tem sido submetida a severo escrutínio, pela opinião pública interna e pelas instâncias comunitárias: na reforma constitucional de 2005 deram-se passos importantes para a reforçar, retirando as funções jurisdicionais à *House of Lords* e reduzindo o papel do *Lord Chancellor* à função executiva – assim acabando com o seu “anomalous constitutional role”.⁵⁴⁴ Persistem, apesar disso e como salientado, *constitutional overlaps* que conferem uma certa peculiaridade ao sistema no seu todo.

Uma segunda nota prende-se com a base de recrutamento: os juízes são escolhidos tradicionalmente de entre os *barristers*, universo que se alargou aos *solicitors* e outros profissionais⁵⁴⁵ a quem foi reconhecido o direito de actuação perante os tribunais superiores (“rights of audience in the higher courts”).⁵⁴⁶

Verificam-se, por outro lado, esforços no sentido de “democratizar” o acesso à função judicial, pela maior abertura e transparência do processo de selecção dos novos juízes e pelo alargamento da base social de recrutamento (*diversity*), que, na sequência da já antiga (mas não resolvida) questão do género, espelha a actual realidade multicultural da

⁵³⁹ GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., pág. 94; *supra*, nota 501.

⁵⁴⁰ *Infra*, ponto 3.7.

⁵⁴¹ *Constitutional Reform Act 2005*, cit.

⁵⁴² Embora sob proposta de uma comissão, institucionalizada (*Judicial Appointments Commission*) para a generalidade dos juízes, ou *ad hoc* para os juízes do *Supreme Court*: SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 465 e ss., que aqui seguimos de perto.

⁵⁴³ Procedimento que nunca foi usado para um juiz inglês (Idem, pág. 496), mas apenas para um juiz irlandês com base em corrupção (*Judges and parliament* - <https://www.judiciary.gov.uk>).

⁵⁴⁴ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 451. Para além da independência, os juízes ingleses gozam ainda das garantias de imparcialidade, inamovibilidade e irresponsabilidade – não havendo, todavia, nesta matéria, especificidades a salientar relativamente aos sistemas jurídicos continentais.

⁵⁴⁵ Quanto à *legal profession* e aos dois ramos da advocacia inglesa, *infra*, ponto 3.7.

⁵⁴⁶ *Courts and Legal Services Act (CLSA) 1990*. Cfr. também *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*. Sobre a proximidade entre juízes e advogados, numa perspectiva histórica, ver *supra*, nota 467. Por outro lado, o caminho do *Bar* para o *Bench* sempre foi considerado como de um só sentido (“the ‘unwritten rule that joining the judiciary is a one-way street’”): SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 493.

sociedade inglesa.⁵⁴⁷ No que toca ao processo de recrutamento e selecção dos juizes, não deixaram de ser ponderadas hipóteses alternativas, designadamente o sistema norte-americano com a eleição dos juizes pelos cidadãos e com os inquéritos parlamentares (*hearings*) de confirmação, anteriores ou posteriores à designação – hipóteses que foram rejeitadas, por se entender que não estavam à altura do “standing of the judiciary in our country”.⁵⁴⁸ A via preferida parece ser o reforço da profissionalização dos juizes, dotando-os de uma carreira autónoma, desligada da advocacia (*legal practice*), ao estilo europeu continental.⁵⁴⁹

A formação, inicial e contínua, dos juizes ingleses está, desde 2011, a cargo do *Judicial College*, cujo objectivo último é assegurar elevados padrões de qualidade do sistema judicial de modo a garantir a confiança da sociedade; para além dos aspectos técnicos, questões como a independência, o respeito pela multiculturalidade da sociedade – reflectido no *equal treatment training* – e a conduta dos juizes integram as actividades formativas do *College*.⁵⁵⁰

As questões de conduta e disciplina dos juizes foram também objecto da reforma constitucional de 2005, tendo-se criado o *Office for Judicial Complaints* para receber queixas sobre o comportamento dos juizes, com exclusão, naturalmente, das relativas às suas decisões (cuja única possibilidade de revisão é através de recurso, quando admissível), sob a supervisão conjunta do *Lord Chancellor* e do *Lord Chief Justice*. Para apoiar os juizes nas questões éticas e de conduta que possam enfrentar e seguindo a tendência geral de publicação de códigos de conduta judiciária, foi revisto em 2013 o *Guide to Judicial Conduct*.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ A propósito da questão do género, SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 473 e 482-483; LADY HALE em *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant) [2010] UKSC 42*, parágrafo 137 (https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0031_Judgment.pdf - acesso em 11.12.2014.)

⁵⁴⁸ LORD MACKAY, citado por SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 485. Nos Estados Unidos, como veremos (infra, § 2º), o tema tem sido muito discutido e praticam-se vários sistemas de designação dos juizes, em regra combinando eleição directa e nomeação (cfr. BERKSON, Larry C., updated by Rachel Caufield and Malia Reddick, *Judicial selection in the United States: a special report*, American Judicature Society, 2010 - http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Berkson_1196091951709.pdf, acesso em 12.12.2014).

⁵⁴⁹ SLAPPER, Gary/KELLY, David, loc. cit. Ver, para o sistema francês (basicamente idêntico ao português, espanhol e italiano), *Le recrutement et l'avancement des juges français*, 2007 (https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_mcKee_fr.pdf - acesso em 12.12.2014); para o (semelhante) sistema alemão, BÖTTCHER, Hans-Ernst, *The Role of the Judiciary in Germany*, GERMAN LAW JOURNAL Vol. 05 (2004) No. 10, pp. 1317-1330 (<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=5&no=10> - acesso em 12.12.2014); e para o estatuto dos juizes entre nós, MIRANDA, Jorge, *Juizes, Liberdade de Associação e Sindicatos*, Themis, ano XIII, nºs. 24/25, 2013, max. págs. 9-11. Uma comparação entre o estatuto dos juizes ingleses e o dos europeus continentais pode ser vista em LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, cit., págs. 34 e ss.

⁵⁵⁰ Para a formação, inicial e contínua, dos juizes ingleses, SINGH, Sir Rabinder, *The Unity of Law - Or The Dangers of Over-Specialisation*, 2013, págs. 2-3 (<http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/sir-rabinder-singh-speech-society-legal-scholars-centenary-lecture-28112013.pdf> - acesso em 28.01.2015).

⁵⁵¹ <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/how-the-judiciary-is-governed/guide-to-judicial-conduct/> - acesso em 12.12.2014. O padrão de comportamento dos juizes é elevado: SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 496. As qualidades-padrão do juiz (*model judge*), tal como a sociedade inglesa as vê, foram enunciadas no elogio fúnebre de

3.6. Formação jurídica e o papel da doutrina

A formação jurídica foi tradicionalmente feita nos tribunais⁵⁵² e nas organizações profissionais (*Inns of Court*), mantendo estas últimas um importante papel neste domínio.⁵⁵³ Só com BLACKSTONE (séc. XVIII), o primeiro professor universitário de direito inglês (“the very first Professor of English Law”),⁵⁵⁴ é que a formação jurídica ganha foro académico e “the common law became a subject of University study by people who did not necessarily intend to become lawyers.”⁵⁵⁵

O ensino universitário tem, por seu lado, características peculiares, bem diferentes das do seu congénere continental: em vez da orientação para o pensamento abstracto e o estudo de princípios e conceitos, o foco no estudo dos casos,⁵⁵⁶ em lugar das nossas tradicionais “aulas magistrais”, o método socrático,^{557 558} diferença que se repercute nos *textbooks*, muito mais dirigidos à análise e comentário das decisões judiciais do que ao estado da arte da ciência jurídica.⁵⁵⁹

LORD SCARMAN: “fairness, intelligence, learning, compassion and firmness all combined.” (<http://www.theguardian.com/news/2004/dec/10/guardianobituarie.obituarie> - acesso em 12.01.2015.)

⁵⁵² *Supra*, nota 282.

⁵⁵³ *Supra*, nota 467. Comentando o estado da *legal education* nos sécs. XV-XVI, assente nas *Inns of Court*, MAITLAND, Frederic William, *The Collected Papers*, cit., pág. 233.)

⁵⁵⁴ PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 286. Cfr. tb. CROSS, Rupert, *The First Two Vinerian Professors: Blackstone and Chambers*, 20 Wm. & Mary L. Rev. 602 (1979), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol20/iss4/6> - acesso em 20.10.2014.

⁵⁵⁵ PLUCKNETT, Theodore F. T., ob. e loc. cit. Para a história da *English Law School*, ver TWINING, William, *Blackstone's Tower: The English Law School*, Sweet & Maxwell, London, 1994, em especial págs. 23 e ss., Autor que explica que, mau grado a existência de académicos ilustres e diversas tentativas falhadas, o ensino universitário do direito inglês, tal como se conhece hoje, surge apenas no século XX, após a II Guerra Mundial.

⁵⁵⁶ Foco que explica, por um lado, as fragilidades da ciência jurídica inglesa (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 245 e ss.) e, por outro, o grande interesse pelas técnicas de exposição escrita ou *legal writing*, forma de dar inteligibilidade ao emaranhado fáctico dos casos concretos: cfr. PAINTER, Judge Mark P., *Legal Writing 201 – 30 Suggestions to Improve Readability or How to Write for Judges, Not like Judges* (<http://www.plainlanguagenetwork.org/legal/legalwriting.pdf>); *Legal writing: an overview* (http://www.law.cornell.edu/wex/legal_writing); GARNER, Bryan A., *Exercises from Legal Writing in Plain English*, University of Chicago Press, 2001 (<http://press-pubs.uchicago.edu/garner/exercises.txt> - acessos em 7.11.2014).

⁵⁵⁷ WAHLGREN, Peter, cit., págs. 211-212. “Law students are not presented with laws and legal principles, instead, they learn from cases and are expected to abstract the principles from the examples.” (GOLDMAN, Seth R./DYER, Michael G./FLOWERS, Margot, *Precedent-based Legal Reasoning in Contract Law*, pág. 1; http://ftp.cs.ucla.edu/tech-report/198_-reports/860072.pdf - acesso em 6.11.2014.)

⁵⁵⁸ Sobre o método socrático, POMBO, Olga, *O Método Socrático* (http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protogoras/links/met_socrat.htm). Comparando o método socrático com o método científico, DYE, James, *Socratic Method and Scientific Method* (<http://www.niu.edu/~jdye/method.html> - acessos em 6.11.2014): enquanto no método científico a solução do problema posto assenta no teste empírico (experimental) da hipótese (teoria) formulada, que a confirmará ou não, no método socrático o teste destinado a validar a hipótese (conceptual) formulada consiste na sua refutação através da elaboração e apresentação de *contra-exemplos*, casos hipotéticos que contrariem a hipótese de solução avançada. Método usado, entre nós, pelo Professor RAÚL VENTURA (1919-1999), nas aulas práticas: MIRANDA, Jorge, *Discurso, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 296.

⁵⁵⁹ Os manuais britânicos reflectem claramente a supremacia da jurisprudência (fonte do direito) relativamente à doutrina, com abundantes citações de casos e apresentação de extensas “tables of cases”, ao passo que nos nossos o papel central continua a ser reservado à doutrina, embora as referências às decisões jurisprudenciais tenham visivelmente aumentado, em número e importância. Deve salientar-se, todavia, que a crítica de jurisprudência tem raízes antigas nos juriconsultos e académicos portugueses,

O que contribuiu para uma muito menor influência das opiniões dos professores e dos textos académicos no desenvolvimento prático do direito, comparada com o peso muito significativo da doutrina no mundo jurídico romano-germânico. Compulsando os *case reports*, vemos abundância de citação de decisões judiciais, seja para as seguir ou não, e, em regra, total ausência de invocação de obras doutrinárias.^{560 561}

“O direito comum anglo-americano é um direito dos tribunais. Os seus oráculos são juízes... O direito continental é um direito das universidades. Os seus oráculos são professores. Foi ensinado e desenvolvido nas universidades desde a Idade Média. Em consequência o direito comum é pouco sistematizado. Os princípios são cautelosa e tentativamente derivados dos pormenores. Pelo contrário o direito continental é altamente sistematizado. Os pormenores estão subordinados a amplos princípios. Os livros jurídicos do *common law* anglo-americano são tipicamente resumos alfabéticos, condensações e enciclopédias. Os livros jurídicos do sistema continental são tratados sistemáticos”.⁵⁶²

3.7. Serviços e profissões jurídicas

No sistema inglês, os serviços jurídicos, dependendo da sua natureza, podem ser prestados por *lawyers* e por outros profissionais, como contabilistas, dirigentes ou representantes sindicais, *legal executives* (auxiliares de advogados).⁵⁶³

Os *lawyers* correspondem, *grosso modo*, aos nossos advogados, sendo que a peculiaridade do sistema inglês reside no facto de existirem dois ramos diferenciados desta actividade profissional: os *solicitors*, por um lado, e os *barristers*, por outro – cada um com as suas próprias tradições, formação e costumes de prática.⁵⁶⁴

como o atesta a centenária e consagrada *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, fundada a 1 de Maio de 1868, cujo primeiro grande objectivo era o esclarecimento da jurisprudência (cfr. MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto, *Editorial* do nº 3976, ano 142º, Setembro-Outubro de 2012).

⁵⁶⁰ Se bem que os tribunais ingleses comecem a citar textos académicos: cfr., por exemplo, a *opinion* de LORD HOFFMANN em *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48 (9 July 2008)* - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/48.html> (acesso em 18.10.2014), nº 11; e EWAN McKENDRICK no prefácio ao livro de ADAM KRAMER *Contract Law, An Index and Digest of Published Writings*, cit.

⁵⁶¹ Sobre o ponto, ver uma interessante e concisa comparação *common law/civil law* em DAINOW, Joseph, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966 - 1967), pp. 419-435, *max.* pp. 428 e ss. (<http://www.jstor.org/stable/838275> - acesso em 12.11.2014).

⁵⁶² ROSCOE POUND, citado por ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes...*, cit., págs. 65-66.

⁵⁶³ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 667-668, que aqui seguimos de muito perto.

⁵⁶⁴ Para além da Inglaterra e País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte e República da Irlanda, esta separação de *solicitors* e *barristers* existe ainda na Austrália, Nova Zelândia, Hong Kong e África do Sul: *A Career at Scottish Bar*, The Faculty of Advocates, 2012 (http://www.advocates.org.uk/downloads/becoming_training/careersbrochure_2012.pdf), *Regulation of Legal Services in Northern Ireland*, September 2005 (<http://www.dfpni.gov.uk/regn-legal-serv-ni.pdf>), *Solicitors and Barristers*, The Competition Authority, Ireland, December 2006 (<http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/Solicitors%20and%20barristers%20full%20report.pdf>), AKPET, Koli Ori, *The Australian Legal System: The Legal Profession and the Judiciary*, *Ankara Bar Review* 2011/1, pp. 71-94, *The New Zealand Legal System*, Ministry of Justice (<http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/n/the-new-zealand-legal-system>), *Hong Kong Legal System – Legal Profession* (<http://www.hkcliv.org/en/topics/hkLegalSystem/theLegalProfession/answer17.shtml>), *South African Legal System* (<http://www.sabar.co.za/legal-system.html> - acessos em 8.11.2014). Não se confirma, assim, que o sistema inglês seja um de apenas

Divisão que é produto de razões históricas,⁵⁶⁵ sendo o *solicitor* um “general practitioner”, que tem o exclusivo do contacto directo com os clientes e que, em caso de acção judicial ou de temas especializados, recorre a um *barrister*, que é, como o nome indica, um advogado de barra, que detém o monopólio de actuação em tribunal. Tradicionalmente, o *solicitor* não tem acesso ao tribunal e o *barrister*, também conhecido por *counsel*, não tem acesso directo aos clientes – o seu cliente é o *solicitor*.

Os *barristers* estão organizados profissionalmente nas *Inns of Court*,⁵⁶⁶ os *solicitors* na *The Law Society*.⁵⁶⁷ ⁵⁶⁸Aqueles trabalham normalmente em regime de independência, por sua conta e em prática individual, se bem que partilhem instalações, designadas “Chambers”; estes últimos exercem habitualmente em sociedades.

Advogados de tribunal capacitados para intervir em quaisquer pleitos, os *barristers* contemporâneos tendem a especializar-se e a concentrar-se,⁵⁶⁹ assumindo o trabalho de gabinete (escrito) cada vez maiores proporções, quer em peças judiciais (“statements of case”) quer em pareceres (“opinions”) dirigidos a *solicitors*. Por seu turno, estes têm vindo a adquirir progressivamente a possibilidade de actuar em tribunal (“rights of audience in court”), tradicional monopólio dos *barristers*, transformando-se em *solicitor-advocates*.⁵⁷⁰

Vem-se assistindo, assim, a mudanças radicais no âmbito da profissão de *lawyer*, conduzindo, por um lado, a uma clara aproximação dos dois ramos em que tradicionalmente se divide, porventura a caminho da fusão realizada na maior parte dos países do *common law*, e, por outro, à liberalização da prestação de serviços jurídicos⁵⁷¹ - as comuns preocupações com o consumidor estão na base de uma certa mercantilização da *legal profession*, na medida em que apelam para o reforço da eficiência que permita o

três a nível mundial a manter a divisão entre *barristers* e *solicitors*, como afirmam GARY SLAPPER & DAVID KELLY (Ob. cit., págs. 667 e 705).

⁵⁶⁵ Sobre a origem e evolução histórica das profissões de *barrister* e de *solicitor*, PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 215 e ss.

⁵⁶⁶ Cfr. *supra*, nota 467.

⁵⁶⁷ <https://www.lawsociety.org.uk/> - acesso em 11.11.2014.

⁵⁶⁸ É interessante notar que, tanto num caso como no outro, se admitem ao exercício da profissão licenciados e não licenciados em Direito, com formação complementar adequada a cada situação de acordo com os requisitos definidos pelos respectivos reguladores (SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 669 e 684).

⁵⁶⁹ Mais de 60% dos *barristers* trabalham em Londres (Idem, pág. 683).

⁵⁷⁰ Desde o *CLSA (Courts and Legal Services Act) 1990*, que aproximou os dois ramos da profissão de *lawyer*: estendeu o direito de actuação em tribunal aos *solicitors* e fez cessar o tradicional monopólio destes na área da transferência de propriedade (*conveyancing*), tendência que se manteve: *AJA (Access to Justice Act) 1999*.

⁵⁷¹ A este respeito, assume especial importância o *Legal Services Act 2007*, que veio permitir, entre outras inovações destinadas a melhorar os serviços jurídicos na perspectiva do consumidor (incluindo a contenção dos seus custos), as *Alternative Business Structures (ABS)*, entidades constituídas por *lawyers* e *non-lawyers*, com vista a dinamizar a concorrência e aumentar a qualidade dos serviços. Abriram-se, deste modo, as tradicionais *solicitors partnerships* a sócios leigos e a investidores, nacionais ou estrangeiros; ao passo que os *barristers* foram autorizados pelo regulador, em 2010, a participar em sociedades. De notar que esta lei teve por base o Relatório elaborado por Sir DAVID CLEMENTI, um empresário a quem o Governo encomendou um estudo sobre a matéria (CLEMENTI, Sir David, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales – Final Report*, December 2004, http://www.avocatsparis.org/Presence_Internationale/Droit_homme/PDF/Rapport_Clementi.pdf - acesso em 11.11.2014.)

melhor serviço ao mais baixo preço e para a sujeição às “leis do mercado”, com a sua consequente dessacralização.⁵⁷²

Uma última nota, sobre os *Queen’s Counsels (QC’s)*: trata-se de advogados (*barristers* ou *solicitors*) habilitados a actuar nos tribunais superiores que tenham demonstrado níveis de excelência no exercício da profissão, investidos pela Rainha sob proposta do *Lord Chancellor*, investidura que é conhecida pela expressão “taking silk”, porquanto uma parte da toga que passam a ter direito a usar é de seda.

A escolha dos futuros *QC’s* é feita por um painel de selecção a partir de candidaturas apresentadas pelos interessados, que recomenda os candidatos escolhidos ao *Lord Chancellor*, a quem cabe a decisão final.⁵⁷³

O status de *Queen’s Counsel* restringe o trabalho a assuntos de especial importância e complexidade (“high-level work”), reduzindo assim o seu volume – redução que é normalmente compensada pelo aumento do valor dos honorários.⁵⁷⁴

3.8. Pragmatismo

Um outro elemento diferenciador habitualmente apontado ao direito inglês é o seu pragmatismo,⁵⁷⁵ pois que se apresenta como um sistema prático, *workmanlike*, que se

⁵⁷² Reforço da eficiência procurado, por exemplo, na admissão de empresas abertas a investidores possibilitando economias de escala induzidas por uma dimensão acrescida; sujeição às “leis do mercado” traduzida na redução/eliminação de obstáculos à livre concorrência e no recurso a marcas e publicidade; dessacralização bem patente na eliminação da tradicional *negligence immunity*, “putting barristers on the same footing as other professional men . . .” (*Arthur JS Hall & Co v Simons* [2000] 3 All ER 673, cit. Sobre este último tema, em que a referida decisão da *House of Lords*, admitindo abertamente a responsabilização dos *barristers* e dos *solicitor-advocates* pelos danos causados aos seus clientes por actuação negligente em tribunal e eliminando uma imunidade com mais de dois séculos de existência, foi considerada “of major and historic importance in the English legal system”, SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 686-691). Linhas de tendência a que a profissão responde com inquietações quanto aos *non-lawyer partners* (“How far will non-lawyers understand the culture and obligations of solicitors?” - <http://www.lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/alternative-business-structures/>) e a necessidade de acautelar elevados padrões éticos (<http://www.theguardian.com/law/2011/feb/09/lawyers-ethics-alternative-business-structures>), mas aceitando que os *lawyers* não têm o exclusivo da ética no exercício profissional (“Lawyers have no monopoly over professional and business ethics” - *Recent developments in England and Wales and their implications for the future*, The Law Society of England and Wales, 23 May 2012, <http://www.lawsociety.org.uk/news/speeches/recent-developments-in-england-and-wales/> - acessos em 12.11.2014).

⁵⁷³ <http://www.qcappointments.org/> (acesso em 12.12.2014). As preocupações de *diversity* e de *equal treatment* estão aqui bem patentes: “*Applications are also particularly welcomed from women, members of ethnic minorities, people with disabilities and other groups that are currently under-represented.*” (itálico nosso.)

⁵⁷⁴ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 685.

⁵⁷⁵ *Supra*, nota 366. Utilizamos aqui a palavra “pragmatismo” no sentido de “ser pragmático”, de colocar a ênfase nos actos e factos da vida, na experiência, por oposição a uma abordagem teórica, de visão e explicação racional da realidade – saber adquirido por empatia, ao longo do processo de socialização, próprio do artesão, contraposto ao saber técnico do especialista, racionalmente adquirido (RODRIGUES, Adriano Duarte, *Teoria*, POLIS, 5, col. 1158-1161) – e não no sentido de “pragmatismo jurídico” ou “funcionalismo jurídico” (NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico...*, cit., pág. 352); mas existe uma elaboração teórica daquele pragmatismo, o próprio pragmatismo pode ser entendido como teoria que pretende justamente explicar um conhecimento dirigido à acção, teoria segundo a qual a verdade de uma ideia reside na sua utilidade, se define pelo seu êxito (JAMES, William, *Pragmatism: A New Name For Some Old Ways Of Thinking*, 1907 - <http://iws.collin.edu/amiller/William%20James%20-%20Pragmatism.pdf>, acesso em 6.01.2015).

distingue dos direitos europeus continentais⁵⁷⁶ pela proximidade ao caso concreto, aos factos da vida comum, à realidade comezinha do quotidiano dos indivíduos que demandam os tribunais em busca da satisfação dos seus interesses – avesso às abstrações e generalizações daqueles.

Característica que advém da sua história - direito nascido nos tribunais, de natureza essencialmente adjetiva, com normas e institutos substantivos segregados nos interstícios das normas processuais -, do processo de formação dos juristas – aprendizes de mestres trabalhadores e não discípulos de professores e investigadores -, do modo de recrutamento dos seus grandes protagonistas, os juízes – escolhidos de entre os melhores dos práticos, advogados com direito de actuação junto dos tribunais superiores -, e do seu elevado prestígio social e político, do relativo apagamento da academia. Donde a tendência para sobrevalorizar a experiência – o conhecimento empírico da realidade -, relegando para um plano secundário o pensamento abstracto, a racionalização dessa mesma realidade, a sua organização em representações intelectuais explicativas (conceitos)⁵⁷⁷ e a interligação destes numa unidade (sistema): “pragmatism must be the watchword.”⁵⁷⁸

O pragmatismo do direito inglês revela-se em vários aspectos: - na ênfase dada às soluções (*remedies*) para os problemas concretos que chegam à barra dos tribunais, em contraste com a tradição continental da consagração legal de direitos; - no funcionamento do precedente; - na fisionomia da lei; - no papel da universidade.

3.8.1. *Remedy- and duty-oriented law*

Enquanto nos ordenamentos romano-germânicos as leis proclamam direitos (a começar pelos “direitos fundamentais”),⁵⁷⁹ o direito inglês, assente em *remedies*, apenas considera os direitos negativamente, pela ausência de restrições: tudo o que não é proibido, é permitido.⁵⁸⁰ O foco está nos deveres (*duties*) cujo cumprimento garante por meio de sanções – os direitos são tão-só o correlativo de deveres, recortados pela negativa, resultado do cumprimento dos deveres que os possibilita.

Aliás, é este mesmo o sentido do papel histórico da *Equity*: trazer novas soluções, desconhecidas do *common law*, que garantissem o cumprimento de deveres – a *specific*

⁵⁷⁶ Cujo paradigma, invocado pelos juristas ingleses, é o direito alemão: cfr. ATIYAH, P. S., cit., págs. 30 e 38-39, obra que nesta rúbrica seguimos de perto.

⁵⁷⁷ Sobre os conceitos como instrumentos de explicação racional da realidade, MOREIRA, Adriano, *Conceitos Operacionais*, POLIS, 1, col. 1061-1065. Para lembrar a singularidade (e complexidade) da ciência jurídica (dogmática), em que a utilização de quadros conceptuais formalizados e pré-estabelecidos convive com uma indispensável natureza hermenêutica, ver MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito...*, cit., págs. 359 e ss.

⁵⁷⁸ LORD GOFF, citado por ATIYAH, P. S., cit., pág. 28.

⁵⁷⁹ Direitos subjectivos, noção estrutural no nosso direito: PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., págs. 178 e ss. *Ubi ius, ibi remedium* é a máxima que traduz a concepção romano-germânica e que é oposta à do direito inglês, *where there is a remedy, there is a right* – cfr. VICENTE, Dário Moura, *O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, 2010, pág. 12 (<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Hok25hMXaWk%3D&tabid=341> – acesso em 27.01.2015).

⁵⁸⁰ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 45; ATIYAH, P. S., cit., pág. 21.

performance onde a mera indemnização não se revelava suficiente, a *injunction* para colmatar lacunas das *actions* do *common law*.

Esta orientação para os deveres e sanções em lugar da afirmação solene de direitos radica, cremos, na concepção de que na base da vida social, como seu alicerce fundamental, está a liberdade em (quase) todas as suas possíveis manifestações: as liberdades cívicas, cedo garantidas pela *Magna Carta*,⁵⁸¹ e a liberdade económica do *laissez-faire* ou do *free flow of trade*, base de uma ampla autonomia da vontade (*the sanctity of the contract*).^{582 583}

Orientação que contrasta com aquela outra (“racional” ou “teórica”) que define uma hierarquia de direitos, a que correspondem, necessária mas instrumentalmente, deveres e sanções; e que pode explicar-se, ainda, pela forte base jurisprudencial do direito inglês - o reconhecimento de deveres e a imposição de sanções podem ser feitos em decisões judiciais cujos critérios e bitolas se generalizam por via do precedente, mas a proclamação de uma “Carta de Direitos” é exclusivo da lei.⁵⁸⁴

Como já vimos, esta orientação tradicional está hoje mitigada pelo impacto da recepção da Declaração Europeia dos Direitos do Homem (*Human Rights Act 1998*).⁵⁸⁵

3.8.2. Pragmatismo e precedente

Pragmatismo que se revela, também, no precedente: em vez de normas jurídicas gerais e abstractas, resultado da elaboração da ciência jurídica, servidas por conceitos e integradas numa certa unidade, normas criadas *ad hoc* para resolver um determinado problema concreto e sucessivamente transpostas, com o auxílio dos *principles*,⁵⁸⁶ para casos semelhantes. A um direito pensado *ex ante* de acordo com uma ideia de sociedade (um dado “projecto social”), contrapõe-se um direito construído à medida que os conflitos chegam aos tribunais, *piecemeal*, direito elaborado *ex post facto*; em lugar de um direito que, em princípio, só vale para o futuro, um direito que, em regra, se aplica retroactivamente.

⁵⁸¹ Lembrando, por ocasião dos seus 800 anos, que a *Magna Carta* não é “uma declaração de direitos à maneira moderna ou contemporânea, pautada pelo reconhecimento da universalidade dos direitos e liberdades nela assinalados”, antes um pacto de equilíbrio entre os vários centros de poder de uma sociedade multipolarizada em moldes corporativos, RANGEL, Paulo, *A Magna Carta como (pre)texto da superioridade britânica*, Jornal Público, 6.01.2015.

⁵⁸² Dizemos “quase” porque a afirmação não é verdadeira no que respeita à liberdade religiosa, existindo um longo historial de discriminação contra a religião católica, desde *Henry VIII*: note-se que só muito recentemente foi abolida a proibição de o monarca casar com pessoa que professe o catolicismo (*Succession to the Crown Act 2013*, s. 2), mantendo-se a proibição de o próprio monarca ser católico (mas, aqui, devido a uma espécie de conflito de interesses, por ser o Chefê da Igreja Anglicana - <http://www.royal.gov.uk/MonarchUK/QueenandChurch/QueenandtheChurchofEngland.aspx>).

⁵⁸³ Exemplo desta orientação é o dos *labour rights*, vistos como *immunities (remedies)*: isenção de cumprimento do contrato de trabalho ou modo de relevar a ofensa da propriedade alheia (caso da greve) ou à liberdade de outrem (caso dos piquetes de greve) – , ATIYAH, P. S., cit., págs. 19 e ss.

⁵⁸⁴ Orientação que encontramos também no pensamento jurídico norte-americano: cfr. MAGGS, Gregory E., *Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, 71 U. Colo. L. Rev. 541 (2000), págs. 38-39 e nota 280 (“Not only ‘no remedy, no right,’ but ‘precisely as much right as remedy.’”). [<http://ssrn.com/abstract=1033090> – acesso em 18.01.2015.]

⁵⁸⁵ *Supra*, nota 392.

⁵⁸⁶ *Supra*, notas 482 e 440.

O precedente revela uma aproximação pragmática do direito porque traduz o desenvolvimento do direito *step by step*, de acordo com os casos que vão aparecendo nos tribunais,⁵⁸⁷ prescindindo de (ou não permitindo) uma visão de conjunto de cada domínio jurídico e a oportunidade de reflexão que só essa visão global proporciona.⁵⁸⁸ Daqui resulta “a weak theoretical basis of the law”,⁵⁸⁹ as já mencionadas fragilidades da ciência jurídica inglesa⁵⁹⁰ e o perigo de um direito errático e arbitrário.

O modo como é usado o precedente é também essencialmente pragmático: ora é seguido “slavishly”, ora “evaded by ‘distinguishing’”.⁵⁹¹ Sendo a norma parte da decisão do caso concreto, o precedente corporiza um “dispute-oriented approach to law”, podendo facilmente dar lugar aos extremos indesejáveis: ou aplicação mecânica das normas jurídicas ou quase completo abandono dessas normas⁵⁹² - o juiz autómato ou o juiz autocrático de que nos fala OLIVEIRA ASCENSÃO.⁵⁹³

3.8.3. Pragmatismo e *statutory law*

Pragmatismo que não é, todavia, exclusivo do *case law*, mas atinge, dada a formação prática dos juristas e a reduzida influência da academia, a própria legislação, que se apresenta “specific, pragmatic, piecemeal”.⁵⁹⁴

O processo legislativo é, tal como o judicial, um “adversarial process”, com a vantagem da claridade que nasce da discussão, do debate, e as desvantagens da prolixidade e complexidade que resultam do compromisso.⁵⁹⁵ “our statutes tend to be drafted, not as statements of principle, but as compendia of detailed rules”,⁵⁹⁶ formando uma “legislative

⁵⁸⁷ E apenas com esses, pelo que o desenvolvimento do direito fica dependente da litigiosidade – “the judge’s opportunity to make law depends upon a litigant, and without a litigant the process cannot start and adventurous litigants with an enthusiasm for law reform are not easily come by.” (SCARMAN, Leslie George, cit., pág. 366.) O que, atendendo a que “corresponderá ao ideal do direito que a eles [tribunais] se recorra minimamente, ou a eles nem sequer se recorra” (MARTÍNEZ, Soares, *Filosofia do Direito*, cit., pág. 494) e que “the English legal system seems to discourage litigation by every means in the book” (ATIYAH, P. S., cit., pág. 66), pode cercear significativamente as oportunidades de desenvolvimento.

⁵⁸⁸ Ult. A. e ob. cit., pág. 101.

⁵⁸⁹ Idem, pág. 105.

⁵⁹⁰ *Supra*, nota 556.

⁵⁹¹ Idem, pág. 98.

⁵⁹² Idem, pág. 127.

⁵⁹³ *Supra*, nota 116.

⁵⁹⁴ Idem, págs. 118-119.

⁵⁹⁵ Idem, págs. 120 e ss.

⁵⁹⁶ Idem, pág. 130.

casuistry”.⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ Talvez por isso “legislation usually creates as many new problems as it solves.”⁵⁹⁹

3.8.4. Pragmatismo e o papel da universidade

Tradicionalmente aprendido na oficina e não ensinado na sala de aula,⁶⁰⁰ o direito inglês tem sido portador de uma natural aversão pela abstracção, racionalização e construção

⁵⁹⁷ Idem, pág. 131. Fisionomia das leis que se explica pelo facto de serem excepções ao direito comum: “o que não couber na lei, cai necessariamente no *common law*” (ASCENSÃO, J. Oliveira, *Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação do princípio da analogia*, ROA, 1997 (Ano 57), vol. III, pág. 914). Cfr. *supra*, nota 381. Por isso não havendo lugar a lacunas, tal como nós as conhecemos, pois as insuficiências da lei serão sempre, obrigatoriamente, supridas pelo *common law* através das decisões judiciais segundo o sistema do precedente, ou seja, segundo os quadros jurisprudencialmente elaborados - LORD SCARMAN em *McLoughlin v O'Brian* cit: “there can be no “casus omissus”; CORDEIRO, A. Menezes, *Common Law*, POLIS, 1, col. 1003-1006 [o que difere da integração da lei pelo juiz nos direitos romano-germânicos, sujeita aos critérios do legislador e, portanto, feita sempre dentro dos quadros por este definidos e com a amplitude por ele permitida]; SCARMAN, Leslie George, cit., pág. 363 (embora este Autor defenda a codificação, por sectores, do direito inglês como instrumento da sua modernização e, nesta perspectiva, tenha presente, em relação às áreas codificadas, um modelo de interpretação e integração de índole continental). O principal problema reside, no entanto, nas questões que, afectando embora a realidade social em qualquer dos seus aspectos, não chegam aos tribunais (cfr. *supra*, nota 587): como a ausência de previsão legal, dada a natureza de excepção do *statutory law*, não é considerada lacuna, a ausência de decisão judicial (de *case* ou *common law*), devida a não recurso pelos interessados a um tribunal, provoca uma ausência de direito, de norma aplicável a essa situação, que só pode ser colmatada ou por intervenção legislativa (cfr. nota seguinte) ou, nos casos concretos, por composição espontânea de interesses.

⁵⁹⁸ Outro aspecto relacionado com esta “legislative casuistry” – “as concretizações fragmentárias da legislação” (ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes...*, cit., pág. 56) – reside na formulação de regras, não só pelos tribunais como pelo legislador, a partir de casos concretos e da baixa representatividade social da generalidade desses casos-referência, que se deve, no que toca ao *common law*, aos elevados custos de litigância judicial e ao facto de normalmente só chegarem aos tribunais de recurso casos atípicos, e, quanto ao *statutory law*, à tendência para legislar sob a pressão de casos de grande repercussão na opinião pública, a tal ponto que muitas dessas leis tomam o nome das pessoas neles envolvidas: a *Brady Law*, por exemplo, uma lei federal norte-americana de controlo de armas motivada pela reacção ao atentado ao Presidente Reagan em que o seu adido de imprensa, James Brady, ficou gravemente ferido (SCHAUER, Frederick/ZECKHAUSER, Richard, *The Trouble with Cases*, Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Papers Series, August 2009 (RWP09-025), *max.* pág. 22).

⁵⁹⁹ Idem, pág. 162. Deve dizer-se, todavia, que nesta passagem o Autor discute essencialmente a bondade de se legislar em matérias novas, ainda não consolidadas, dado entender que é preferível deixá-las ao cuidado dos tribunais e só legislar quando há já soluções jurisprudenciais estabilizadas. Ao comparar esta posição de ATIYAH com a de SCARMAN (que, ao tempo em que escreveu o artigo citado era o Chairman da *Law Commission of England*, cargo que exerceu entre 1965 e 1973; a *Law Commission* é o organismo criado pelo *Law Commissions Act 1965* “to keep the law under review and to recommend reform where it is needed” - <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, acesso em 12.01.2015), surpreendem-se os contornos da polémica sobre o processo de modernização do direito inglês: ser o legislador a liderar os caminhos da mudança, inspirando-se ou, pelo menos, aproximando-se dos modelos continentais – a legislação, codificada por sectores, como ponte (ou túnel) de ligação (SCARMAN, Leslie George, cit., pág. 355) -, ou legislar incorporando a jurisprudência consolidada, deixando a liderança das reformas aos tribunais (ATIYAH, P. S., *ob. e loc. cit.*). Nota-se em LORD SCARMAN a ideia de que a necessária modernização do direito inglês implica um corte radical com o sistema do precedente, passando o *judge made law* a coincidir *grosso modo* com o papel actualmente reconhecido ao juiz nos direitos romano-germânicos.

⁶⁰⁰ Aprendizagem pela experiência, saber adquirido por empatia, vendo fazer e tentando imitar, evoluindo à custa dos próprios erros, que, para além da ausência de perspectiva e de distanciamento crítico, provoca resistência à mudança, pelo medo de, mudando as coisas, se perderem os conhecimentos: Idem, pág. 139 (“it is not surprising perhaps that those who have learned a subject by practising it should be resistant to change.”)

teórica assumidas pela mundo romano-germânico, notando-se uma “anti-research, anti-academic tradition in English law”.⁶⁰¹

A intervenção do júri deixou um legado de preferência do “common sense” aos “academic arguments”, ao “intellectual refinement”.⁶⁰²

Os juristas académicos, sofrendo de uma prolongada subalternização sócio-profissional, limitaram-se durante muito tempo, em geral, a escrever “practitioners’ texbooks”, livros dedicados a apoiar as necessidades práticas dos juristas práticos;⁶⁰³ mas nas últimas décadas a “real research”, “challenging all assumptions”, foi incrementada.⁶⁰⁴

Observa-se uma tendência crescente para combinar a prática com a teoria: “The judges may have provided the bricks, but the design of the building was largely the work of the writers”,⁶⁰⁵ “law must be developed by judges and jurists acting in partnership.”⁶⁰⁶ E os tribunais começam a citar trabalhos académicos nas suas decisões.⁶⁰⁷

3.8.5. *Theory beneath the surface*

Pragmatismo... mas existe teoria no direito inglês, apesar de estar “beneath the surface”.⁶⁰⁸

A tradição pragmática corresponde a uma concepção elitista do direito e dos seus grandes protagonistas, os juízes dos tribunais superiores, intérpretes (“oráculos”⁶⁰⁹) do “common sense” e do “good old English pragmatic compromise”.⁶¹⁰

No entanto, por detrás deste “common sense” existem teorias (*implied theories*): - a celebrada “doctrine of parliament sovereignty” é uma teoria construída por juristas académicos;⁶¹¹ a “declaratory theory” era uma teoria que pretendia explicar o papel desempenhado pelos juízes, compatibilizando-o com a supremacia do parlamento – teoria que foi, como vimos, abandonada mas não substituída, razão pela qual se torna difícil explicar o direito jurisprudencial, a legitimidade dos juízes para “to make law” e as condições em que o fazem,⁶¹² o “legal positivism” é uma teoria,⁶¹³ o próprio facto de se

⁶⁰¹ Idem, pág. 138.

⁶⁰² Idem, págs. 80 e ss.

⁶⁰³ Idem, pág. 139. Cfr. *supra*, 3.6. e nota 559.

⁶⁰⁴ TWINING, William, cit., págs. 123 e ss.

⁶⁰⁵ ATIYAH, P. S., cit., pág. 173.

⁶⁰⁶ Idem, pág. 183, citando LORD GOFF.

⁶⁰⁷ *Supra*, nota 560.

⁶⁰⁸ Idem, págs. 143 e ss.

⁶⁰⁹ POSNER, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003, pág. 212, citando BLACKSTONE. [Para um interessante comentário à visão de POSNER sobre a relação entre o direito (jurisprudencial) e a democracia, ver JACOBSON, Arthur J./McCORMICK, John P., *The Business of Democracy Is Democracy*, The Law School, The University of Chicago, 2005 – http://www.law.uchicago.edu/files/files/261_1.pdf, acesso em 21.01.2015.]

⁶¹⁰ ATIYAH, P. S., cit., págs. 145-146.

⁶¹¹ Idem, pág. 151.

⁶¹² Idem, pág. 165. Sobre a *declaratory theory*, *supra*, nota 493.

⁶¹³ Idem, págs. 167-168; TWINING, William, cit., pág. 26. Para o positivismo jurídico inglês, inspirado em HOBBS e teorizado por BENTHAM e AUSTIN, vendo o direito numa perspectiva empírico-utilitarista, como “sistema racional de ordenação mediante mandatos do poder soberano tendentes à consecução da felicidade dos súbditos”, e separando-o dos valores éticos (o direito “como é” e o direito “como deveria ser”; “separation of law and morals”; “law depends on social facts and not on its merits”), ver CHORÃO,

contrapor “legal theory” e “law”⁶¹⁴ significa que existe um arrimo teórico para o pragmatismo.

3.9. Da *res* à *persona*

Outro traço característico do direito inglês é a importância que, no seu desenvolvimento, assumem a terra e as questões ligadas à propriedade.⁶¹⁵

Importância que lhe advinha do facto de, após a Conquista Normanda, toda a terra ser considerada propriedade, directa ou indirecta, do Rei, o que lhe conferia um papel que ia muito para além da sua condição natural de recurso económico básico e que consistia em ser fonte de poder e critério da estratificação social.^{616 617} E que se manifestou desde logo, como não podia deixar de ser, no âmbito judiciário, fazendo parte do núcleo de matérias tipicamente submetidas à *Curia Regis*, ao tribunal do Rei, estando assim na origem da centralização judicial e, conseqüentemente, da formação do *common law*, direito comum a todo o reino,⁶¹⁸ tendo desempenhado uma função de relevo no desenvolvimento,⁶¹⁹ e no declínio,⁶²⁰ do seu sistema de acções.

Direito sobre os modos de aquisição, utilização e transmissão da terra que haveria de ser ordenado e sistematizado na obra fundamental de LITTLETON,⁶²¹ *Of Tenures*, a primeira “thoroughly English” porque liberta das influências, ainda que só formais, do direito romano.⁶²²

Por isso, a *equity*, surgida para corrigir as insuficiências (injustiças) do direito comum, “acts in personam”, dirigindo-se e vinculando apenas aquela particular pessoa (*defendant*), cuja consciência (e actuação) visa controlar, e não os seus eventuais sucessores ou representantes,⁶²³ podendo afirmar-se que foi (e é) esta a sua principal

Mário Bigotte, *Positivismo Jurídico*, POLIS, 4, col. 1414-1415, e GREEN, Leslie, *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003 (<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#4> – acesso em 6.01.2015).

⁶¹⁴ ATIYAH, P. S., cit., pág. 167.

⁶¹⁵ “The classic common law was utterly obsessed by two central topics: formal legal process and the law relating to land.” (FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, third edition, Touchstone, New York, 2005, pág. xvii.)

⁶¹⁶ *Supra*, nota 251; PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., pág. 13.

⁶¹⁷ *Supra*, nota 252. Cfr. MAITLAND, Frederic William, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge University Press, 1907 (disponível em <https://archive.org/details/domesdaybook00maituoft> - acesso em 8.01.2015).

⁶¹⁸ *Supra*, nota 255.

⁶¹⁹ *Supra*, notas 276 e 279. Cfr. PLUCKNETT, Theodore F. T., cit., págs. 357 e ss.

⁶²⁰ *Supra*, nota 281.

⁶²¹ Um dos cinco grandes (“five masters”) escritores jurídicos ingleses (ao lado de Glanville, Bracton, Coke e Blackstone): WAMBAUGH, Eugene, *Littleton’s Tenures*, John Byrne & Co., Washington DC, 1903, pág. xi (<https://archive.org/details/littletonstenure00littiala> - acesso em 8.01.2015).

⁶²² Ao contrário dos tratados (anteriores) de Glanville e Bracton: Idem, pág. xii. De notar, por outro lado, a origem fundiária do *trust*, instituto que viria a ser apurado pela jurisprudência da *Equity* e que ilustra bem este caminho do direito inglês da *res* à *persona*: TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz/CAMPOS, Diogo Leite de, *A propriedade fiduciária (trust) - Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 22 e ss.

⁶²³ HUDSON, Alastair, cit., págs 23 e 33. Um exemplo clássico da diferença, a este respeito, entre *common law* e *equity* é o que contrapõe uma execução por dívida indemnizatória, exclusiva do primeiro – em que o tribunal determina o pagamento através da venda executiva de bens propriedade do executado (*in rem*) -, ao *equitable remedy* da *specific performance* de um contrato de compra e venda de um bem, dirigido à parte

tarefa: afirmar o valor e o papel da pessoa, apelando ao seu mais íntimo (a consciência), dirigindo-se-lhe directamente através da (auto)imposição de limites à sua natural liberdade e, nos novos tempos, reconhecendo e protegendo “the rights of the individual”.⁶²⁴

Sobrevalorização da *res* que é responsável pela já falada natureza *remedy- and duty-oriented* do direito inglês,⁶²⁵ pois só podem conceber-se e afirmar-se direitos referidos à pessoa.⁶²⁶

Com a assinatura pelo Reino Unido, em 1950, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem abriu-se o caminho numa nova direcção, a da proclamação dos direitos fundamentais e do seu reconhecimento pela positiva. Todavia, dada a idiossincrasia do direito inglês e dos seus actores, não fazendo a Convenção parte do direito interno e, por isso, não podendo ser directamente aplicada pelos tribunais nacionais, só com muito esforço e usando todas as subtilezas possíveis estes foram conformando as suas decisões com a Convenção, que entrou assim clandestinamente no direito inglês, pela porta traseira e não pela porta da frente.⁶²⁷

Quase cinquenta anos após a assinatura da Convenção e não sem resistências,⁶²⁸ abriu-se-lhe finalmente a “porta da frente” com o já referido *Human Rights Act 1998*, que teve, naturalmente, “profound implications for the operation of the English legal system”.⁶²⁹

faltosa, forçando-a a cumprir a sua obrigação contratual, sem que o tribunal interfira directamente sobre a propriedade desse bem (*in personam*) – sendo, aqui, outros os meios de coacção: nos tempos do *Court of Chancery*, a prisão do faltoso, forma expedita a que o *Chancellor* historicamente recorreu para fazer cumprir as leis e as decisões dos tribunais (cfr. COOK, Walter Wheeler, *The Powers of Courts of Equity. I. "In Rem" and "In Personam"*, Columbia Law Review, Vol. 15, No. 1 (Jan., 1915), pág. 51 (<http://www.jstor.org/stable/1110531> - acesso em 9.01.2015). É claro que, com a fusão das duas jurisdições, as diferenças quanto aos meios utilizáveis pelo tribunal se esbateram (e, com a evolução da sensibilidade, a prisão remeteu-se ao foro criminal), embora esta distinção mantenha o seu interesse na definição do âmbito da jurisdição dos tribunais ingleses: cfr. nota seguinte. Ver tb. PUTNEY, Albert H., *Equity Jurisprudence, Trusts, Equity Pleading*, Popular Law Library, Vol7, Section 11, Cree Publishing Company, 1908 – http://chestofbooks.com/society/law/Popular-Law-7/Section-11-Equity-Acts-In-Personam-And-Not-In-Rem.html#_VK_M0SusX_F, acesso em 9.01.2015.

⁶²⁴ HUDSON, Alastair, cit., pág. 1307. Sublinhando a importância actual da dimensão pessoal da *equity* por contraoposição à perspectiva eminentemente territorial do *common law*, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., págs. 218-219.

⁶²⁵ *Supra*, ponto 3.8.1.

⁶²⁶ Não se ignorando, todavia, a reponderação de conceitos que começa a suscitar-se na área dos eventuais “direitos dos animais”: GOMES, Carla Amado, *Direito dos Animais: Um Ramo Emergente?*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, págs. 359-380, max. 362 e ss. Noutra plano - mas que não pode dissociar-se desta questão -, a tradicional “reificação” do direito inglês inspirou decerto, e tem sido em grande medida mantida, pelo modelo de pensamento jurídico instalado que, focando-se embora nos casos concretos que surgem nos tribunais, como que os despersonalizam, através de uma análise impessoal que os despe das específicas circunstâncias das partes: “They [the lawyers] actively pursue detachment from the parties and their misery.” (CALVI, James V./COLEMAN, Susan, cit., pág. 37.)

⁶²⁷ LORD BINGHAM, citado por SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., pág. 47.

⁶²⁸ Essencialmente do Governo MAJOR, pela voz de LADY BLATCH, Home Office Minister (Ult. AA., ob. e loc. cit.).

⁶²⁹ *Idem*, pág. 49. Cfr. *supra*, nota 411. Ver também LADY ARDEN, *An English Judge in Europe* (<http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/lj-arden-an-english-judge-in-europe.pdf> - acesso em 27.01.2015). Sobre o direito inglês em geral, numa perspectiva comparatística, ver VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 230 e ss.

§ 2º - Principais diferenças do direito norte-americano

Os actuais Estados Unidos da América, como é bem sabido, são o produto de variadas influências de que foram sendo portadores todos aqueles que, desde inícios do século XVI, independentemente da sua origem, condição, cultura ou religião, demandaram essa terra de oportunidades em busca de um futuro melhor.

Influências que não podiam deixar de se repercutir sobre o seu direito, sendo ainda hoje visíveis as marcas nele impressas pelos direitos espanhol, francês e, essencialmente, inglês.⁶³⁰

Sendo a matriz inglesa dominante,⁶³¹ o direito norte-americano apresenta, contudo, diferenças assinaláveis.⁶³²

1. Constituição e sistema político

Os EUA dispõem de uma constituição escrita que, para além de ser um verdadeiro código,⁶³³ representa a “acta” da independência.⁶³⁴ Constituição que consagra um sistema político muito diferente do inglês - federal, republicano e presidencialista -, com uma nítida separação de poderes⁶³⁵ e sistemas judiciários independentes.

O federalismo norte-americano reserva para para o governo federal (em sentido amplo) um conjunto limitado de poderes fortes, taxativamente enumerados na constituição – como, por exemplo, negócios estrangeiros, comércio interestadual, propriedade intelectual, leis *antitrust*, sistema financeiro, energia e ambiente -, deixando todos os outros aos estados, politicamente organizados como verdadeiros estados, com uma constituição e órgãos legislativo, executivo e judicial próprios.

⁶³⁰ *Supra*, nota 111; CALVI, James V./COLEMAN, Susan, cit., págs.. 33 e ss.; Von MEHREN, Arthur T., *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions* - <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonmehren.html> (acesso em 14.01.2015). Para as origens do direito americano, ver FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, cit., em especial as duas primeiras partes.

⁶³¹ “The primacy of case law”: FINE, Toni M., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2011 (reimpressão), pág. 16.

⁶³² Diferenças que, como já sabemos, representam em alguns casos (como, por exemplo, na constituição codificada ou nos *uniform codes*) modelos em debate em Inglaterra.

⁶³³ ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes...*, cit., pág. 57, nota 43.

⁶³⁴ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 317.

⁶³⁵ *US Constitution, articles I, II, III*. Separação de poderes que se pretendeu garantir com um delicado sistema de *checks and balances*: por exemplo, o Presidente nomeia juízes, mas as nomeações têm de ser aprovadas pelo Senado; o Congresso aprova leis, mas o Presidente pode vetá-las; o Supremo Tribunal Federal pode declarar uma lei inconstitucional, mas o Congresso pode, em determinadas condições, alterar a Constituição (FINE, Toni M., cit., pág. 27, que apresenta um quadro exemplificativo de *checks and balances*). Nas palavras de JAMES MADISON, considerado o Pai da Constituição, “ambition must be made to counteract ambition” (SHEEHAN, Colleen, *James Madison: Father of the Constitution*, First Principles, The Heritage Foundation, Nº 8, April 8, 2013 - http://s3.amazonaws.com/thf_media/2013/pdf/mapt08.pdf, acesso em 16.01.2015.) Os *Founding Fathers* tinham como principais preocupações evitar a excessiva concentração de poderes num único órgão (perspectiva horizontal) e impedir um estado central demasiado forte (perspectiva vertical), o que explica os equilíbrios constantes dos primeiros artigos da constituição; no entanto, com o tempo o poder federal tem-se expandido, muito por acção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*infra*, nota 658).

Daqui resulta o primado do direito federal – legislativo ou jurisdicional – sobre os direitos estaduais.⁶³⁶

2. Precedente judicial

Integrado no *common law*, o direito americano adota o sistema do precedente judicial, embora com alterações: - nunca aceitou o “horizontal stare decisis”;⁶³⁷ - de acordo com o princípio da independência dos sistemas judiciários estaduais entre si e relativamente ao federal, os tribunais estaduais só estão vinculados pelos precedentes existentes nos respectivos estados, excepto em questões de jurisdição federal, em que têm de seguir os precedentes federais; - os tribunais federais só estão vinculados pelos precedentes oriundos da estrutura judiciária federal, salvo em matérias de jurisdição estadual, nas quais estão vinculados pelos precedentes estaduais;⁶³⁸ - os tribunais têm uma prática mais flexível relativamente ao *overruling* e aos seus efeitos temporais (*prospective overruling*).^{639 640}

⁶³⁶ De acordo com a *Supremacy Clause* (art. VI da Constituição): FINE, Toni M., cit., pág. 28.

⁶³⁷ *Supra*, nota 491; FINE, Toni M., cit., págs. 72-73.

⁶³⁸ HANNA, John, cit., pág. 373.

⁶³⁹ GHATAN, Gil J., *The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice* (<http://ssrn.com/abstract=1477030> – acesso em 15.01.2015). As questões associadas ao *prospective overruling*, como vimos (*supra*, notas 495 e 496), são, por um lado, a garantia da segurança jurídica (confiança em que o precedente será mantido enquanto não for expressamente revogado por um novo precedente ou pela lei, mantendo-se todos os seus efeitos práticos até ao momento da revogação), que este oferece, e, por outro, a injustiça em relação ao caso no qual é proferida a decisão de *overruling*, na medida em que se tem interpretado que, sendo *prospective*, tal decisão só poderá ser aplicada a casos futuros e não àquele que a motivou – o que tem um sabor amargo para a parte que lutou pela alteração do precedente, ganhou e, simultaneamente, perdeu; não será isto manifestação da aludida despersonalização dos casos resultante da genética reificação do *common law* (*supra*, nota 626)? (Cavando mais fundo, pode perguntar-se ainda se, ao não aplicar a nova regra ao caso *sub judicio*, não estará o tribunal a conscientemente decidir mal, aplicando uma regra que considerou inadequada.) A “técnica” do *prospective overruling* – introduzida em 1932 em *Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company* 287 U.S. 358 (1932), enquanto em Inglaterra só o foi, e em termos excepcionalíssimos, em 2005 - tem sido advogada e utilizada nos EUA relativamente à interpretação judicial de normas constitucionais e de fiscalização da constitucionalidade das leis: cfr., sobre o tema e suas implicações, FAIRCHILD, Thomas E., *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or Sunbursting*, 51 Marq. L. Rev. 254 (1968). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>; e TREATOR, William Michael/SPERLING, Gene B., *Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes*, 93 Colum. L. Rev. 1902-1955 (1993) - <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1063> (acessos em 16.01.2015).

⁶⁴⁰ O sistema judiciário federal é constituído, em geral, por três níveis de jurisdição (ou instâncias, para nos exprimirmos em termos familiares): - *United States District Courts*, existindo 94 *judicial districts*; - *United States Court of Appeals*, um por cada *regional circuit* (os 94 *judicial districts* estão organizados em 12 *regional circuits*); - *Supreme Court of the United States*. Os sistemas judiciários estaduais são da competência de cada estado, apresentando diferenças entre si; a maioria dos estados adota uma estrutura de três níveis semelhante à federal, denominando-se os tribunais de última instância (*last resort*), nalguns casos, *Supreme Court*. (FINE, Toni M., cit., págs. 38-48.)

3. Codificação

Além das várias constituições e códigos civis, em especial o da Luisiana,⁶⁴¹ codificações no sentido romano-germânico, existem diversas compilações/consolidações de leis ou de jurisprudência, algumas das quais têm por objectivo uniformizar o direito dos diferentes estados, merecendo destaque o *Uniform Commercial Code*.⁶⁴²

Bem como – a outro nível – o trabalho do American Law Institute, com os seus “model acts”, “model codes”, “restatements” e “concise restatements”.⁶⁴³

Pode, assim, dizer-se que a codificação é um tema mais presente no direito americano do que no inglês – o que se revela não só no percurso histórico da ideia da codificação do direito, com o movimento liderado por DAVID DUDLEY FIELD (1805-1894)⁶⁴⁴ em meados do século XIX,⁶⁴⁵ como no exemplo invocado pelos juristas ingleses pró-codificação.^{646 647}

4. Sistema de designação dos juízes

Com a separação de poderes claramente afirmada pela constituição americana veio a insatisfação com o sistema inglês de nomeação dos juízes, o que acabou por conduzir à eleição directa destes, considerada a via mais democrática e a melhor maneira de legitimar um poder judicial independente.

Na prática, porém, o sistema electivo cedo se transformou na politização dos juízes, “enmeshed in the ‘political mill’”, triturados pelas máquinas partidárias,⁶⁴⁸ fazendo nas

⁶⁴¹ *Supra*, nota 111 e *infra*, nota 793.

⁶⁴² *Supra*, nota 114 e *infra*, Cap. IV, § 1º, 3. Cfr. CALVI, James V./COLEMAN, Susan, cit., pág. 35.

⁶⁴³ *Supra*, nota 115.

⁶⁴⁴ ENCICLOPAEDIA BRITANNICA, entrada “David Dudley Field” (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/206193/David-Dudley-Field> - acesso em 22.01.2015).

⁶⁴⁵ Von MEHREN, Arthur T., cit., págs. 4-5. Ligando o movimento oitocentista pela codificação do direito americano ao ideal igualitário (*equal access to Justice*), que espelhava a utopia de BENTHAM (um código geral, de fácil acesso por qualquer um, que tornasse supérfluos os advogados) e sob o impacto do *Code Civil*, e argumentando que foi a *legal profession* em sentido amplo (*the Bar and the Bench*) que, ao tomar conta da concretização prática do impulso codificatório, o reduziu às actuais proporções (em vez de códigos que permitissem e incentivassem o corte com o *common law* e o sistema do precedente judicial, compilações/consolidações que não o dispensam, antes o reforçam, mesmo quando surgem sob a forma de *enacted statutes*), SPAULDING, Norman W., *The Luxury of the Law: The Codification Movement and the Right to Counsel*, 73 *Fordham L. Rev.* 983 (2004), págs. 983-996 – Autor que nos parece ter subjacente a ideia segundo a qual verdadeiros códigos (segundo a tradição romano-germânica), de âmbito nacional (vinculando os órgãos federais e todos os estados) e revogando, em geral, o *common law* anterior nesse sector jurídico (isto é, simplificando o direito), conduziriam a uma maior igualdade no acesso ao Direito e à Justiça, de modo a que estes deixem de ser, pela dificuldade de acesso e pelo elevado custo, um luxo ao alcance de poucos [A nossa experiência das últimas décadas não contribui, infelizmente, para corroborar tal ilação] - <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol173/iss3/10> (acesso em 22.01.2015).

⁶⁴⁶ GOODE, Roy, *The Codification of Commercial Law*, cit., pág. 137.

⁶⁴⁷ Reconhecendo que as leis norte-americanas são redigidas de forma muito mais genérica do que as inglesas, estando portanto aquelas formalmente mais próximas do *civil law*, ATIYAH, P. S., *Justice and Predictability in the Common Law*, *The University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15, No. 2, Aug 1992: 448-461 (<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1992/19.pdf> - acesso em 30.01.2015), pág. 456.

⁶⁴⁸ BERKSON, Larry C., cit., que aqui seguimos de muito perto.

campanhas eleitorais promessas quanto à orientação das suas futuras decisões⁶⁴⁹ - por isso se ensaiando, ao longo do extenso mapa estadual norte-americano, várias outras soluções: nomeação pelo governador ou pelo órgão legislativo, nomeação pelo governador com confirmação pelo senado, nomeação pelo governador ou pelo órgão legislativo com selecção prévia por comissão ou painel, nomeação por um período experimental com posterior confirmação por eleição directa, eleição sem intervenção de partidos políticos (*non partisan election*).

Sistema de designação que concorre para o facto de os juízes norte-americanos, mesmo os do Supremo Tribunal Federal, não gozarem do prestígio dos seus congéneres ingleses (desde logo, não são *Lords*), embora lhes seja reconhecido grande poder e autoridade.⁶⁵⁰

5. O júri e a orientação *proplaintiff*

Ao contrário do que se passa em Inglaterra, em que a intervenção do júri nos julgamentos se confina hoje praticamente ao direito penal,⁶⁵¹ nos EUA o júri funciona também em questões jurídico-privadas, em resultado da Sétima Emenda constitucional.⁶⁵²

À intervenção do júri em direito privado tem sido assacada uma parte da responsabilidade pelo facto de as decisões dos tribunais americanos serem, especialmente em matéria de responsabilidade civil (e dos montantes das indemnizações concedidas), mais pró-vítima (ou pró-queixoso) do que as proferidas pelos tribunais ingleses.⁶⁵³

⁶⁴⁹ “... William Howard Taft claimed that it was “disgraceful” to see men campaigning for the state supreme court on the ground that their decisions would have a particular class flavor” - BERKSON, Larry C., cit. “Chief Justice Abrahamson observes that “[e]lected judges pose the majoritarian dilemma: In a government committed to constitutionalism and the protection of rights, how can judges accountable to the electorate, accountable to the majority, safeguard the minority?” - CALABRESI, Guido, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts* (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 2022, pág. 2124, nota 46 - http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2022 (acesso em 19.01.2015).

⁶⁵⁰ CALVI, James V./COLEMAN, Susan, ult. loc. cit.

⁶⁵¹ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 583 e ss.

⁶⁵² Cfr. http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt7frag1_user.html (acesso em 16.01.2015). A Sétima Emenda aplica-se aos tribunais federais e não, em geral, aos tribunais estaduais; mas “a similar provision can be found in the constitutions of all fifty states.” (FINE, Toni M., cit., pág. 81). Sobre o júri no sistema jurídico americano, ver esta última Autora e ob. cit., págs. 80 e ss. (para o processo civil) e 99 e ss. (para o processo penal).

⁶⁵³ ATIYAH, P. S., *Tort Law and the alternatives: some anglo-american comparisons*, cit., pág. 1021. Esta orientação pró-vítima ressalta com nitidez da regra tradicional de limitar a indemnização por responsabilidade civil à compensação ou ressarcimento do lesado (restituição da situação anterior) e da relutância em admitir a indemnização punitiva ou dissuasora, que não se dirige à vítima mas ao autor da lesão e à sociedade em geral – admissão que é, não obstante, um facto, principalmente na área da responsabilidade civil do produtor, em que o número e a magnitude das indemnizações punitivas tem vindo a subir significativamente -, tema que vem sendo muito debatido na comunidade jurídica norte-americana: FINE, Toni M., cit., págs. 96 e ss.; PACE, Kimberley A., *Recalibrating the Scales of Justice through National Punitive Damage Reform*, *American University Law Review* 46, no.5 (June 1997): 1573-1638; ANDERSON, Michelle Chernikoff/MACCOUN, Robert J., *Goal Conflict in Juror Assessments of Compensatory and Punitive Damages*, *Law and Human Behavior*, Vol. 23, No. 3, 1999, pág. 314. Dada a natureza *quasi-criminal* desta indemnização em vista do interesse público que lhe subjaz, por um lado, e o facto de constituir um prémio inesperado ou “de lotaria” (*windfall*) para o lesado, por outro, tem sido advogado que a *punitive damage* deveria ser paga ao Estado e não àquele, solução já adoptada nalguns estados, ou repartida entre o Estado e o lesado: cfr. PACE, Kimberley A., cit., págs. 1594 e ss. Considerando as discrepâncias na legislação e jurisprudência dos diversos estados a este respeito, a *NCCUSL* aprovou em

6. Serviços e profissões jurídicas

Tal como em Inglaterra, os serviços jurídicos podem ser prestados por *lawyers* e por outros profissionais ou organizações, em que se incluem as entidades de prática multidisciplinar, os *paralegals*, *foreign legal consultants*, *pro se legal services*.⁶⁵⁴

O exercício das profissões jurídicas está altamente regulado, tanto a nível estadual como federal, através de leis e de decisões judiciais, existindo associações profissionais de advogados (*Bar Associations*) de inscrição obrigatória (a nível estadual) e de inscrição facultativa ou voluntária, como é o caso da *ABA – American Bar Association*.

Os advogados (*attorneys*) são licenciados em Direito aprovados em exame estabelecido pelo Estado em que se pretendem inscrever; para além da formação de base, a principal diferença relativamente ao direito inglês reside na unificação da profissão, não havendo aqui distinção entre *barristers* e *solicitors*.⁶⁵⁵

7. Formação jurídica e o papel da universidade

A formação jurídica está a cargo das universidades e das suas *law schools*. A *ABA* estabeleceu um conjunto de critérios com base nos quais as escolas (faculdades) são

1996 uma lei-modelo (*The Model Punitive Damages Act*), que, ao que julgamos, não foi ainda promulgada por nenhum estado. Paralelamente, o *ALEC – American Legislative Exchange Council* elaborou um outro *model act* sobre o mesmo tema (*Punitive Damages Standards Act*), que, cremos, teve igual destino [os diversos estados têm legislação sobre o assunto, mas não se têm mostrado receptivos a substituí-la por uma lei uniforme – mesmo sabendo-se da relatividade deste qualificativo para as leis ditas uniformes: cfr. FINE, Toni M., cit., pág. 53]. Ver, sobre a função punitiva da responsabilidade civil – que floresce, não só no mundo do *common law* como em países de tradição romano-germânica devido à crescente pressão de diversas áreas da vida económica e social (indústria e comunicação social, por exemplo), o que vem contribuindo para a crise da sua clássica função reparadora – e a sua apreciação na perspectiva do direito português, LOURENÇO, Paula Meira, *A Indemnização Punitiva e os critérios para a sua determinação*, 2008 (http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf - acesso em 22.01.2015); MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 2014 (2ª reimpressão), págs. 659 e ss. (notas 1536 e 1537); e, para uma panorâmica da doutrina portuguesa e da jurisprudência europeia (do *civil law* e do *common law*) a este respeito, o importante Acórdão do STJ de 25.02.2014 (Maria Clara Sottomayor), III, 4 e 5 - <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁵⁴ Entidades de prática multidisciplinar são, entre outras, as empresas de serviços de contabilidade (*accounting firms*) que, na sequência do escândalo ENRON e do desaparecimento da ARTHUR ANDRESEN, reforçaram as suas competências jurídicas passando a dedicar-se à prestação de serviços jurídicos aos seus clientes (*cross-selling*); *paralegals* são auxiliares dos advogados, trabalhando sob a supervisão destes, investigando provas, coligindo documentos, preparando minutas de peças processuais, por exemplo; *foreign legal consultants* são advogados ou especialistas estrangeiros que assessoram advogados americanos em assuntos relacionados com o direito do seu país de origem ou em que se especializaram; *pro se legal services* são os serviços jurídicos prestados por uma pessoa singular actuando em causa própria, ou porque não tem dinheiro para pagar a um advogado ou porque entende que conseguirá melhores resultados (de notar que a pessoa em causa não tem de ser advogado nem possuir conhecimentos jurídicos; mas, muitas vezes, é assessorada, na sombra, por um advogado, o que contribui para reduzir os honorários deste; já se notou, também, que os juízes tendem a tratar com maior benevolência as partes que se apresentam *pro se*) – cfr. JOHNSTONE, Quintin, *An Overview of the Legal Profession in the United States, How That Profession Recently Has Been Changing, and Its Future Prospects* (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 1888. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1888 (acesso em 16.01.2015).

⁶⁵⁵ A título de curiosidade, refira-se que em alguns estados se vem combatendo a demora da justiça confiando funções judiciais a advogados em regime de voluntariado (não pago): JOHNSTONE, Quintin, cit., pág. 778 e nota 137.

aprovadas possibilitando aos seus graduados o acesso ao exame estadual para a qualificação como advogado.⁶⁵⁶

Em termos comparativos, pode dizer-se que as universidades, os seus professores e os seus trabalhos têm exercido uma maior influência no desenvolvimento do direito do que em Inglaterra:⁶⁵⁷ ao longo da história do direito e do pensamento jurídico americano, figuras marcantes, como JOSEPH STORY (1779-1845),⁶⁵⁸ CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL (1826-1906),⁶⁵⁹ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (1841-1935),⁶⁶⁰ SAMUEL WILLISTON (1861-1963),⁶⁶¹ KARL LLEWELLYN (1893-1962),⁶⁶² LON L. FULLER (1902-1978),⁶⁶³ RONALD DWORKIN (1931-2013)⁶⁶⁴ e RICHARD POSNER (1939-),⁶⁶⁵ algumas das quais simultaneamente juízes e professores, bem o ilustram.

⁶⁵⁶ Sendo a ABA uma associação privada de nível federal e inscrição facultativa, o acesso dos licenciados ao exame estadual depende de cada estado, pelo que, para além dos cursos aprovados pela ABA, existem outros que conferem esse acesso: A. e ob. cit. em ult. lug., págs. 785-786.

⁶⁵⁷ ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, cit., págs. 39 e ss. Para uma abordagem introdutória das grandes tendências do pensamento jurídico norte-americano assente no debate sobre a relação entre o direito e a moral [as correntes ou escolas de pensamento jurídico nos EUA são quase tantas quanto as igrejas ou confissões religiosas], ver D'AMATO, Anthony, *"Lon Fuller and Substantive Natural Law"* (1981). Faculty Working Papers. Paper 131. <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/131> (acesso em 20.01.2015); FULLER, Lon L., cit.; CALABRESI, Guido, cit.; RICKERT, Paul R., *"Legal Positivism: The Leading Legal Theory in America"* (2005). Faculty Publications and Presentations. Paper 46. http://digitalcommons.liberty.edu/gov_fac_pubs/46 (acesso em 20.01.2015).

⁶⁵⁸ Juiz do Supremo Tribunal Federal e professor de Direito em Harvard, artífice, em colaboração com o Chief Justice John Marshall, da interpretação da Constituição no sentido de expandir o poder federal sobre os estados: cfr. os seus *Commentaries on the Constitution of the United States*, de 1833, em especial a introdução de Arthur E. Sutherland (http://www.constitution.org/js/js_000.htm - acesso em 21.01.2015).

⁶⁵⁹ Professor e reitor da Harvard Law School, foi o introdutor do *case method* no ensino do direito nos EUA: cfr. KIMBALL, Bruce A., *Christopher Langdell: The Case of an 'Abomination' in Teaching Practice, Thought & Action - The NEA Higher Education Journal*, Summer 2004, pp. 23-38.

⁶⁶⁰ Juiz e professor bem conhecido e muito citado cujo pensamento foi o ponto de partida do realismo jurídico norte-americano, "reação à esterilidade do logicismo da Jurisprudência dos conceitos, incapaz de acompanhar o desenvolvimento industrial e social" (JUSTO, A. Santos, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pág. 66).

⁶⁶¹ MOVSESIAN, Mark L., *Samuel Williston*, Harvard Magazine, 2006 – <http://harvardmagazine.com/2006/01/samuel-williston.html>, acesso em 19.01.2015.

⁶⁶² CORBIN, Arthur, *"A Tribute to Karl Llewellyn"* (1962). Faculty Scholarship Series. Paper 2879. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2879 - acesso em 19.01.2015.

⁶⁶³ *Supra*, nota 657.

⁶⁶⁴ Sobre essa "referência do pensamento jurídico contemporâneo", NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico...*, cit., págs. 349-444. Sublinhando as semelhanças entre o pensamento de DWORKIN e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, HALL, Jeffrey B., *Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany*, 9 German Law Journal 771-798 (2008), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=966> (acesso em 20.01.2015).

⁶⁶⁵ Um dos pioneiros da análise económica do direito: cfr. HIRSCH, Werner Z., *Law and Economics – An Introductory Analysis*, second edition, Academic Press, Inc., San Diego, 1988, pág. xix; GAROUPA, Nuno, *Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito*, Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, cepejus, v. 1, n. 1 (2009), Autor que investiga o insucesso desta corrente de pensamento jurídico fora dos EUA (e de Israel), em *A Análise Económica do Direito e o Paroquialismo Legal*, Idem, v. 3, n. 1, p. 2-21, 2011 (tradução para português do Brasil de Márcio Antônio Magalhães Canedo). Para a crítica desta corrente funcionalista, NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico...*, cit., pág. 352, nota 1082.

8. Proximidade ao *civil law*

Codificação, unificação da profissão de advogado e o papel da academia no desenvolvimento do direito revelam uma maior proximidade do direito norte-americano do que do direito inglês aos sistemas romano-germânicos, algo “between the common law and civil law legal traditions”⁶⁶⁶ – embora, como veremos, a aproximação *common law-civil law* esteja aí e seja produto de movimentos confluentes de ambos os lados.⁶⁶⁷ Indicadores dessa aproximação temo-los, por exemplo, na proliferação legislativa, na codificação-descodificação, no papel do juiz, na abertura dos ordenamentos do *common law* a princípios clássicos do *civil law*, como o da boa-fé, e a figuras que dele decorrem, v.g. a *culpa in contrahendo* (considerada contrária à liberdade contratual tão cara à tradição anglo-saxónica: enquanto o direito inglês se mantém praticamente irredutível,⁶⁶⁸ o direito americano vai-se tornando permeável à sua aceitação.⁶⁶⁹)

§ 3º - Codificação

O direito anglo-saxónico (ou anglo-americano⁶⁷⁰) conhece bem a tradição romano-germânica da codificação, o seu sentido e características;⁶⁷¹ e, se bem que a experiência americana lhe seja relativamente mais próxima, não faltam em Inglaterra juristas de prestígio reclamando-a. E, aqui também, o direito comercial é precursor.⁶⁷² Todavia, o que se busca por essas paragens – incluindo os EUA⁶⁷³ - é muito mais a compilação/consolidação por sectores jurídicos – esfumada que foi a aspiração benthamiana de um código único e geral⁶⁷⁴ - do que a elaboração de códigos verdadeiros e próprios, a ordenação e sistematização de um direito jurisprudencial que se não quer abandonar,⁶⁷⁵ a fim de simplificar o “labirinto” em que se transformou e que se não coaduna mais com as exigências da sociedade que visa regular – enfim, tornar menos fragmentárias as concretizações legislativas,⁶⁷⁶ ampliando-as pela transferência para as

⁶⁶⁶ Von MEHREN, Arthur T., cit.

⁶⁶⁷ *Infra*, § 4º.

⁶⁶⁸ GOODE, Roy, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, cit., pág. 3.

⁶⁶⁹ KESSLER, Friedrich/FINE, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, (1964). Faculty Scholarship Series. Paper 2724. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724 (acesso em 16.01.2015); HOUH, Emily, *"The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?"* (2005). Faculty Articles and Other Publications. Paper 103. http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/103 (acesso em 16.01.2015). Para maiores desenvolvimentos, *infra* § 4º.

⁶⁷⁰ Utilizamos a expressão “direito anglo-americano” para significar o conjunto dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano, que são o nosso objecto de estudo neste capítulo, sendo certo que a referida expressão está longe de ser unívoca, pois é utilizada em, pelo menos, dois outros sentidos: um, mais amplo, de família, sistema ou subsistema jurídico do *common law* (ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes...*, cit., pág. 11), outro, mais restrito, de direito dos Estados Unidos da América, “which has its roots in English common law” (FINE, Toni M., cit., pág. 15, nota 1).

⁶⁷¹ *Supra*, nota 410.

⁶⁷² *Supra*, nota 378.

⁶⁷³ *Infra*, Cap. IV, § 1º, 3.

⁶⁷⁴ SCARMAN, Leslie George, loc. cit.

⁶⁷⁵ ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, cit., pág. 162.

⁶⁷⁶ *Supra*, notas 597 e 598.

consolidações (*codes*) de núcleos substanciais do tecido jurídico geral que é o *common law*.

§ 4º - Aproximação ao *civil law*

A revista que acabámos de passar ao direito anglo-americano revelou-nos importantes diferenças relativamente aos ordenamentos da família romano-germânica⁶⁷⁷ ⁶⁷⁸— diferenças que, se bem que patentes em aspectos que diríamos mais técnicos ou instrumentais (*adversarial process* versus *inquisitorial process*),⁶⁷⁹ são sobretudo culturais, produto da sedimentação histórica de uma certa maneira de ver o mundo e a vida (as fontes do direito e o tecido jurídico, o papel e o *status* do juiz, as profissões forenses, a formação jurídica, o lugar da academia). Diferenças que, sendo desta natureza, identitárias, tendem a permanecer, só podendo esbater-se muito lentamente, pelo contacto com outras perspectivas, pela receptividade em relação a outras soluções, pela afirmação de valores comuns - mas não pelo nivelamento forçado pela régua e esquadro de burocratas integradores.⁶⁸⁰

Apesar destas diferenças matriciais, a exposição mútua a que este nosso tempo obriga tem vindo a aproximar as duas grandes famílias jurídicas, notando-se vários pontos de convergência, outras tantas brechas na “iron curtain” que divide os seus dois mundos.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ Para a noção de *família jurídica* e a sua distinção de *tradição jurídica* e de *sistema jurídico*, VICENTE, Dário Moura, *O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, cit., pág. 7.

⁶⁷⁸ Existem, também, como se sabe, diferenças por vezes assinaláveis entre sistemas da mesma família jurídica, quer do lado anglo-americano (*supra*, § 2º) quer do lado romano-germânico (cfr. A e ob. cit. na nota anterior).

⁶⁷⁹ Não esquecendo o papel importantíssimo que o processo teve no desenvolvimento do *common law* (*supra*, notas 276 e 279) e do direito comercial em geral (*supra*, nota 151).

⁶⁸⁰ *Supra*, nota 106.

⁶⁸¹ SAND, Peter H., *Current Trends in African Legal Geography: The Interfusion of Legal Systems*, 1971 (<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/05/sand-art.pdf> - acesso em 27.01.2015). Aproximação facilitada (ou, mesmo, impulsionada) pela integração regional (União Europeia, Mercosur, Ohada, com destaque, na actualidade, para a primeira): cfr. *L'Influence Internationale du Droit Français*, Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2001, pág. 36; bem como pela uniformização internacional do direito e a exportação/importação de produtos jurídicos: veja-se, por exemplo, a *Convenção relativa à lei aplicável ao Trust e ao seu reconhecimento* (Haia, 1985), reconhecida, entre outros países, pela Itália (Lei n. 364 de 16 de Outubro de 1989) – sobre o ponto, para além da já citada obra de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, na perspectiva do direito português (em que o instituto já está consagrado, mas apenas na Zona Franca da Madeira e em relação a actividades *off-shore*), TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz/CAMPOS, Diogo Leite de, cit., *max.* págs. 173 e ss.; PATRÃO, Afonso, *Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, BFD 87 (2011), pp. 357-427; enquadrando o *trust* no processo de aproximação dos direitos privados dos Estados-Membros da União Europeia e analisando a sua possível origem no direito romano e a sua pertença à tradição do *ius commune*, o que faz desse “instituto invulgar e excêntrico” um traço de união entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*, SILVA, Marta Lúvia dos Santos, *O trust no Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu e as suas raízes históricas no Direito Romano*, O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 803-823. Cfr. tb. *infra*, notas 781 e 977. Outro instituto-ponte a destacar é o da indemnização punitiva (*punitive damages*): *supra*, nota 653.

1. Em geral

1.1. Partilha do mesmo modelo económico-social e do mesmo quadro referencial de valores

Common law e *civil law* agrupam sistemas jurídicos de sociedades de tipo ocidental, que têm em comum o modelo de economia de mercado e um programa social tendencialmente inclusivo – naturalmente que em andamentos diferentes, de acordo com as especificidades próprias da experiência histórica e da vivência de cada povo.

Mas que acima de tudo partilham o mesmo quadro referencial de valores: dignidade da pessoa, liberdade e igualdade.⁶⁸²

1.2. Lei e codificação

A principal fonte do direito é, no *civil law*, a lei e, no *common law*, a jurisprudência. Naquele, as grandes leis, a começar pela constituição, apresentam-se sob a forma de códigos, alguns dos quais são verdadeiros monumentos da sua história e cultura mas nas últimas décadas sujeitos a forte erosão provocada por legislação extravagante; neste, a lei, nas suas diversas manifestações, vai proliferando, impelida pelas comuns exigências da sociedade técnica e, assim agravado o tradicional “labirinto jurídico”, aí se busca

⁶⁸² Liberdade e igualdade são, como é bem sabido, os valores fundamentais da civilização ocidental desde a Revolução Francesa, posto que ao terceiro elemento da trilogia revolucionária, a fraternidade (hoje comumente designada pelo termo mais asséptico “solidariedade”), sempre correspondeu, na Europa continental, um papel propagandístico, de apelo às massas (*supra*, nota 32), mesmo quando serviu de justificação para o Estado Providência, modelo em que a ideia de igualdade sobreleva a de liberdade, como previra TOCQUEVILLE (*Democracy in America*, vol. II, sec. 2, ch. I - <http://www.gutenberg.org/files/816/816-h/816-h.htm#link2HCH0022>, acesso em 29.01.2015); nos países anglo-saxónicos, a liberdade foi sempre o valor cimeiro: VICENTE, Dário Moura, *O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, cit., pág. 15; BHAMRA, Meena K., *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, Ashgate Publishing Limited, England, 2011, pág. 89; The Telegraph, *Ten core values of the British identity*, 27 Jul 2005 (<http://www.telegraph.co.uk/comment/telegraph-view/3618632/Ten-core-values-of-the-British-identity.html> - acesso em 29.01.2015), elenco de valores fundamentais de que a igualdade está simplesmente ausente; DORN, James A., *Equality, Justice, and Freedom: A Constitutional Perspective*, 1.10.2014 (<http://www.libertarianism.org/publications/essays/equality-justice-freedom-constitutional-perspective> - acesso em 29.01.2015), Autor que comenta criticamente a tese de THOMAS PIKETTY em *Capital in the Twenty-First Century* (<http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2014/06/14Thomas-Piketty.pdf> - acesso em 29.12.2015). A dignidade da pessoa como base primeira e fundamento de todos os outros valores foi enfaticamente afirmada após a II Guerra Mundial e por efeito dos seus horrores, tanto no mundo romano-germânico quanto no anglo-americano, como o atestam as constituições continentais, em particular a alemã, o *Human Rights Act* no Reino Unido e a jurisprudência constitucional norte-americana (bem como algumas constituições estatais): cfr. SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 44 e ss.; JACKSON, Vicki C., *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 Mont. L. Rev. 15-40 (2004) – <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106> (acesso em 29.01.2015). Comentando a banalização da fórmula “eminente dignidade da pessoa humana”, reduzida a “tropo retórico” que, servindo para tudo, não serve para nada, e propondo “a substituição gradual da cultura formalista dos direitos pela cultura substancial da pessoa”, base e “fundamento do Direito”, ASCENSÃO, José de Oliveira, *O “Fundamento do Direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa*, HOMEM, António Pedro Barbas/BRANDÃO, Cláudio (org.), *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 15-32.

também a codificação, apesar de, descontadas intervenções de excepção – como a de LORD SCARMAN⁶⁸³ -, com contornos essencialmente distintos.⁶⁸⁴

1.3. O papel do juiz e o precedente

Extremando posições, diz-se frequentemente que nos sistemas romano-germânicos, assentes na lei e nos seus códigos, o juiz se limita a deduzir das proposições legais abstractas a solução para o caso concreto a decidir, segundo o esquema do silogismo judiciário; e que, ao contrário, o juiz do *common law* induz do caso concreto o princípio jurídico com base no qual o decide. E que o primeiro é independente de todos os outros juízes e tribunais, seja qual for a sua posição na hierarquia judiciária, pelo que as decisões desses outros tribunais só o afectam na medida do caso julgado, não lhes devendo obediência, ao passo que o segundo está limitado pelo precedente judicial obrigatório.

Como tivemos ocasião de constatar, esta não é mais a realidade nem num caso nem no outro: - no direito anglo-americano são múltiplas as válvulas de escape ao *binding precedent* (não vinculação dos tribunais supremos às suas decisões anteriores, o *overruling* e, em particular, o *distinguishing*); - nos direitos romano-germânicos o papel do juiz vai muito para além da aplicação silogística da lei, da “lógica” invocada por OLIVER HOLMES ou do juiz-*bouche de la loi* do legalismo estrito, aproximando-se da função criadora do direito,⁶⁸⁵ o que conduz à crescente importância das correntes jurisprudenciais uniformizadas (*precedentes de facto*), por vezes com elevado grau de persuasão.⁶⁸⁶

Convergência que se nota ainda num certo “cosmopolitismo” dos juízes ou “comércio entre juízes”: “Durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do direito, os juízes são hoje provavelmente os agentes mais activos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros da sua transformação. Até muito recentemente confinados ao território nacional, os juízes passam, de agora em diante, a estabelecer entre eles, e

⁶⁸³ *Supra*, notas 410, 597 e 599.

⁶⁸⁴ *Supra*, § 3º.

⁶⁸⁵ De notar, a este respeito, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 743/1996 (Monteiro Diniz): “Com efeito, o Tribunal limitou-se, situando-se aliás no plano que lhe pertence como Tribunal Supremo e órgão superior de administração da justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional, a apresentar subsídios jurisprudenciais como complemento da sua actividade decisória, *fazendo-o enquanto órgão de criação do direito*, como necessariamente hão-de ser considerados todos os Tribunais Supremos.” (V, 2) – itálico nosso (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html> - acesso em 29.01.2015).

⁶⁸⁶ *Supra*, nota 521. Uniformização da jurisprudência que, aproximando as duas famílias jurídicas, contribui para a afirmação de um direito jurisprudencial – ou de um “desenvolvimento jurisprudencial do direito” - tendencialmente global: cfr. COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *Conceito e Validade do Direito. O Direito dos Juízes*, BFD 86 (2010), págs. 263 e ss, onde se transcrevem passagens de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão de sentido muito próximo ao que é usual encontrar-se nas decisões dos juízes anglo-americanos. No mesmo sentido, entre nós, SEIA, Jorge Alberto Aragão, *O Papel da Jurisprudência na Aplicação do Código das Sociedades Comerciais*, IDET, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 16; e, no direito italiano, VIOLA, Luigi, *Il vincolo delle Sezioni Unite introdotto dal Dlgs n. 40/2006: ombre e luci*, 27.02.2006 - <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10399>, itálico nosso - acesso em 2.03.2015); GIUSTI, Alberto, *L'assegnazione del ricorso e lo svolgimento dell'udienza*, IANNIRUBERTO, Giuseppe/MORCAVALLO, Ulpiano (ed.), *Il Nuovo Giudizio di Cassazione*, II Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010, págs. 430-432. Afirmando claramente o papel da jurisprudência (e da doutrina) como fonte do direito, MONTEIRO, António Pinto, *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, cit., max. pág. 73.

através das fronteiras, relações cada vez mais sólidas e confiantes. Estas relações podem tomar as formas mais diversas: referência a julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional, intercâmbio de argumentos, formações comuns, diálogo entre tribunais, criação de associações transnacionais, de clubes ou sindicatos de juízes, capitalizações informais de jurisprudências, etc. É neste contexto que, nos últimos anos, relativamente a matérias tão sensíveis como a homossexualidade, a eutanásia ou o financiamento das campanhas eleitorais pudemos ver juízes europeus socorrerem-se de argumentos dos seus homólogos americanos e juízes americanos basearem-se em demonstrações dos seus colegas europeus.” “Nos meios académicos, este comércio entre juízes condensa em si mesmo as esperanças mais desmedidas e os receios mais irracionais. Alguns consideram-no o estádio último de um ‘governo dos juízes’, transposto para um nível global, em detrimento dos interesses nacionais e da legitimidade democrática. Outros, pelo contrário, antevêm aqui o sinal de um caminhar lento, mas seguro, em direcção a um direito universal que, embora não esteja ainda concretizado – ainda estamos longe disso – constituiria, no entanto, o horizonte de expectativa de uma humanidade unida.”⁶⁸⁷

1.4. Justiça *versus* segurança

“... in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right.”⁶⁸⁸

O *common law*, assente no precedente judicial, opta confessadamente pela segurança jurídica (*certainty, predictability*): é necessário que os diversos actores sociais – particulares, empresas, entes públicos – conheçam antecipadamente as regras do jogo para que possam planear as suas actividades e conformar os seus comportamentos, sem surpresas. Segurança que proporcione a coerência do sistema (*consistency*) – casos análogos terão a mesma solução do passado.⁶⁸⁹

E se este apego à segurança – que não deixa de corresponder a uma profunda inclinação do ser humano⁶⁹⁰ - produzir clamorosa injustiça? A resposta tradicional consiste em exigir ao parlamento que altere, mediante legislação, o direito jurisprudencial fixado. No entanto, há muito que se introduziram mecanismos (jurisprudenciais) que permitem, sem necessidade de intervenção legislativa, encontrar pontos de equilíbrio no binómio “justiça-segurança”: distinguindo os casos em que mais vale uma decisão coerente com o passado do que uma solução justa daqueles em que se deve procurar, acima de tudo, a

⁶⁸⁷ ALLARD, Julie/GARAPON, Antoine, *Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, 2006, págs. 8-9.

⁶⁸⁸ Justice BRANDEIS em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), pág. 406 (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/393/case.html> - acesso em 30.01.2015).

⁶⁸⁹ Isto sem embargo de todas as dificuldades inerentes ao método de selecção do precedente: cfr. *supra*, § 1º, ponto 3.3.3.

⁶⁹⁰ “Human beings crave order and are fearful of chaos”: HUDSON, Alastair, cit., pág. 1315, citando FREUD.

justiça,⁶⁹¹ revogando (ou afastando) precedentes,⁶⁹² alargando o campo de manobra do juiz através do *distinguishing*.

Apego à segurança jurídica que marcou também – e de que modo! – a tradição romano-germânica com o positivismo legalista da *École de l'Exégèse*.⁶⁹³ Mas, prosseguindo objectivos idênticos aos do direito anglo-americano, vem abandonando o “caminho da servidão” relativamente ao direito legislado, reconhecendo ao juiz, outrora mero intérprete-aplicador, uma função (re)criadora.⁶⁹⁴

E em qualquer destas famílias jurídicas a “tensão dialéctica” entre a justiça e a segurança⁶⁹⁵ há-de ser superada a favor primeira – até porque sem justiça não há segurança, pois esta “só se realizará satisfatoriamente a partir do correcto entendimento do ser e da verdade do Direito, assegurada a primazia da justiça, no quadro de um autêntico (*material* ou *substancial*) Estado de Direito, i. é, um *Estado de Justiça*, e de uma democracia ética.”⁶⁹⁶

1.5. Acesso à Justiça

Outro aspecto em que se nota clara convergência entre o direito anglo-americano e o direito romano-germânico prende-se com a questão fundamental do acesso à Justiça, quer nos problemas de que enferma quer nas vias de solução encontradas.⁶⁹⁷

No *Access to Justice Final Report (2009)*, LORD WOOLF identifica os problemas do sistema inglês de administração da justiça civil: “The defects I identified in our present system were that it is *too expensive* in that the costs often exceed the value of the claim; *too slow* in bringing cases to a conclusion and *too unequal*: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is *too uncertain*: the difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is *incomprehensible* to many litigants. Above all it is *too fragmented* in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and *too adversarial* as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not

⁶⁹¹ Distinguindo áreas em que a segurança deve prevalecer, como o direito comercial, de áreas em que deve ser dada a primazia à justiça, como o direito constitucional, em particular quando estão em causa “direitos humanos”: cfr. MASON, Sir Anthony, cit., pág. 2.

⁶⁹² *Supra*, nota 491.

⁶⁹³ CHORÃO, Mário Bigotte, *Positivismo Jurídico*, cit. e *Segurança Jurídica*, POLIS 5, col. 642-655; NEVES, A. Castanheira, *Escola da Exegese*, cit.

⁶⁹⁴ *Supra*, nota 523. Para a convergência entre as duas famílias jurídicas no tocante à interpretação jurídica, ver ponto anterior (1.3.).

⁶⁹⁵ MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito...*, cit., págs. 55, e nota 1, e ss.

⁶⁹⁶ CHORÃO, Mário Bigotte, *Segurança Jurídica*, cit., col. 654 - cfr., todavia, MACHADO, J. Baptista, ult. ob. cit., pág. 56; ATIYAH, P. S., *Justice and Predictability in the Common Law*, cit., pág. 458, Autor que refere neste texto, por um lado, uma maior inclinação do direito inglês para a segurança jurídica e, por outro, uma maior aproximação, também sob este aspecto, do direito americano ao *civil law*.

⁶⁹⁷ Entendido o termo “Justiça” no sentido de órgãos (ou sistema) de administração da justiça: tribunais e entidades de gestão de meios alternativos de resolução de conflitos (dos quais – em particular dos primeiros, vistos como prestadores de um serviço público – se espera, naturalmente, a mais perfeita realização possível do valor justiça através do Direito). Concentramos, naturalmente, a nossa atenção na Justiça civil (ou cível) e não na Justiça penal, administrativa ou noutros sectores especializados – mas pode observar-se que, em geral, os problemas são os mesmos.

enforced by the court.”⁶⁹⁸ Descrição que, descontadas algumas especialidades, nos soa bem familiar: custo, demora, desigualdade de acesso de ricos e pobres.⁶⁹⁹

No plano das soluções, temos a crescente intervenção do juiz na condução do processo (controlo da actuação das partes, da produção da prova, encorajamento da solução do pleito por acordo das partes ou do uso de meios alternativos de resolução do litígio, entre outras novas responsabilidades) – que limitou a tradicional liberdade das partes e a natureza dispositiva (*adversarial*) do processo⁷⁰⁰ - e o crescente recurso aos meios alternativos, como a mediação e a arbitragem.⁷⁰¹

2. No direito comercial

Como direito de actividades com vocação internacional, o direito comercial ilustra naturalmente a aproximação entre famílias jurídicas de que tratamos – até porque muitas

⁶⁹⁸ Section I, 2. (itálico nosso) - <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm> - acesso em 30.01.2015. Sobre as pressões a que o sistema de administração da justiça inglês tem estado sujeito nas últimas décadas e as sucessivas reformas de que tem sido alvo, SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 233 e ss.; LADY BRENDA HALE, *Equal Access to Justice in the Big Society* (https://www.supremecourt.uk/docs/speech_110627.pdf - acesso em 30.01.2015), que, a propósito do custo dos serviços dos tribunais e dos advogados, cita uma célebre frase geralmente atribuída a Lord Justice Mathew: “in England, justice is open to all – like the Ritz” (pág. 7 e nota 9); e Dame HAZEL GENN, *Judging civil justice*, The Hamlyn Lectures 2008 (https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/lawimages/hamlyntrust/Genn_judging_civil_justice.pdf - acesso em 30.01.2015).

⁶⁹⁹ Relativamente aos problemas e perspectivas de melhoria do sistema de justiça português, ver o lúcido e demolidor ensaio de NUNO GAROUPA *O Governo da Justiça*, publicado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, em Setembro de 2011. Dando conta de resultados de investigação que apontam para quatro grandes problemas da justiça portuguesa – ineficiência, morosidade, inacessibilidade e desperdício -, SANTOS, Boaventura Sousa, *A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas* (http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Justica_em_Portugal_Manifesto_2005.pdf - acesso em 31.01.2015).

⁷⁰⁰ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 238 e ss.; FINE, Toni M., cit., pág. 86; centrando-se no caso português mas com análise comparada, GOUVEIA, Mariana França, *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa - Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão* (www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2830.doc - acesso em 2.02.2015); sobre os princípios estruturantes do Código de Processo Civil de 2013, CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *O Novo Processo Civil - Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, caderno I, 2ª edição, Dez. 2013 (e-book), págs. 49 e ss.; sobre o princípio da gestão processual e dando conta da aproximação *common law – civil law* no âmbito do processo civil, MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil*, RLJ, Ano 145º, N° 3995 (Nov. – Dez. 2015), págs. 78 e ss., max. 85 e ss.

⁷⁰¹ SLAPPER, Gary/KELLY, David, cit., págs. 236 e ss.; FINE, Toni M., cit., págs. 75 e ss. É interessante notar que nos EUA a taxa de solução por acordo das pendências judiciais em matéria civil (*settlement agreements*) é enorme (mais de 90%) e que a mesma forma de resolução de processos é também possível (e frequente: *plea-bargaining arrangements*) em matéria criminal – o que é atribuído à existência de júri não só nas questões criminais como nas civis que, tornando o processo mais demorado e dispendioso, incentiva os acordos (A. e ob. cit. em ult. lugar, pág. 81). [Autora que comenta que o sistema judicial dos Estados Unidos não poderia funcionar se não fosse a importantíssima acção conjugada dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADR) e dos acordos entre as partes no sentido de retirar processos dos tribunais.] Sobre estes meios alternativos e a sua contribuição para o descongestionamento dos tribunais e a solução do problema da morosidade da justiça, GOMES, Conceição, *Os Atrasos da Justiça*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011, págs. 20 e ss., Autora que exprime preocupações quanto ao impacto da expansão do seu uso na igualdade de acesso à justiça.

das suas figuras contemporâneas têm origem no mundo anglo-saxónico, com particular destaque para os EUA.⁷⁰²

Propomos-nos exemplificar tal facto recorrendo a três institutos jurídico-comerciais de indiscutível relevância, entre nós e além-fronteiras: responsabilidade na formação dos contratos de comércio internacional, sociedade comercial simplificada e recuperação da empresa insolvente.

2.1. Responsabilidade na formação dos contratos de comércio internacional (*culpa in contrahendo*)⁷⁰³

2.1.1. Nos sistemas de *civil law*

Trata-se, como se sabe, do problema de saber se, com que alcance e em que medida podem as partes num processo de negociação de um contrato comercial internacional ser responsabilizadas pela violação dos deveres pré-contratuais impostos pelo princípio da boa-fé.⁷⁰⁴

⁷⁰² Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Uma nova modalidade jurídica de financiamento industrial: o 'leasing'*, cit.; ANTUNES, José A. Engrácia, cit., v.g. pág. 25; VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 522-524. Para não falar da importação de “produtos jurídicos” anglo-saxónicos no campo do direito societário, v.g., na governação das sociedades e na responsabilidade dos administradores: cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010; *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Caderno nº 5 do IDET, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010; CÂMARA, Paulo, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 9-141; CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, ROA, Ano 66 (2006), II (www.oa.pt); FERREIRA, Bruno, *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance – Implicações da Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 30, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), Lisboa, Agosto de 2008; FRADA, Manuel A. Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, ROA, Ano 67 (2007), I (www.oa.pt); OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁷⁰³ É claro que o problema e o instituto que visa responder-lhe não são exclusivos da vida e do direito comercial; mas ocupam um lugar de relevo nestes, em particular no âmbito do comércio internacional – domínio em que a complexidade e duração dos processos negociais pôs em crise o modelo clássico de formação do contrato e introduziu uma multiplicidade de figuras pré-contratuais, de diversa natureza, entre as quais os chamados “acordos intermédios”, acordos feitos, normalmente, para “segurar” a negociação e reduzir riscos, entre o início e o termo do processo negocial: cfr. JÚNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, ROA, Ano 57 (1997), II, págs. 566-567; ANTUNES, José A. Engrácia, cit., págs. 93 e ss., com exposição detalhada das figuras jurídicas actualmente utilizadas durante o processo de negociação dos contratos comerciais.

⁷⁰⁴ Isto é: a parte que, por exemplo, deu causa a que a contraparte incorresse em despesas que se vieram a revelar injustificadas em vista do desfecho inconclusivo do processo negocial, ou que omitiu uma informação relevante para a formação da vontade negocial da outra parte ou que divulgou a terceiro informações que a contraparte lhe tinha facilitado no âmbito do processo negocial e contra a expectativa desta, ou, ainda, que actuou excedendo os poderes de representação que lhe tinham sido conferidos ocultando-o da contraparte, responderá civilmente pelos danos causados por esses comportamentos? E responderá apenas pelos danos assim gerados ou, também, pelos decorrentes da não celebração ou da invalidade do contrato que a negociação visava? E responderá seja ou não celebrado esse contrato? E em que termos responderá?

O instituto da responsabilidade pré-contratual é originário do *civil law*. Atribui-se comumente a JHERING a descoberta do instituto da *culpa in contrahendo*,⁷⁰⁵ no seu estudo “*Culpa in contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*” publicado em 1861. No entanto, deve salientar-se que “a ideia de uma responsabilidade por culpa na formação do contrato, embora teorizada e divulgada por Jhering, estava já presente no direito civil, se bem que não com a designação *culpa in contrahendo*...”⁷⁰⁶ De sublinhar, também, “o enorme trabalho da jurisprudência alemã, que a partir do célebre §242 do BGB foi desenvolvendo a aplicação do princípio da boa-fé na fase dos preliminares e da formação do contrato, com o conseqüente reconhecimento da responsabilidade pré-contratual. Esse desenvolvimento levou à posterior consagração nos arts. 197º e 198º do Código Civil grego de 1940, nos arts. 1337º e 1338º do *Codice Civile* italiano e no art. 227º do Código Civil português do dever de actuação segundo a boa fé, durante as negociações para a formação do contrato.”⁷⁰⁷

Nos direitos da família romano-germânica, todavia, a recepção do instituto – que significou a abertura desses sistemas jurídicos “a um inicial e expressivo limite ao princípio da liberdade dos contratantes nas fases anteriores à conclusão do negócio”⁷⁰⁸ - não conduziu a uma solução uniforme, podendo distinguir-se três tipos de soluções:⁷⁰⁹ a) O sistema alemão encara a responsabilidade pré-contratual numa perspectiva contratual, como *responsabilidade obrigacional*:⁷¹⁰ com o início das negociações tendentes à formação de um contrato constitui-se uma relação jurídica obrigacional que integra específicos deveres de conduta a observar durante esse processo formativo (deveres de protecção, informação e lealdade) - relação obrigacional que é concebida de forma muito ampla, integrando deveres tipicamente delituais.⁷¹¹ A violação destes deveres gera a obrigação de indemnizar os danos causados segundo as normas da responsabilidade contratual. “Parece ainda claro que nenhuma razão existe para limitar a correspondente

⁷⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, cit., pág. 527 e ss., max. pág. 528 – nota 3; TELLES, Inocêncio Galvão, cit., pág. 207.

⁷⁰⁶ PINTO, Paulo Mota, *Nota Introdutória a Culpa in contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, de Rudolf von Jhering, Almedina, Coimbra, 2008, págs. XVIII-XIX, nota 40, lembrando que a expressão *culpa in contrahendo* não é inédita entre os romanistas. Cfr. tb. CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit.; ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 3ª reimpressão, Almedina, 1972, pág. 258, nota 1; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade Civil por Ruptura das Negociações Preparatórias de Um Contrato (Anotação ao Acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 1981)*, RLJ 116 (1983-1984), págs. 89-90; PRATA, Ana, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, 2005, págs. 7 e ss.

⁷⁰⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, ROA, Ano 60 (2000), I, págs. 67-68.

⁷⁰⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, cit., pág. 101.

⁷⁰⁹ VICENTE, Dário Moura, *A formação dos contratos internacionais*, Estudos de Direito Comercial Internacional, cit., pág. 212.

⁷¹⁰ Quanto à dicotomia tradicional da responsabilidade civil, noção, terminologia e regime, bem como quanto à “terceira via”, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., págs. 137-138 e nota 137. Tendo em conta que a adequação das diversas terminologias que têm sido usadas é apenas tendencial, utilizamos indistintamente as expressões “responsabilidade contratual”/“responsabilidade obrigacional” e “responsabilidade extracontratual”/“responsabilidade extraobrigacional”.

⁷¹¹ Criticando, nesta sede, a admissão dos deveres de protecção das partes, TELLES, Inocêncio Galvão, cit., págs. 205-206, nota 209; observando que o seu reconhecimento conduziu a jurisprudência alemã a uma *descontratualização da ‘culpa in contrahendo’*, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, cit., pág. 553.

indemnização ao interesse negativo: tudo depende do sentido e do conteúdo dos deveres que, *in concreto*, se mostrem violados”.^{712 713}

b) Em França, a responsabilidade pré-contratual é entendida, numa perspectiva legal, como *responsabilidade extraobrigacional*, recusando-se a existência de um vínculo obrigacional entre as partes que negociam com vista à futura conclusão de um contrato, admitindo-se apenas o ressarcimento dos danos causados *in contrahendo* nos termos da responsabilidade aquiliana ou delitual.⁷¹⁴ “No direito francês, baseado na grande cláusula geral do art. 1382º do *Code Civil*,⁷¹⁵ a culpa na formação dos contratos é qualificada naturalmente como *faute*, gerando uma responsabilidade delitual.”⁷¹⁶ Este conceito impreciso de *faute* (falta) “aspira todos os problemas, que postulem danos, para a responsabilidade civil”, sem atender às especificidades existentes.⁷¹⁷

De igual modo, em Espanha, na falta de regra codificada em que se funde a responsabilidade pré-contratual, propende a doutrina para a reconduzir à responsabilidade delitual.⁷¹⁸

c) Uma terceira solução é a dos sistemas jurídicos – como o suíço,⁷¹⁹ italiano⁷²⁰ e português - que seguem uma via híbrida, admitindo a existência de deveres pré-contratuais de conduta fundados no princípio da boa-fé e sujeitando o dever de indemnizar resultante do seu incumprimento às normas da responsabilidade contratual ou da

⁷¹² CORDEIRO, António Menezes, *A modernização do Direito das Obrigações*, ROA, Ano 62 (2002), II, pág. 9.

⁷¹³ Apesar de a Alemanha ser a sua pátria, o instituto da *culpa in contrahendo* só foi codificado, integrando-se no BGB (§311), em 2001-2002 com a *Lei para a modernização do Direito das obrigações*, aprovada em 11 de Outubro de 2001, a maior reforma da área mais nobre do direito civil alemão desde a publicação do Código em 1896 (CORDEIRO, António Menezes, *A modernização do Direito das Obrigações*, cit.).

⁷¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, cit., pág. 68; VICENTE, Dário Moura, ult. ob. e loc. cit.; PRATA, Ana, cit., pág. 171; CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, cit., págs. 564-565, numa exposição fortemente crítica da doutrina francesa.

⁷¹⁵ “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”

⁷¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, ob. e loc. cit.

⁷¹⁷ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit.

⁷¹⁸ PRATA, Ana, cit., pág. 208; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Número 2130, Abril de 2011, pág. 10 (www.mjusticia.es/bmj – acesso em 3.02.2015), que aprecia as grandes inovações que a proposta de revisão do Código Civil de 2009 (Ministerio de Justicia, Boletín de Información Año LXIII, Enero de 2009) visa introduzir no ordenamento espanhol; VALÉS DUQUE, Pablo, *La Responsabilidad Precontractual*, Editorial Reus, SA, Madrid, 2012, págs. 184 e ss.

⁷¹⁹ Para o direito suíço, em que o tema da qualificação da *culpa in contrahendo* – instituto introduzido por via jurisprudencial integrado no conceito mais geral de responsabilidade fundada na confiança - tem sido muito discutido no quadro da reavaliação e relativização da clássica dicotomia responsabilidade contratual-responsabilidade delitual, ver WESSNER, Pierre, *La Distinction de la Responsabilité Contractuelle et de la Responsabilité Délictuelle*, III (http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280034_P.WESSNER.pdf - acesso em 3.02.2015).

⁷²⁰ No que toca ao direito italiano, dando conta, quanto à qualificação da *culpa in contrahendo*, das actuais divergências entre a doutrina, que se vai inclinando para a considerar como responsabilidade contratual, à alemã, pelo peso dado à relação de proximidade das partes que negociam com vista à conclusão de um contrato, e a jurisprudência, que se mantém fiel à tradição francesa da responsabilidade aquiliana, MANNA, Lorena, *Le Obbligazioni Senza Prestazione – Lineamenti Teorici*, in GAROFALO, Luigi/TALAMANCA, Mario (dir.), *Trattato delle Obbligazioni*, vol. I, tomo III, CEDAM, 2010, págs. 10-11 e notas 37 e 38; para uma comparação do direito italiano com os sistemas do *common law*, LAS CASAS, Antonio, *Affidamento Precontrattuale e Rimedi nei Sistemi con “Immunità Precontrattuale”* (http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/lascasas_affidamento.pdf - acesso em 4.02.2015).

responsabilidade extracontratual consoante a natureza do respectivo facto indutor e da questão *sub judice*.⁷²¹

O direito português, que codificou o instituto já em 1966,⁷²² recebeu a versão mais lata da figura tal como desenvolvida, em especial, pela jurisprudência alemã, abarcando os deveres de protecção, informação e lealdade e constituindo “um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a prossecução dos fins jurídicos, com uma latitude grande de movimentos”.^{723 724}

2.1.2. Nos sistemas do *common law*

Aqui rejeita-se a existência de qualquer vínculo obrigacional entre aqueles que negoceiam com vista à conclusão de um contrato, apenas se admitindo a imputação de danos causados *in contrahendo* nos termos da responsabilidade extracontratual. A abertura de negociações para a celebração de um contrato não cria aí entre as partes qualquer relação jurídica integrada por deveres de conduta específicos fundados na boa-fé: cada uma delas pode, por exemplo, conduzir negociações paralelas sem informar a outra e rompê-las arbitrariamente, mesmo à beira da conclusão do contrato, bem como omitir à contraparte informações vitais para a decisão de contratar, que só ela possui.⁷²⁵ Vigora, tradicionalmente, a perspectiva de que ou se está vinculado por um contrato existente ou não se está, nada obrigando as partes durante o período das negociações – a perspectiva do *all or nothing*, informada pelo “princípio cardeal da liberdade contratual”,⁷²⁶

⁷²¹ VICENTE, Dário Moura, ult. ob. e loc. cit.

⁷²² Art. 227º do Código Civil. Sobre o tratamento da matéria na vigência do Código de Seabra, cfr. PRATA, Ana, cit., págs. 19 e ss. Aí se dá conta de ter FERRER CORREIA admitido que o art. 653º deste código consagrava uma regra “susceptível de ser aplicada por analogia a todos os casos da chamada responsabilidade pré-contratual”. O art. 653º dispunha: “O proponente é obrigado a manter a sua proposta, enquanto não receber proposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsável pelas perdas e danos, que possam resultar da sua retratação.”

⁷²³ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 582.

⁷²⁴ Quanto ao problema da qualificação da responsabilidade pré-contratual – relevante na medida em que, apesar de ambas as modalidades da responsabilidade civil coincidirem na disciplina dos pontos fundamentais da obrigação de indemnização (PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., pág. 137), são de vária ordem as diferenças de regime entre elas: no ónus da prova da culpa do lesante, na prescrição do direito de indemnização, na conjunção ou solidariedade da obrigação indemnizatória, na limitação da indemnização em caso de mera culpa, na responsabilidade por facto de terceiro, nas regras de incapacidade aplicáveis, na constituição em mora do devedor da indemnização, na ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, na fixação contratual dos direitos do credor, em matéria de Direito Internacional Privado (COSTA, Mário Júlio de Almeida, cit., págs. 255-256; PRATA, Ana, cit., págs. 198-202) -, a doutrina portuguesa começou por se inclinar para a tese da responsabilidade extracontratual (COSTA, Mário Júlio de Almeida, cit., pág. 277; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos*, BFD (Suplemento XIV), 1966, págs. 248-249, Autor que viria posteriormente a aderir à tese da responsabilidade *in contrahendo* como responsabilidade contratual (cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, cit., pág. 277 – nota 121), tendo evoluído para a sua qualificação como responsabilidade contratual (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., pág. 206, nota 209; CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, cit., pág. 585; PRATA, Ana, cit., pág. 214).

⁷²⁵ VICENTE, Dário Moura, *A Responsabilidade Pré-Contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*, R. CEJ, Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pág. 35; GOODE, Roy, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, cit., pág. 3.

⁷²⁶ KESSLER, Friedrich/FINE, Edith, cit., pág. 409. É, a este respeito, exemplar a decisão da *House of Lords* (LORD ACKNER) em *Walford v. Miles [1992] 1 All ER 453* (<http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf> - acesso em 5.02.2015.)

pressuposto, ou consequência, do capitalismo e da liberdade de empresa, do qual decorre a concepção do contrato como instrumento de auto-regulação e a ideia de que as partes devem ter a possibilidade de, livremente, romper negociações preliminares sem incorrer em responsabilidade.⁷²⁷

A figura da *culpa in contrahendo* parece, assim, representar uma clivagem profunda entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.

Aquela perspectiva tende, porém, gradualmente, a ser superada, “ainda que continue a fazer-se sentir, de modo mais intenso na Inglaterra do que nos Estados Unidos.”⁷²⁸ Na verdade, através do recurso às cláusulas da *good faith* e da *business convenience*, o moderno direito anglo-saxónico dos contratos avançou muito na conciliação dos valores da liberdade de contratar e da segurança das transacções: a jurisprudência norte-americana tem protegido a parte lesada em caso de a contraparte, após a ter induzido a desenvolver negociações com um objectivo, não declarado, diferente do bom desfecho dessas negociações – por exemplo, para obter um determinado efeito de terceiro, como a redução de preço –, rompe injustificadamente as negociações em curso; protecção concedida com base em figuras como a *misrepresentation* (falsa representação de seriedade no estabelecimento ou na continuação das negociações, causada, intencionalmente, por uma parte à outra) ou a *promissory estoppel* (quebra de promessas específicas feitas por uma parte à outra com o objectivo de a interessar nas negociações e que, razoavelmente, conduzam esta última a confiar nelas).⁷²⁹ A aceitação de um *duty of fair dealing* na interpretação e execução do contrato – se bem que não nos seus preliminares (“tratativas”) –⁷³⁰ é, de igual modo, indicador desse caminho de superação. Esta aproximação gradual do *common law* ao *civil law* no tocante à responsabilidade pré-contratual tornou-se patente, já em meados do século XX, quando um tribunal

⁷²⁷ Auto-regulação que pressupõe a liberdade das partes e a assunção do risco inerente, bem como a responsabilidade de cada uma pela defesa dos seus interesses, sem esperar que seja a contraparte a, em jeito paternalístico, providenciar por essa defesa, como decorre paradigmaticamente do célebre princípio *caveat emptor* do contrato de compra e venda. É manifesto que uma tal concepção (clássica) assenta em premissas que hoje só por excepção se verificam: igualdade (material) das partes, plena liberdade contratual (pense-se, desde logo, na relação comerciante-consumidor, em que, por força das circunstâncias impostas pelo desenvolvimento da economia capitalista ou de mercado, o *caveat emptor* cedeu o lugar ao *caveat venditor* - ANTUNES, José A. Engrácia, cit., pág. 96 e nota 113; *infra*, nota 1660).

⁷²⁸ JÚNIOR, E. Santos, cit., pág. 582.

⁷²⁹ *Idem*, pág. 583.

⁷³⁰ *Restatement (Second) of Contracts*, §205 “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.” *Uniform Commercial Code*, § 1 – 203: “Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.” Cfr. WEIGAND, Tory A., *The Duty of Good Faith and Fair Dealing in Commercial Contracts in Massachusetts*, *Massachusetts Law Review* 2004, v88, n4 - <http://www.massbar.org/publications/massachusetts-law-review/2004/v88-n4/the-duty-of-good-faith>, acesso em 4.02.2015) “... like most of the common law world - including England - we Americans do not recognize a duty of good faith in negotiation - in precontractual relations.” (FARNSWORTH, Allan, *The Concept of Good Faith in American Law*, 1993, pág. 2 - <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth3.html>, acesso em 4.02.2015, Autor que refere ter a introdução legislativa do *duty of good faith and fair dealing* no UCC e, por via deste, no *Restatement (Second) of Contracts* sido inspirada pelo direito alemão através de KARL LLEWELLYN, que estudou e ensinou em Leipzig - ob. cit., pág. 1). Atente-se, todavia, ao comentário sobre o ponto ao § 205 do *Restatement (Second) of Contracts*: “c. Good faith in negotiation. This Section, like Uniform Commercial Code §1- 203, does not deal with good faith in the formation of a contract. Bad faith in negotiation, although not within the scope of this Section, may be subject to sanctions...” (http://www.lexinter.net/LOTWV4/duty_of_good_faith_and_fair_dealing.htm - acesso em 5.02.2015).

californiano, perante uma situação de revogação da proposta contratual antes da aceitação, condenou o proponente a indemnizar o declaratório da proposta com o argumento de que o erro invocado por aquele para se retratar foi causado por culpa sua – o que foi considerado um “*culpa in contrahendo* argument”.⁷³¹

Verifica-se, assim, apesar das limitações decorrentes das diferentes visões sobre a relação entre a liberdade e a socialidade que ainda separam a pré-compreensão dos juristas dos mundos romano-germânico e anglo-saxónico, uma clara aproximação a este propósito:⁷³² a liberdade de contratar é a regra, as situações-limite que geram responsabilidade pré-contratual são excepção - justificada pelo combate ao uso abusivo dessa liberdade, com violação da boa-fé, em defesa da mesma liberdade: “good faith and *culpa in contrahendo*, used with restraint, are ‘residual’ categories whose existence is vital to an open system of contract justice and to a restriction of contractual freedom in the interest of its own preservation.”^{733 734}

2.2. A GmbH Light

O fomento da iniciativa empresarial, preocupação central do direito comercial contemporâneo, esteve na origem da criação, na reforma do direito alemão das sociedades de 2008,⁷³⁵ de um subtipo da GmbH (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), fonte

⁷³¹ KESSLER, Friedrich/FINE, Edith, cit., pág. 424.

⁷³² “Our survey shows that notions of good faith and *culpa in contrahendo* have not been confined to civil law countries.” (Idem, pág. 448.)

⁷³³ Idem, pág. 449.

⁷³⁴ Sintetizando: 1) Direito inglês: a) não reconhece um princípio geral de boa-fé do qual se possam deduzir deveres de conduta entre as partes que negociam com vista ao estabelecimento de uma relação contratual (*no implied duty of good faith and fair dealing*) – *Walford v. Miles*, cit.; b) mas reconhece os acordos em que as partes expressamente se obrigam a negociar em boa-fé (*express duty of good faith and fair dealing*) – *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras [2005] EWCA Civ 891* (<http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawReportsIndex/Mediation%20Data%20Base%20by%20Date.pdf>); c) nos casos em que as negociações resultam na celebração de um contrato, a actuação das partes na fase pré-contratual influi na interpretação do contrato ou na apreciação da sua validade – *Proforce Recruit Ltd -v- The Rugby Group Ltd; CA 17-Feb-2006* (<http://swarb.co.uk/proforce-recruit-ltd-v-the-rugby-group-ltd-ca-17-feb-2006/>) / *Chartbrook Ltd -v- Persimmon Homes Ltd and Another; ChD 2-Mar-2007* (<http://swarb.co.uk/chartbrook-ltd-v-persimmon-homes-ltd-and-another-chd-2-mar-2007/>); d) quando das negociações não resulta qualquer contrato, inexistindo uma regra geral de responsabilidade pré-contratual e levando em conta a *doctrine of consideration* – que reduz o quadro de vinculação das partes à existência de benefícios/prejuízos -, restarão os *equitable remedies* (tradução prática inglesa da boa-fé) e a responsabilidade extracontratual (*tort liability*), conforme os casos. Cfr. CUA, Celina Esther V., *Towards a General Notion of Good Faith in English Contract Law*, University of Amsterdam, Faculty of Law, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297037) e BANAKAS, Stathis, *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, InDret 1/2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368208). 2) Direito norte-americano: a) em regra, a tutela da “confiança pré-contratual” depende de as partes terem demonstrado, pela sua conduta (acordando em aspectos substanciais), a intenção de se vincularem; b) no entanto, não estando embora demonstrada, nesses termos, a intenção de vinculação, em caso de actuação manifestamente desconforme, em que uma das partes falte a promessas que foi fazendo durante o processo negocial com repercussões negativas para a outra parte, a jurisprudência tem accionado a figura da *promissory estoppel* como meio de remediar a injustiça (*Restatement Second of Contracts*, § 90): *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965)* – <http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/Hoffman.pdf>, acessos em 5.02.2015).

⁷³⁵ *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, de 29 de Agosto de 2008. Para informação sobre os pontos essenciais desta reforma do direito germânico das sociedades, DIAS, Rui, *A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos recentes do Direito*

inspiradora da nossa sociedade por quotas,⁷³⁶ a *UG – Unternehmergesellschaft* (“entrepreneurial company”, “sociedade de empreendedores”), subtipo especialmente desenhado para empreendedores, cujas características são a simplificação e flexibilidade, por isso já designado por “*Mini-GmbH*” ou “*GmbH light*”.⁷³⁷

Esta simplificação da *GmbH* representa um passo muito importante do legislador germânico no sentido da promoção da constituição de empresas, reforçando a competitividade internacional desta figura jurídica: basta atentar em que esta inovação legislativa teve em vista combater a prática da “fuga” dos empreendedores alemães da *GmbH* para a *UK Limited*, a homóloga britânica, com um regime muito mais pragmático (e barato) do que a germânica, especialmente depois da reforma de 2006 do *Companies Act*: “In 2006, nearly one in four private limited companies set up by Germans was not a GmbH but a UK Limited.”⁷³⁸

Ora, um dos aspectos centrais do regime da *UG* é a redução do capital mínimo necessário para a sua constituição: enquanto a *GmbH* “normal” exige um capital mínimo de 25.000 euros (§ 5 (1) GmbHG), a *UG* basta-se com a exigência de que haja capital social (§5a (2) GmbHG), o que tem sido entendido como a imposição de um valor mínimo de 1 euro por quota ou parte social (§§ 5a (1) e 5 (2) GmbHG),⁷³⁹ podendo assim ser constituída com apenas 1 euro,⁷⁴⁰ justamente para a tornar acessível a empreendedores com ideias mas sem dinheiro (*start-up entrepreneurs*). No entanto, espera-se que estas sociedades cresçam e gerem lucros, ficando obrigadas a constituir uma reserva legal, pela retenção de um quarto dos lucros distribuíveis de cada exercício, até ao montante do capital mínimo da *GmbH* (25.000 euros).⁷⁴¹

das Sociedades na Alemanha), *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 1, Março 2009, Almedina, Coimbra, pp. 243-251.

⁷³⁶ É conhecido o extraordinário impacto da *GmbH* (*supra*, nota 205), figura jurídico-comercial que se transformou no “Germany’s most appreciated legal export” (BEURSKENS, Michael/ NOACK, Ulrich, 2008, *The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?*, German Law Journal, GmbH – Special Issue, vol. 9, nº 9, pág. 1070 e nota 8 (<http://www.germanlawjournal.com> – acesso em 6.02.2015).

⁷³⁷ SCHMIDT, Jessica, *The New Unternehmergesellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison*, German Law Journal, vol. 9, nº 9, GmbH – Special Issue, 2008, págs. 1093-1108. (<http://www.germanlawjournal.com> – acesso em 6.02.2015.)

⁷³⁸ *Idem*, pág. 1094, nota 3. Estamos aqui em presença de um caso típico de *shopping* do direito: o recurso por cidadãos de um Estado Membro da União Europeia a figura societária de outro Estado Membro, que lhes é mais favorável, para exercer actividade no Estado de origem tem sido considerado pelo Tribunal de Justiça Europeu, desde o famoso caso Centros, conforme ao princípio da liberdade de estabelecimento (cfr. GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pág. 91 e nota 28; BACHMANN, Gregor, *Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company - Special Issue on the Reform of the GmbH*, German Law Journal, GmbH – Special Issue, cit., pág. 1066; DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas*, Estudos de Direito das Sociedades, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 155-156 e notas 22 a 26).

⁷³⁹ SCHMIDT, Jessica, cit., pág. 1097; DIAS, Rui, cit., pág. 245, nota 9.

⁷⁴⁰ No caso de sociedade unipessoal originária, pois cada sócio, podendo ter mais do que uma quota, tem de ter, no mínimo, uma, cujo valor não pode ser inferior a 1 euro (§ 5 (2) GmbHG). A lei alemã admite a unipessoalidade originária, tanto nas sociedades por quotas como nas anónimas: sobre o ponto, ver o nosso estudo *A empresa individual no direito comercial da lusofonia*, RED, Nº 2, 2013, pág. 11.

⁷⁴¹ §5a (3) GmbHG. TÖNIES, Christian/ EICKMANN, Marco, *Germany: Modernising the Companies Act*, 2009 (<http://www.iflr.com/Article/2239266/Germany-Modernising-the-Companies-Act.html> - acesso em 6.02.2015). PAULO DE TARSO DOMINGUES chama a esta solução do legislador alemão de 2008 “elegante e equilibrada para os interesses em confronto” (ob. cit., pág. 184, nota 134).

Inovação que o legislador português acolheu no DL 33/2011, de 7 de Março (art. 3º, que alterou, entre outros, os arts. 201º e 219º, 3, do CSC): o art. 201º prevê agora a liberdade dos sócios na definição do valor do capital social e o art. 219º, 3, impõe o valor mínimo de 1 euro para cada quota ou parte social.^{742 743 744}

Comparando o regime da *UK Limited* com o da *UG*, vemos, a par de diferenças várias,⁷⁴⁵ semelhanças em aspectos relevantes do ponto de vista da *praxis* dos negócios: - exigência de capital mínimo de valor insignificante (1€ na *UG*, 1 pence na *UK Limited*); - admissibilidade da unipessoalidade originária; - flexibilidade na escolha do modelo de organização interna; - informalidade na tomada de deliberações sociais.^{746 747}

⁷⁴² PAULO DE TARSO DOMINGUES observa que o DL 33/2011 “veio introduzir uma desarmonização sistemática no que respeita à figura do capital social mínimo. Com efeito, até este diploma o valor do capital social mínimo exigido para as SQ e para os EIRL foi sempre o mesmo (inicialmente 400 contos e depois 5.000€). Com este diploma (por ‘esquecimento’?), alterou-se o regime das SQ mas manteve-se a exigência de um capital de 5.000€ para o EIRL (cfr. art. 3º, nº 2 do DL 248/86, de 25 de Agosto).” – ob. cit., págs. 184-185, nota 137. Talvez não tenha sido por “esquecimento” mas por se considerar o EIRL já morto: cfr. ANTUNES, José Engrácia, *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada*, RFDP, Ano III, Janeiro 2007, págs. 401-442; e o que escrevemos em *A empresa individual...*, cit., em especial na nota 127.

⁷⁴³ Apreciando esta inovação introduzida pelo DL 33/2011 no sentido de dela retirar argumentos para uma futura admissão de contribuições de indústria na sociedade por quotas, ALVES, Filipe Domingues Cerqueira, *O Decreto-Lei 33/2011 e as Entradas em Indústria nas Sociedades Por Quotas*, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto (Dissertação de Mestrado), 2011 (<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8663/1/Tese%20Mestrado%20Filipe%20Domingues%20Cerqueira%20Alves%20Completa.pdf> – acesso em 6.02.2015). Perspectiva que, apesar de constituir uma “heresia” segundo os cânones consagrados – vejam-se, por exemplo, os arts. 184., § 3º, e 235., § 3º, do Anteprojeto do novo Código Comercial brasileiro –, nos parece de sustentar, *de jure condendo*, por um lado, na medida em que a experiência prática nos leva a acreditar que a verdadeira garantia dos credores sociais é constituída pelas forças do património social, globalmente considerado, verificado e avaliado, em cada momento, pelos documentos de prestação de contas e outros meios técnicos adequados, como os testes de solvabilidade; e, por outro, porque a admissão de sócios de indústria poderá ser o meio jurídico de estimular a vocação empreendedora de jovens com ideias e talento – sabendo que, se não cabe ao direito protagonizar esse estímulo, ao menos deverá exigir-se-lhe que não o dificulte ou contrarie. De todo o modo, perante o nosso direito actual, trata-se mais de uma questão conceitual – caminhamos, ou não, para a abolição pura e simples do capital social, à americana? – do que de real interesse prático, pois 1 euro toda a gente arranja... É interessante notar, a este propósito, a experiência moçambicana ao prever, no Código Comercial de 2005 (arts. 278 e ss.), um novo tipo social, a sociedade de capital e indústria, sociedade com as características essenciais da sociedade por quotas (capital estruturado por cabeça, em quotas ou partes sociais, e responsabilidade limitada de todos os sócios) em que coexistem sócios de capital e sócios de indústria – ou seja, uma sociedade por quotas com sócios de indústria.

⁷⁴⁴ Sobre a actual “crise do capital social”, com indicações sobre a evolução, a este respeito, dos direitos norte-americano, inglês, francês, alemão e italiano, MATOS, Joana Maria Silva Carvalho Campos e, *A Redução do Capital Social e a Tutela dos Credores Sociais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012 (Dissertação de Mestrado), pág. 6, nota 9 (<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9724/1/tese.pdf> - acesso em 11.02.2015).

⁷⁴⁵ Como, por exemplo, no tocante às formalidades de constituição, em que o direito alemão não conseguiu dispensar a escritura pública, e os seus reflexos no custo e no tempo necessário para a conclusão do processo constitutivo, maior na Alemanha do que em Inglaterra, que oferece o “same-day-service”: SCHMIDT, Jessica, cit. págs. 1099 e ss. Já o legislador português aboliu, na Reforma de 2006, a tradicional escritura pública para a constituição das sociedades e tinha criado, em 2005, o regime da “empresa na hora” (cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, “Empresas na Hora”, IDET/Colóquios nº 2 (Temas Societários), Almedina, Coimbra, 2006, págs. 79-105) – inovação aplaudida por MENEZES CORDEIRO como “excelente progresso que honra os seus autores” (*Direito das Sociedades*, cit., pág. 256).

⁷⁴⁶ SCHMIDT, Jessica, cit.

⁷⁴⁷ Tratando da aproximação *common law-civil law*, é curioso lembrar que na fase preparatória do CSC, o Anteprojeto RAÚL VENTURA sugeria a adopção da *sociedade por quotas limitada por garantia*, figura importada do direito inglês em que os sócios não se obrigam a fazer a contribuição de capital à sociedade

2.3. Prioridade à recuperação da empresa insolvente

A recuperação da empresa insolvente constitui um objectivo prioritário do actual direito da insolvência, a tal ponto que a sua prossecução alterou o tradicional paradigma falimentar. O abandono, entre nós, dos quadros estreitos da falência-liquidação data de 1986 (DL 177/86, de 2.07), ano da adesão europeia, sob o impulso da necessidade de reestruturar o tecido económico nacional e seguindo “orientação que ganhou foros de cidade em alguns países europeus”.⁷⁴⁸

O conjunto de instrumentos jurídicos, preventivos e não preventivos da declaração de insolvência, extrajudiciais e judiciais, que o nosso direito actualmente disponibiliza à empresa em dificuldade com vista à sua recuperação,⁷⁴⁹ corresponde a uma orientação geral dos ordenamentos europeus, não só dos que mais de perto inspiraram, neste domínio, o legislador português (alemão e espanhol), como dos direitos francês, italiano e inglês.

Em França, com a reforma de 2005 (Lei nº 2005-845, de 26.07.2005), o *Code de commerce* passou a prever dois mecanismos extrajudiciais preventivos da declaração de falência - *mandat ad hoc* (art. L611-3) e *procédure de conciliation* (art. L611-4) -, cujo resultado pode ser sujeito a homologação judicial, um procedimento judicial preventivo (*procédure de sauvegarde*: arts. L620-1 a L628-7) e um procedimento de recuperação pós falência (*procédure de redressement judiciaire*: arts. L631-1 e ss.).⁷⁵⁰

O direito italiano (*Regio Decreto 16 marzo 1942*, n. 267, com múltiplas e recentes alterações) contempla, também, meios preventivos da declaração de falência, extrajudiciais - *accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182-bis) - e judiciais - *concordato preventivo* (arts. 160 e ss.) -, e meios não preventivos de recuperação da empresa - *concordato fallimentare* (arts. 124 e ss.). A Lei n. 274 de 30 de Julho de 1998, regulamentada pelo Decreto Legislativo n. 270 de 8 de Julho de 1999, criou um instrumento específico para a crise das grandes empresas, a *amministrazione straordinaria*, “con finalita' conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attivita' imprenditoriali” (art. 1. do DL n. 270).⁷⁵¹

no momento da constituição mas apenas a final, após a sua dissolução, se se verificar essa necessidade para satisfação de dívidas sociais. (VENTURA, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais - Sociedades por Quotas*, Almedina, Coimbra, 1987, vol. I, págs. 55 e ss.) No direito inglês, o *Companies Act 2006* define as *companies “limited by guarantee”* como sendo aquelas em que a responsabilidade dos sócios “is limited to such amount as the members undertake to contribute to the assets of the company in the event of its being wound up”. (Chapter 46, Part 1, 3 (3)). Para uma visão sobre a tendência geral dos vários sistemas jurídicos (do *civil law* e do *common law*) e do direito da União Europeia no sentido da abolição ou relativização do capital social, DOMINGUES, Paulo de Tarso, cit., pág. 183, nota 134.

⁷⁴⁸ Ponto 1, *in fine*, do Relatório do DL 132/93.

⁷⁴⁹ Cfr., sobre o ponto, o nosso *Créditos do Estado e Recuperação da Empresa no Direito Português*, Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 25-41, maio/ago. 2014, max. págs. 27 e ss.

⁷⁵⁰ BEN JABEUR, Sami, *Statut de la faillite en théorie financière: approches théoriques et validations empiriques dans le contexte français*, págs. 39 e ss. Tese de Doutoramento apresentada à l'Université du Sud Toulon-Var, 2012 - http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/75/96/32/PDF/these_-_ben_-_jabeur.pdf - acesso em 9.02.2015.

⁷⁵¹ Quanto à matéria da falência e dos instrumentos jurídicos disponibilizados pelo direito italiano actual para (ajudar a) resolver a crise empresarial (genericamente designados por “altre procedure concorsuali”), GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., págs. 323 e ss.

Em Inglaterra, o *Insolvency Act 1986* (complementado por outras leis, como o *Companies Act 2006*) prevê cinco procedimentos (*satutory procedures*), três de recuperação (*administration, company voluntary arrangement e scheme of arrangement*) e dois de liquidação (*receivership, incluindo a administrative receivership, e liquidation*), sendo que “the focus at the present day is very much on restoration of the business of the company”.^{752 753 754 755 756}

⁷⁵² GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., pág. 906.

⁷⁵³ Aproximação *civil law-common law* estimulada pelo direito da União Europeia: cfr. a Resolução do Parlamento Europeu 2011/2006 (INI), de 15 de Novembro de 2011, e a Recomendação da Comissão Europeia C (2014) 1500 final, de 12 de Março de 2014.

⁷⁵⁴ Constatando que a orientação para a recuperação da empresa insolvente mas viável é hoje uma tendência mundial e ilustrando-a com os casos da Argentina e Brasil, PITASSI, Sandro Lucio Barbosa, *Novas ferramentas para a superação da crise empresarial: Argentina e Brasil*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, pp. 292-308, 2010 - http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_292.pdf. No Brasil, esta orientação veio a ser acolhida pela Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005 (LFR – Lei da Falência e da Recuperação de Empresas): MENDES, Marcelo Barroso, *A responsabilidade tributária do administrador da sociedade anónima no caso de falência*, 2007 (<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19837-19838-1-PB.pdf>). Sobre a LFR, seu impacto e dificuldades de aplicação, BANDEIRA, Francisco Hélio Soares, *Empresas em recuperação judicial*, Faculdade Metropolitana de Caieiras, 2009 (<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/empresas-recuperacao-judicial/empresas-recuperacao-judicial.pdf>). Por seu turno, a jurisprudência tem vindo a insistir na concessão ao devedor empresário da oportunidade de recuperação, mesmo quando preenche os requisitos legais para a declaração de falência: ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Segunda Câmara Cível, nº 0019814-20.2005.8.19.0001, de 20.09.2006 (Conceição Mousnier) - <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31835/recuperacao-judicial-viabilidade.pdf> (acessos em 9.02.2015).

⁷⁵⁵ “A robust, effective and efficient bankruptcy system rebuilds companies, preserves jobs, and facilitates economic growth with dynamic financial markets and lower costs of capital. For more than 35 years, the U.S. Bankruptcy Code has served these purposes, and its innovative debtor in possession chapter 11 process, which allows a company to manage and direct its reorganization efforts, is emulated around the globe.” (American Bankruptcy Institute, Commission to Study the Reform of Chapter 11, 2012-2014, *Final Report and Recommendations*, pág. 8 – <https://abiworld.app.box.com/s/vvircv5xv83aavl4dp4h>, acesso em 9.02.2015.) Este relatório contém as recomendações para a revisão do *Bankruptcy Code*, revisão dirigida ao reforço da recuperação das empresas norte-americanas no actual contexto económico internacional – factor que exerce, sem dúvida, um importante papel na aproximação dos ordenamentos à escala mundial, sejam da família romano-germânica sejam da anglo-americana.

⁷⁵⁶ Não esquecendo que a aproximação entre sistemas jurídicos diferentes tem limites cuja superação não está ao alcance do legislador: uma coisa é a harmonização das soluções jurídicas disponibilizadas para um dado problema social, de importância crescente à medida que se vão estreitando os laços de convivência entre os mais diversos povos do mundo, ou a adopção pensada (e pesada) de construções jurídicas alheias capaz de promover o progresso do direito e da sociedade que serve, outra – bem diferente – será a indesejável destruição do pluralismo jurídico, mesmo em espaços de integração económica e política. O direito, com os seus indeclináveis pressupostos históricos, filosóficos e axiológicos, é um bem cultural, faz parte da identidade de cada povo, pelo que o pluralismo jurídico representa a diversidade cultural já reconhecida como Património Comum da Humanidade. Sobre o ponto, VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, cit., págs. 540 e ss.

Capítulo IV – Sentido actual da codificação do direito comercial

“the code ... one of the most important fruits of
the human spirit”
Julio César Rivera⁷⁵⁷

§ 1º - Os direitos das grandes economias

Olhemos agora para o direito comercial das grandes economias à escala mundial com o objectivo de isolar as linhas de tendência quanto ao tema em estudo, a sua codificação. Dos critérios possíveis para definir as “grandes economias” da actualidade, optámos por considerar, antes de mais, os países membros do G7,⁷⁵⁸ que conjugam uma economia avançada com a democracia de tipo ocidental para além de uma notável capacidade concorrencial e exportadora de “produtos jurídicos”,⁷⁵⁹ a que acrescentámos dois outros países: a China,⁷⁶⁰ dada a sua condição de grande economia emergente que exerce já uma indesmentível influência à escala global, e a Rússia,⁷⁶¹ uma economia quase estagnada mas com recursos naturais significativos e elevada importância geoestratégica.⁷⁶²

1. Direito alemão

Já surpreendemos as grandes linhas de evolução do direito comercial alemão, de que destacaremos agora, quanto à forma, a manutenção da dualidade de códigos, a descodificação e dispersão (originária) das suas normas, a eficácia constitutiva do registo e a inexistência de jurisdição comercial; quanto à substância, a opção clara pelo sistema subjectivo com a passagem do comerciante à empresa como critério da sua aplicação, a concepção como direito especial relativamente ao direito civil, a falta de nitidez na delimitação do conceito de comerciante (*freie Berufe*), o tratamento diferenciado dos pequenos comerciantes e pequenas empresas, a exclusão da tutela do consumidor, a afirmação da função social da empresa através da co-gestão das sociedades; e, no plano

⁷⁵⁷ *Preface*, The Scope and Structure of Civil Codes, cit.

⁷⁵⁸ Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Reino Unido, cujo PIB agregado representa cerca de 50% da economia global (<http://www.cfr.org/international-organizations-and-alliances/group-seven-g7/p32957> - acesso em 9.02.2015).

⁷⁵⁹ Pense-se, por exemplo, na *GmbH*, no *trust* ou na *corporate governance*. Ver, a propósito do tema, o documento do Conseil d'État francês intitulado *L'Influence Internationale du Droit Français* (La Documentation française, Paris, 2001), que tem justamente o objectivo de relançar a influência perdida, no palco mundial, do direito francês.

⁷⁶⁰ “With a population of 1.3 billion, China recently became the second largest economy and is increasingly playing an important and influential role in the global economy.” (World Bank, *China Overview*, 2014 - <http://www.worldbank.org/en/country/china/overview#1>, acesso em 9.02.2015.)

⁷⁶¹ World Bank, *Russia Overview*, 2014 - <http://www.worldbank.org/en/country/russia/overview#1>, acesso em 9.02.2015.

⁷⁶² BOOTH, Igor, *Russia's Natural Resources: A Mixed Blessing*, IMR – Institute of Modern Russia, 26 June 2012 (<http://imrussia.org/en/economy/255-russian-oil-blessing-or-curse> - acesso em 9.02.2015).

da técnica legislativa, o abandono da enumeração legal de actividades comerciais e sua substituição por uma cláusula geral.⁷⁶³

2. Direito canadiano

O Canadá é, como se sabe, um caso de “bijuralismo” ou, melhor, pluralismo jurídico, uma vez que tem um sistema jurídico em que *common law* e *civil law* coexistem e interagem, desde que, com o *Quebec Act 1774* e a sua posterior confirmação pelo *Constitutional Act 1791*, se manteve o direito civil francês que vigorava à data da vitória inglesa (1760);⁷⁶⁴ mas há que ter em conta o direito dos povos indígenas, que aí habitavam muito antes da chegada dos europeus.⁷⁶⁵ Pluralismo jurídico que convive com um sistema político federal em que as competências legislativas, a nível federal e provincial, estão claramente demarcadas na Constituição.⁷⁶⁶

Pondo de parte o direito aborígine, o sistema jurídico canadiano pertence à família do *common law* em todas as províncias e territórios excepto o Quebec, província esta cujo direito, de origem francesa, se integra na família romano-germânica, na parte em que as províncias dispõem de autonomia legislativa (arts. 91. e 92. da Constituição).⁷⁶⁷

O direito privado do Quebec remonta a meados do séc. XVII, quando Luís XIV dotou a colónia da *Nouvelle France* das bases de um sistema jurídico assente no *Coutume de Paris*, cujas normas (escritas)⁷⁶⁸ haveriam de inspirar o futuro Código Civil do Baixo Canadá.⁷⁶⁹

⁷⁶³ Cfr. *supra*, Cap. II, § 3º.

⁷⁶⁴ *Supra*, nota 112; BRUNET, Michel, cit.

⁷⁶⁵ ALLARD, France, *The Supreme Court of Canada and its impact on the expression of bijuralism* (<http://canada.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b3-f3/bf3a.html> - acesso em 19.02.2015). Caracterizando o sistema canadiano como *sistema dual*, NETO, Eugênio Facchini, *A tradição do direito civil do Québec – uma codificação de país de common law*, Revista Justiça e História, vol. 8, nºs 15 e 16, nota 1 (http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/ - acesso em 21.02.2015).

⁷⁶⁶ A distribuição da competência legislativa entre o parlamento federal e os parlamentos provinciais consta dos artigos 91. e 92. da Constituição (consultámos a versão consolidada dos *Constitution Acts 1867 e 1982* em http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf - acesso em 21.02.2015). [O Canadá não tem uma Constituição codificada mas tem leis constitucionais (os referidos *Constitution Acts* e outros que os alteraram/actualizaram).]

⁷⁶⁷ Considerando a distribuição constitucional de competência legislativa constante dos arts. 91. e 92. da Constituição, a autonomia legislativa das províncias cinge-se praticamente ao direito privado, substantivo e processual.

⁷⁶⁸ Sobre o *droit coutumier* francês e a sua redução a escrito nos sécs. XV e XVI, WIEACKER, Franz, cit., pág. 387. Este direito aplicava-se, na *Nouvelle France*, essencialmente à propriedade fundiária e ao regime senhorial (feudal) que nela assentava, sendo supridas as suas lacunas pelos princípios romanistas transmitidos pela doutrina francesa, em particular pelas obras de DOMAT e POTHIER, pelo direito canónico, pelas ordenanças régias (entre as quais as Ordenanças do Comércio e da Marinha) e pelas normas emanadas do governo local – cfr. TETLEY, William, cit.

⁷⁶⁹ O processo codificatório do direito privado quebequiano iniciou-se em meados do séc. XIX com o *Act 1857 (An Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure*, 20 Vict., S.C. 1857, c. 43.), tendo o Código Civil, elaborado por uma comissão para tanto nomeada, entrado em vigor em 1 de Agosto de 1866 (Cfr. BRIERLEY, John E.C., *Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed*, McGill Law Journal, Vol 14, Nº 4, Montreal, 1968, pág. 523 e nota 7 - <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/353355-brierley.pdf> - acesso em 18.02.2015.)

Este código, organizado segundo o modelo de GAIO, inclui o direito comercial, iniciando, assim, à revelia da tradição francesa, sob influência inglesa, um sistema de código único de direito privado.^{770 771}

Tradição que se manteve no Código Civil de 1991, entrado em vigor em 1994.⁷⁷² Relativamente a este novo processo de codificação, devem sublinhar-se os seguintes aspectos: a) os trabalhos de preparação foram longos – iniciaram-se em 1955 - e cuidados, envolvendo numerosos grupos de trabalho temáticos e extensas consultas públicas;⁷⁷³ b) o código veio responder aos novos padrões morais e sociais do Quebec que vieram à superfície durante a “Quiet Revolution” dos anos sessenta do séc. XX;⁷⁷⁴ c) a *vacatio*

⁷⁷⁰ O Code Civil du Bas Canada de 1866 desdobra-se em quatro livros: Das pessoas, Das coisas, Da aquisição e exercício dos direitos de propriedade, Leis comerciais. O art. 2278., que abre o Livro IV, é revelador quanto à concentração do direito comercial no código civil: “Les principales règles applicables aux affaires commerciales qui ne sont pas continues dans le présent livre, sont énoncées dans les livres qui précèdent et nommément dans les titres du troisième livre: des Obligations; de la Vente; du Louage; du Mandat; du Nantissement; de la Société; et de la Prescription.” O Livro IV trata das seguintes matérias: títulos de crédito, navios de transporte de mercadorias, frete, transporte marítimo de passageiros, seguros e de uma figura que julgamos próxima da nossa conta (associação) em participação (“prêt à la grosse”). Os arts. 1863. e ss. ocupam-se das sociedades comerciais, cuja distinção da sociedade civil e tipos aproximam o código de 1866 do nosso código comercial. (Uma versão do código, de 1885, pode ser consultada em https://ia600500.us.archive.org/2/items/cihm_10769/cihm_10769.pdf - acesso em 19.02.2015.)

⁷⁷¹ Na origem do processo que conduziu à promulgação deste código estão, como quase sempre na história da codificação, a par de razões técnico-jurídicas e de política legislativa, razões políticas propriamente ditas: tratava-se, neste caso, de garantir a sobrevivência da cultura jurídica de tradição francesa – como parte da língua e da cultura francesa em geral -, ameaçada pelo domínio inglês, particularmente numa época em que a elite britânica visava a consolidação do “império em que nunca o sol se punha”. (BRIERLEY, John E.C., cit., págs. 527 e ss.) A inclusão do Baixo Canadá (depois Província do Quebec) num país maioritariamente anglo-saxónico, com laços estreitos com as colónias inglesas da América do Norte que haveriam de constituir os Estados Unidos, e parte integrante do Império Britânico era necessariamente uma ameaça a prazo à manutenção do direito da família romano-germânica. Mesmo após a entrada em vigor do código civil, a sua interpretação pelo Supreme Court of Canada, criado em 1875, denotava uma tendência de assimilação, com predomínio do *common law*, que se exprimia, por um lado, nos precedentes originados no *Judicial Committee* do *Privy Council* – que foi o tribunal de última instância do Canadá até 1949 – e, por outro, na tendência para interpretar as normas do código inspiradas na lei francesa segundo a orientação da doutrina e da jurisprudência francesas e as inspiradas no direito inglês de acordo com o *common law* (cfr. ALLARD, France, cit.). Tendência de assimilação contrariada pelo juiz MIGNAULT (1854-1945), justamente elogiado pelos adeptos da sobrevivência do *civil law* quebequiano: CREPEAU, Paul-A. “Réflexions sur la Codification du Droit Privé.” *Osgoode Hall Law Journal* 38.2 (2000): 267-295. (<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol38/iss2/4>, pág. 282, nota 60.) [De notar que o código de 1866 tinha normas inspiradas no direito francês antigo (*Coutume de Paris*), no *Code Civil* de 1804, no direito inglês jurisprudencial e legal e nas leis (*statutes*) das outras províncias.] Para a interpretação do *Code Civil du Bas-Canada* no quadro do dualismo jurídico canadiano, MORIN, Michel, *Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, <https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2000-tome-60-2-p247.pdf> - acesso em 22.02.2015.

⁷⁷² Sobre o processo que culminou com a aprovação do Código Civil do Quebec de 1991/1994, ver CREPEAU, Paul-A., cit., Autor que foi o terceiro e último presidente da comissão de elaboração do código. É interessante notar que este artigo, que reflecte sobre a codificação do direito privado, não faz qualquer alusão à integração do direito comercial no código civil, o que parece revelar que se trata de questão resolvida e pacífica no Quebec.

⁷⁷³ TETLEY, William, cit.

⁷⁷⁴ “Quiet Revolution/Révolution tranquille” foi um movimento social e político desencadeado no início da década de 1960, sob a liderança do Partido Liberal de Jean Lesage, que transformou a sociedade do Quebec de acordo com os ideais da liberalização dos costumes, do nacionalismo francófono, dos direitos humanos, do estado social, das nacionalizações, expressos no conhecido slogan “Maitres chez nous!” (<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quiet-revolution/>). Movimento que não deixou de gerar tensões com o governo federal e de se repercutir nas próprias relações França-Canadá (de que foi exemplo

legis foi de dois anos – 18.12.1991 a 1.01.1994; d) a comissão propôs a instituição de um organismo permanente de reforma do direito civil.⁷⁷⁵

O actual Código Civil do Quebec desdobra-se em dez livros: Das pessoas, da família, Das sucessões, Dos bens, Das obrigações, Dos privilégios creditórios e das hipotecas, Da prova, Da prescrição, Da publicidade dos direitos, Do direito internacional privado.⁷⁷⁶ E inclui, ao longo do seu articulado, diversas matérias comerciais, de acordo com a competência legislativa provincial já aludida: para além de referências dispersas a situações empresariais (arts. 903., segundo parágrafo, 909. e 910, por exemplo), a definição de empresa (art. 1525., terceiro parágrafo),⁷⁷⁷ o regime de diversos contratos comerciais - locação financeira (arts. 1842. e ss.); fretamento (arts. 2001. e ss.); transporte terrestre e marítimo (arts. 2030. e ss.); “contrato de empresa” ou de prestação de serviço (arts. 2098. e ss.); sociedade (arts. 2186. e ss.),⁷⁷⁸ com a definição dos tipos sociais (art. 2188.); depósito hoteleiro (art. 2298. e ss.); seguro (arts. 2389. e ss.), incluindo o seguro marítimo (arts. 2505. e ss.); convenção de arbitragem (arts. 2638. e ss.) -, hipoteca sobre uma universalidade de bens e sobre elementos do activo da empresa, incluindo bens imateriais (art. 2684.),⁷⁷⁹ hipoteca sobre um bem móvel representado por conhecimento

cimeiro o célebre “Vive le Québec Libre!” do general De Gaulle: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/de-gaulle-and-vive-le-quebec-libre-feature/> - acessos em 22.02.2015).

⁷⁷⁵ Em 23 de Junho de 1992 foi aprovada pelo Parlamento a lei que criou o *Institut Québécois de Réforme du Droit*, que não chegou a entrar em vigor, apesar de a sua aprovação ter contado com o voto unânime dos partidos do governo e da oposição, tendo o assunto caído no esquecimento: cfr. CREPEAU, Paul-A., cit., págs. 293-294, nota 108. Esta lei (“non en vigueur”) pode ser consultada em http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/I_13_2_1/I13_2_1.html - acesso em 19.02.2015.

⁷⁷⁶ O Código Civil do Quebec pode ser consultado em http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html (versão oficial actualizada) e em <http://ccq.lexum.com/ccq/fr> (com anotações de jurisprudência por artigo) – acesso em 23.02.2015.

⁷⁷⁷ “Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.”

⁷⁷⁸ É patente a semelhança entre o art. 2186. e o art. 980º do Código Civil português, com a diferença de aquele incluir, nas hipóteses de objecto social, a exploração de uma empresa e, entre os possíveis conteúdos da contribuição dos sócios, as chamadas entradas de *know-how* (“connaissances”), cuja admissibilidade é, entre nós, reconhecida nas sociedades de responsabilidade limitada como contribuição de capital em espécie (DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Garantias da Consistência do Património Social*, Problemas do Direito das Sociedades, IDET, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 508-509).

⁷⁷⁹ Originariamente restrita ao empresário, foi em 2008 alargada esta possibilidade ao não empresário (art. 2684.1.)

de embarque (art. 2685.), “hipoteca aberta” sobre os bens da empresa (art. 2686.)⁷⁸⁰ e hipoteca de navios (arts. 2714. e ss.).⁷⁸¹

O código civil não esgota, todavia, o direito comercial do Quebec, pois, atendendo à estrutura federal do Canadá e à distribuição de competência legislativa entre o nível federal e o provincial, aplicam-se às relações comerciais quebequianas leis federais – como, por exemplo, o *Canada Corporations Act R.S.C., 1970, c.C-32*, o *Canada Business Corporations Act R.S.C., 1985, c.C-44*, o *Bank Act S.C. 1991, c.46*, o *Insurance Companies Act S.C. 1991, c.47*, o *Bills of Exchange Act R.S.C., 1985, c.B-4*, o *Bankruptcy and Insolvency Act R.S.C., 1985, c.B-3*, o *Patent Act R.S.-C., 1985, c.P-4*⁷⁸² - e leis provinciais – entre as quais, *An Act Respecting Insurance chapter A-32*, *An Act to Promote the Capitalization of Small and Medium-Sized Businesses chapter A-33.01*, *An Act Respecting International Financial Centres chapter C-8.3*, *An Act Respecting the Marketing of Marine Products chapter C-32.1*, *Companies Act chapter C-38*, *An Act Respecting the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods chapter C-67.01*, *An Act Respecting the Distribution of Financial Products and Services chapter D-9.2*.⁷⁸³

No que respeita à jurisprudência, após um período em que a tendência, particularmente ao nível do *Supreme Court of Canada*, era a de assimilação do direito quebequiano ao *common law*, chegando a considerar-se o *Code Civil du Bas-Canada* um mero *statute*, a independência dos tribunais canadianos do *Judicial Committee do Privy Council* (1949) e o processo de revisão do código civil (iniciado em 1955) contribuíram decisivamente para a consciencialização geral da autonomia conceptual do direito privado quebequiano

⁷⁸⁰ Figura inspirada na *floating charge* do direito inglês (GOODE, Roy, *Commercial Law*, cit., págs. 721 e ss.) – “a *floating charge* é um instrumento singular do direito inglês através do qual se constitui, a favor de um credor (normalmente um banco), uma garantia sobre os bens (ou uma classe de bens) presentes e futuros da sociedade, que fica como que pendente, só adquirindo efeitos reais quando se produz o incumprimento do estipulado no documento que a cria (*instrument*), fixando-se, então, nos bens que a sociedade tem nessa data (*crystallisation*). Em termos de eficácia, a *floating charge*, distintamente da *fixed charge* — que é a garantia real típica (por exemplo, uma hipoteca) —, apresenta a grande vantagem de permitir que, até à verificação daquele evento, a empresa continue a dispor livremente do seu património, o que tem grande significado no caso de a maioria dos bens consistir em maquinaria ou equipamento e em mercadorias.” (SERRA, Catarina, *Processo Especial de Revitalização – contributos para uma “rectificação”*, ROA, Ano 72 (2012), II/III, pág. 738, nota 39, Autora que refere também a recepção em Espanha desta figura (*hipoteca de máximo* ou *hipoteca flotante*). Trata-se, no direito quebequiano, de uma figura comercial (art. 2684.) cuja noção e regime está previsto nos arts. 2715. e ss. – “L’hypothèque ouverte est celle dont certains des effets sont suspendus jusqu’au moment où, le débiteur ou le constituant ayant manqué à ses obligations, le créancier provoque la clôture de l’hypothèque en leur signifiant un avis dénonçant le défaut et la clôture de l’hypothèque.” (art. 2715.)

⁷⁸¹ O actual Código Civil do Quebec é um bom exemplo do dualismo jurídico canadiano: fortemente tributário do direito romano-germânico, contém figuras claramente oriundas do direito anglo-saxónico, como a “*hypothèque ouverte*” (nota anterior) ou a “*fiducie*” (arts. 1260. e ss.: “La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.”) – tradução do “*trust*” inglês, o instituto jurídico mais característico do *common law* (CORDEIRO, A. Barreto Menezes, cit., pág. 58; cfr., para a indicação dos elementos essenciais do “*trust*”, pág. 62), “the quintessential common law institution” (ALLARD, France, cit.).

⁷⁸² As leis federais do Canadá actualizadas podem ser consultadas, nas versões inglesa e francesa, no sítio oficial <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/> (acesso em 24.02.2015).

⁷⁸³ As leis provinciais do Quebec actualizadas podem ser consultadas, em ambas as línguas, em <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/home.php> (acesso em 25.02.2015).

relativamente ao *common law*, resultando no actual diálogo entre ambas as tradições jurídicas: “The dialogue between the traditions in the Supreme Court's decisions is consistent with the idea that the Supreme Court is more than a court of appeal for each of the provinces. Its position forces it to avoid unique solutions whose impact would be limited to the rights of the parties before it. In its decisions, and particularly the most recent ones, the Court appears to be motivated by a desire to consider the effect of its decisions in all jurisdictions, both civil and common law, while respecting the characteristics particular to each of them. In these new directions taken by the Court, there appears to be a more pronounced reciprocal influence between traditions as comparative analysis becomes increasingly prominent in its judgments. There is also a more marked tendency toward universalism in the basis for solutions and in the solutions themselves, while the expression of the principles varies from one tradition to the other. This kind of unification through persuasion is very different from the unification of the law as it was exercised at the turn of the twentieth century, when unification generally meant assimilation of civil law by common law. This trend is somewhat related to the internationalisation of the law, which espouses a more universal language of law. It reflects the principle that there are universal values in both systems, which transcend mere statements of specific rules.”⁷⁸⁴

E diálogo entre iguais: “The Supreme Court thus framed the relationship between federal law and provincial law with respect to the interpretation of federal law in a new way. The notion of an unwritten suppletive federal common law applicable throughout the country for all matters falling within the jurisdiction of the Government of Canada has been rejected. For there to be ‘laws of Canada’, there must be, in principle, a federal statutory text.”⁷⁸⁵

No domínio do *common law*, o direito canadiano segue a mesma via de evolução do direito inglês e norte-americano, mantendo a base jurisprudencial mas com intervenção crescente da lei e da sua consolidação.⁷⁸⁶

Podemos sintetizar assim os principais traços característicos do direito comercial canadiano: - Sistema de *common law* (nível federal e provincial em todo o país excepto Quebeque): direito semelhante ao anglo-americano, assente nas decisões dos tribunais superiores com influência crescente das leis consolidadas; o direito comercial tem o seu núcleo no contrato – considerado a base das actividades mercantis -, e compreende matérias como créditos e garantias, títulos de crédito, banca, seguros, sociedades, insolvência, propriedade industrial.⁷⁸⁷ – Sistema de *civil law* (Quebeque): sistema de

⁷⁸⁴ ALLARD, France, cit.

⁷⁸⁵ Ibidem.

⁷⁸⁶ As leis federais compreendem os três níveis hierárquicos habituais – constitucional, ordinário e regulamentar -, sendo patente a importância dos *consolidated acts*, alguns dos quais recebem o nome de *code* – *Labour Code* e *Criminal Code*, por exemplo: cfr. Justice Laws Website, Laws, Consolidated Acts (<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/D.html> - acesso em 26.02.2015).

⁷⁸⁷ Um interessante elenco de matérias mercantis pode ser encontrado em ANGER, William H., *Summary of Canadian Commercial Law*, The Commercial Text Book Co., Toronto, Canada, 1910, obra de cariz prático que revela bem a tendência enraizada para o tratamento unificado de matérias comerciais e civis: não distinguindo o comerciante dos restantes profissionais mas incluindo o estatuto jurídico da mulher casada em geral, tratando as sociedades independentemente da natureza do objecto, conjugando os direitos

código único de direito privado (direito civil, direito comercial e direito do trabalho⁷⁸⁸); afirmação da especialidade substancial do direito comercial em relação ao direito civil;⁷⁸⁹ a empresa como critério aglutinador das matérias comerciais; generalização de figuras jurídicas comerciais, como é o caso da sociedade, cujo objecto pode indistintamente ter conteúdo comercial ou civil (art. 2186.);⁷⁹⁰ consideração das normas comerciais do código civil como direito (comercial) comum, relativamente ao qual as outras leis comerciais (federais e provinciais) são especiais – induzindo uma geografia normativa formal do tipo “código base e microssistemas”.⁷⁹¹

3. Direito norte-americano

Conhecemos já as principais características do direito dos EUA, sistema integrado na família jurídica do *common law*, que se desenvolveu a partir do direito inglês mas assumiu, com o tempo e as grandes mutações por que o país passou desde a colonização inglesa até ao presente, contornos específicos – que o colocam, como vimos, entre o *common law* e o *civil law*.

No que se refere ao direito comercial, o aspecto mais importante a salientar, na perspectiva que nos ocupa, tem a ver com a uniformização e a codificação.

O movimento de uniformização do direito comercial americano inicia-se nos finais do séc. XIX com a criação, em 1892, da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (N.C.C.U.S.L.)* cuja função tem sido redigir leis-modelo (*model laws*) e convencer os parlamentos estaduais a aprová-los.⁷⁹² A sua primeira obra foi a *Uniform*

de autor (*copyright*) com a propriedade industrial (*patent* e *trade mark*). [Esta obra está disponível em <https://archive.org/details/summaryofcanadi00angeuoft> - acesso em 26.02.2015.]

⁷⁸⁸ O contrato de trabalho está previsto e regulado nos arts. 2085.-2097. do código civil. O direito do consumidor está previsto em lei avulsa (*Loi sur la protection du consommateur, chapitre P-40.1*), referido à relação comerciante/consumidor, em termos que sugerem a inclusão da tutela deste último no direito comercial como conjunto de obrigações profissionais do primeiro. Cfr., sobre o problema da inclusão sistemática da tutela do consumidor, *supra*, nota 227, e *infra*, nota 1660.

⁷⁸⁹ Especialidade que se exprime através de soluções específicas para as situações comerciais: por exemplo, presunção de solidariedade passiva em caso de “obrigação de empresa” (art. 1525., segundo parágrafo); aplicação exclusiva à empresa do contrato de locação financeira mobiliária (*crédit-bail*) – art. 1842., terceiro parágrafo; responsabilidade solidária dos sócios da sociedade em nome colectivo pelas obrigações contraídas no âmbito da exploração de uma empresa da sociedade (art. 2221.) [em geral, a responsabilidade dos sócios é conjunta – primeira parte do artigo citado]; o depósito hoteleiro como modalidade do contrato de depósito (arts. 2298. e ss.); aplicação exclusiva à empresa da hipoteca sobre bem móvel representado por conhecimento de embarque (art. 2685.); consagração da “hipoteca aberta” como resposta a especiais necessidades das empresas.

⁷⁹⁰ Não há, como no nosso direito, distinção entre a sociedade civil e a sociedade comercial com base no conteúdo do objecto; a demarcação faz-se apenas ao nível mais geral do fim lucrativo, distinguindo *societate de associação*.

⁷⁹¹ Cfr. a disposição preliminar do código civil, segundo parágrafo: “Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.”

⁷⁹² A N.C.C.U.S.L. limita-se a preparar e a recomendar a adopção, por cada um dos estados, das propostas de leis uniformes com o objectivo de que os respectivos parlamentos as aprovem e, assim, passem a vigorar em toda a União. Ora, nem sempre todos os estados aprovam essas propostas e, mesmo quando o fazem, frequentemente introduzem-lhes alterações e adaptações, o que significa que as leis uniformes só o são, em regra, de modo tendencial ou de grandes linhas e não num sentido literal ou exacto (FINE, Toni M., cit.,

Negotiable Instruments Law (1896), seguida de outras importantes peças legislativas como o *Uniform Sales Act*, o *Uniform Warehouse Receipts Act* e o *Uniform Trust Receipts Act*.⁷⁹³ Em 1940 iniciou-se o processo de elaboração de um código comercial que unificasse e uniformizasse este ramo jurídico, tendo-se a *N.C.C.U.S.L.* associado ao *American Law Institute (A.L.I.)*, em vista da magnitude do empreendimento – processo de que veio a resultar o *Uniform Commercial Code*, redigido por um grupo alargado de magistrados, académicos, advogados, representantes dos diversos sectores económicos e financeiros e dos governos e coordenado pelo Professor KARL LLEWELLYN; em 1953 a Pensilvânia promulgou oficialmente o *UCC* na versão original (de 1952), tendo, com sucessivas revisões e alterações, sido posteriormente adoptado por todos os outros estados, o último dos quais (a Luisiana)⁷⁹⁴ o aprovou em 1990.⁷⁹⁵

O *UCC* estrutura-se em nove partes (*articles*), duas das quais actualmente desdobradas e cada uma com várias *sections*: art. 1 - *general provisions*; art. 2 – *sales*; art.2A – *leases*; art. 3 - *negotiable instruments*; art. 4 - *bank deposits and collections*; art. 4A - *funds transfers*; art. 5 - *letters of credit*; art. 6 – *bulk sales*; art. 7 – *documents of title*; art. 8 – *investment securities*; art. 9 – *secured transactions*.⁷⁹⁶

As linhas de força inicialmente propugnadas por KARL LLEWELLYN e adoptadas pelo *UCC* foram as seguintes: - uma técnica legislativa que privilegiou as normas abertas e os conceitos indeterminados (*standards*) em relação às normas fechadas, muito precisas (*rules*), técnica que apostava na capacidade dos juízes (conhecimentos, experiência, bom senso) e na auto-regulação do mundo dos negócios; - a máxima redução dos aspectos e requisitos formais; - o encorajamento da interpretação teleológica por contraposição à tradicional interpretação literal do *common law*; - a afirmação da natureza consolidante do *UCC*, salvaguardando o *common law* anterior não expressamente revogado e, em

pág. 53, Autora que sublinha o facto de ser o direito comercial a área em que a uniformização legislativa alcançou maior sucesso).

⁷⁹³ É curioso notar que estas leis-modelo foram redigidas por professores universitários, prática contrastante, como vimos, com a dos *statutes* ingleses (*supra*, Cap. III, § 1º, 3.8.3.): o *Uniform Sales Act* e o *Uniform Warehouse Receipts Act* devem-se ao Professor SAMUEL WILLISTON (*supra*, nota 661) enquanto o *Uniform Trust Receipts Act* é da autoria do Professor KARL LLEWELLYN (*supra*, nota 662).

⁷⁹⁴ O Estado da Luisiana (tal como Porto Rico) adoptou o *UCC* apenas parcialmente (EDWARDS, Caroline, cit., pág. 663, nota 1; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 81). Sobre o direito da Luisiana, cfr. *supra*, nota 111. E ainda TRAHAN, J.-R., *An Elementary Treatise of the Civil Law of Louisiana*, vol. I (https://www.laed.uscourts.gov/200th/cle/civil_law_in_louisiana.pdf - acesso em 2.03.2015). O código civil da Luisiana é um código de direito privado, contendo, a par de normas civis, normas comerciais (v.g., arts. 552 e 553 sobre o usufruto de acções de sociedades, 2608 sobre a compra e venda, 2751 a 2754 sobre a responsabilidade dos transportadores, 2755 consagrando um privilégio creditório sobre o navio para garantir os salários do capitão e marinheiros, 2801 sobre a noção de sociedade – incluindo o objecto comercial (“commercial benefit”) – 2837 sobre a *partnership in commendam*), e laborais (arts. 2746-2750). De notar que o Título X – Of Corporations – foi revogado, estando a matéria regulada no *Business Corporation Act RS 12* (https://www.law.cornell.edu/wex/table_corporations - acesso em 2.03.2015). Quanto à filiação do direito privado da Luisiana, pode dizer-se que parte de um núcleo de tradição romano-germânica (propriedade, sucessões, por exemplo), apresentando regimes que resultam da mistura (*blending*) de ambas as tradições jurídicas – como é o caso da sociedade, das garantias e da responsabilidade civil – e outros de raiz claramente anglo-americana, como as sociedades anónimas (*corporations*): TRAHAN, J.-R., cit., pág. 26.

⁷⁹⁵ Cfr. <http://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/Pages/default.aspx> (acesso em 2.03.2015).

⁷⁹⁶ O texto integral e actualizado pode ser consultado em <http://www.law.cornell.edu/ucc> - acesso em 19.01.2015.

geral, os seus princípios e regras; - a consagração de soluções (*remedies*) com o único objectivo de ressarcir a parte prejudicada pela recomposição do *status quo ante* (sim às indemnizações compensatórias, não às indemnizações punitivas ou dissuasoras).

Linhas de força que nas revisões posteriores se foram esbatendo, essencialmente em homenagem ao interesse da segurança jurídica e como resposta a comportamentos surpreendentes de alguns membros da *business community*, como os bancos: mais normas detalhadas e precisas (casuísticas), maiores exigências de forma, maior ênfase na interpretação literal, menor abertura aos princípios e regras do *common law*, sanções punitivas e dissuasoras.^{797 798 799}

O *UCC* tem como grandes objectivos sistematizar, tornar acessível e uniformizar⁸⁰⁰ o direito comercial em todos os estados dos EUA.⁸⁰¹ Trata-se de uma consolidação (*code* no sentido anglo-americano), não de um código na acepção romano-germânica.⁸⁰² Quando ao âmbito material, tem uma base contratual, com grande relevo para o contrato de compra e venda,⁸⁰³ bem ao gosto anglo-saxónico, contendo matérias como a locação de determinados bens móveis, incluindo o “financial lease”,⁸⁰⁴ títulos de crédito, actividade bancária e garantias.^{805 806}

⁷⁹⁷ Atribuindo as orientações originais ao realismo jurídico de KARL LLEWELLYN – que vê a lei, não tanto como um “instrument fabricated to shape society in a manner chosen by the lawmaker”, antes um método de descobrir o “immanent law” que “lay embedded in any situation”, tarefa a cargo dos tribunais (DANZIG, Richard, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, MERRYMAN, John Henry (edit.), Stanford Legal Essays, Stanford University Press, 1975, pp. 97-112) - e as alterações de rumo posteriores ao actual pluralismo do pensamento jurídico norte-americano e às tendências do *law and economics* (que sublinha o impacto das normas jurídicas no comportamento futuro das pessoas e organizações) e da *textualist school of statutory interpretation* (que, limitando o juiz à expressão verbal da lei, não só cerceia a sua liberdade de interpretação-construção como afirma que a criação do direito cabe aos parlamentos e não aos juízes – numa percepção impressionista do princípio da separação de poderes que já tivemos oportunidade de comentar: *supra*, notas 382 e 385), MAGGS, Gregory, cit.

⁷⁹⁸ Sublinhando, a partir da consideração das tradicionais especialidades e autonomia do comércio e dos seus agentes numa perspectiva de *common law*, que “the legislative process associated with the Uniform Commercial Code was more like law-stating than law-making”, DANZIG, Richard, cit., págs. 98-99.

⁷⁹⁹ “There are three themes that constantly recur in Llewellyn's thought: the primacy of trade usages, the goal of modernistic efficiency, and the need for balanced trade rules.” (EDWARDS, Caroline, cit., pág. 690, nota 128.)

⁸⁰⁰ *Dentro de lo que cabe: supra*, nota 792.

⁸⁰¹ *UCC*, § 1-103 (a).

⁸⁰² § 1-103 (b). Cfr. *supra*, nota 798.

⁸⁰³ “Article 2 (Sales), described as “[t]he heart of the Code””: EDWARDS, Caroline, cit., pág. 667 e nota 19, citando KARL LLEWELLYN.

⁸⁰⁴ § 2A-103 (g) (h) (j).

⁸⁰⁵ O *commercial law* norte-americano centra-se no *UCC* mas abrange um amplo naipe de matérias disciplinadas em leis especiais: v.g., banca, falência, crédito ao consumo, contratos comerciais. Inexiste uma linha de demarcação entre o que nós qualificaríamos como “civil” e “comercial”: cfr. a *Commercial law overview* do *Legal Information Institute* (https://www.law.cornell.edu/wex/commercial_law - acesso em 3.03.2015); EDWARDS, Caroline, cit., pág. 699 e nota 170: “Article 2 (...) continues, with only limited exceptions, the common law tradition of providing rules that make no distinction between merchant and non-merchant contracts or between consumer and merchant contracts.” Atitude criticada: “Professor Rubin has criticized the drafters' decision to follow the common law tradition: The entire framework of the UCC is based on common law. While it is obviously a statute, and may even claim to be a code, it relies heavily upon the common-law models. Sometimes it follows these models slavishly, and sometimes it modifies them creatively, but common law has remained at the foundation of the vast majority of the Code's provisions.”

⁸⁰⁶ Como já referido de passagem (*supra*, nota 227, *in fine*), para além de leis especiais e mau grado a relutância em abandonar a tradicional posição do *common law* que absolutiza a liberdade contratual

4. Direito francês

Sendo a França um país de forte tradição codificadora,⁸⁰⁷ compreende-se que o seu direito comercial tenha seguido esse caminho desde meados do séc. XVII, com as *Ordonnances de Luís XIV*, no Antigo Regime, e o *Code de commerce de 1807*, no período de reorganização nacional empreendida no rescaldo da Revolução.⁸⁰⁸

Sistema assente na dualidade de códigos de direito privado, responsável pela autonomia e especialidade do direito comercial frente ao direito civil,⁸⁰⁹ pela definição do seu perímetro,⁸¹⁰ pela consagração de um sistema misto, primeiro com um ponto de partida subjectivo, travestido depois, por força das circunstâncias, em objectivo através da conhecida e resistente fórmula dos “actos de comércio”,⁸¹¹ pela manutenção da jurisdição mercantil.⁸¹²

Considerado o parente pobre do *Code Civil* – quiçá o pior dos cinco códigos napoleónicos: “le petit Code” -, o *Code de commerce* constitui, todavia, a primeira grande referência do direito comercial da família romano-germânica; e, talvez por isso mesmo, líder da sua ampla descodificação⁸¹³ que o trouxe até nós praticamente esvaziado de conteúdo útil.⁸¹⁴

Perante o que o legislador francês, fiel à sua tradição, se decidiu pela recodificação das numerosas leis avulsas, intenção concretizada pela *Ordonnance 2000-912*,⁸¹⁵ que refundiu amplamente o código.⁸¹⁶

(*freedom of contract*), a defesa do consumidor foi incorporada no *UCC*: §§ 2-318, 2-502(1), 2-716(3), 2-719(3). Apesar do modo limitado desta inclusão, que radica no circunstancialismo do processo de elaboração do *UCC*, com destaque para a capacidade de influência dos *lobbies* das empresas e dos consumidores ao longo do período e as flutuações do pensamento económico predominante (EDWARDS, Caroline, cit.), o próprio facto da existência do debate nesta sede revela a consideração da tutela do consumidor como parte integrante do direito comercial (na linha, aliás, da tradicional orientação do direito anglo-americano, *duty- and remedy-oriented*: *supra*, Cap. III, § 1º, 3.8.1. e nota 584 – que faz com que a defesa do consumidor se processe, não por via da afirmação legal dos direitos deste, mas pela imposição de deveres, e sanções para o seu incumprimento, aos comerciantes).

⁸⁰⁷ “La France et le Code, c'est une longue histoire d'amour.” – DEUMIER, Pascale, *La Recodification à Droit Constant: Outil de Legistique ou de Reforme?*, Universitatis Babeş-Bolyai, Studia Iurisprudentia, 2008, nº 2, s/pag. (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollId=118> – acesso em 4.03.2015), tendo sido os códigos napoleónicos produtos jurídicos amplamente exportados e que asseguraram, durante o séc. XIX, uma forte influência internacional do direito francês. Para uma história da codificação que remonta à Antiguidade (Código de Ur-Nammu, cerca de 2100 anos antes de Cristo), CABRILLAC, Rémy, *Las Codificaciones*, trad. castelhana de Paulina Pulido Velasco e Claudia Bulnes Olivares, Editorial Flandes Indiano Ltda., Santiago, Chile, 2009.

⁸⁰⁸ *Supra*, Cap. II, § 1º.

⁸⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 55. Para uma sedução oitocentista pelo sistema de código único, ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce et de la Legislation Commerciale*, cit., pág. 24.

⁸¹⁰ Para o teor do *Code de commerce*, na versão originária e na resultante da revisão de 2000, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 55-56.

⁸¹¹ *Supra*, nota 165.

⁸¹² *Supra*, nota 239.

⁸¹³ *Supra*, nota 153.

⁸¹⁴ CABRILLAC, Rémy, *Les enjeux de la codification en France*, Les Cahiers de droit, vol. 46, nº 1-2, 2005, pág. 535 (<http://id.erudit.org/iderudit/043852ar>, acesso em 3.03.2015).

⁸¹⁵ Ordonnance nº 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce (JORF nº 0219 du 21 septembre 2000 page 14783) - <http://www.legifrance.gouv.fr> (acesso em 6.03.2015).

⁸¹⁶ Sobre a questão de saber se se trata de um novo *code de commerce* ou do antigo revisto, *supra*, nota 155.

A técnica utilizada foi a “codification à droit constant” que consiste em codificar de novo (ou reconduzir aos códigos existentes) normas legais pertencentes a leis avulsas, sem as alterar a não ser no estritamente necessário para respeitar a hierarquia das normas, garantir a coerência da redacção dos textos agrupados e “harmoniser l’état du droit”.⁸¹⁷ Procedimento que se queria essencialmente técnico – posto que os aspectos de natureza político-legislativa envolvidos seriam tratados pela delegação de competência legislativa ao governo através de uma “loi d’habilitation”, nos termos do art. 38 da Constituição, e pela posterior ratificação parlamentar – e, por isso, entregue a um órgão administrativo, a “commission supérieure de codification”,⁸¹⁸ tendo suscitado acesa polémica: “Bien que la formulation des textes codifiés demeure en principe identique, la compilation opère un effet de *rupture avec le droit antérieur* qui peut se révéler préjudiciable. La codification *efface ainsi la marque du temps*: les textes codifiés perdent leur millésime pour se couler dans des articles sans date, voisinant sans repères avec des dispositions plus jeunes ou plus vieilles. La codification *efface aussi l’empreinte des hommes*: des textes connus par le nom de leur instigateur qui les avait inévitablement influencés se fondent désormais dans une numérotation anonyme. Enfin, le code *efface le souvenir des circonstances*: l’origine d’un texte, les événements qui ont pu présider à son adoption, qui auraient pu se révéler précieux pour son interprétation, disparaissent dans un moule uniforme. Plus grave encore, malgré le principe du droit constant perpétuellement mis en avant comme pour se donner bonne conscience, d’inévitables modifications sont apportées aux textes ainsi codifiés. Or, *modifier le droit existant sans véritable débat*, ni scientifique devant la doctrine compétente, ni démocratique devant les institutions représentatives, paraît dommageable pour les principes fondamentaux qui régissent nos sociétés.”⁸¹⁹

A codificação à *droit constant* foi adoptada para responder, perante a descodificação e a proliferação legislativa,⁸²⁰ aos objectivos da acessibilidade e inteligibilidade da lei,

⁸¹⁷ Loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l’adoption de la partie Législative de certains codes (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Cfr. Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, juin 2005, pág. 4 - http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf, acesso em 6.03.2015).

⁸¹⁸ Criada pelo decreto n° 89-647 de 12 de Setembro de 1989.

⁸¹⁹ CABRILLAC, Rémy, *Les enjeux...*, cit., págs. 538-539 (itálico nosso), Autor que do ponto de vista técnico distingue entre “codificação-compilação” (descrita no texto, em princípio sem alteração das normas compiladas, destinada a agregar o direito existente sobre matérias novas, ainda não consolidadas, “nées dans l’exubérance législative” – idem, pág. 540) e “codificação-modificação” (traduzida numa renovação cuidada dos códigos clássicos). É interessante notar que, dos códigos napoleónicos, o *Code de commerce* foi o único a ser submetido à (re)codificação-compilação (idem, pág. 538), o que não significa necessariamente menor respeito por ele mas reflecte os problemas resultantes do acentuado dinamismo das actividades económicas (*supra*, nota 158), da propensão dos governos para intervenções reguladoras pontuais e sob pressão das circunstâncias, da dificuldade em encontrar um critério satisfatório para a delimitação da “matéria mercantil”.

⁸²⁰ De “légiférite aiguë” fala GENEVIÈVE KOUBI (*Code et codification: du civil à l’incivil*, Droit et cultures, n° 48, 2004, pág. 135 - <http://droitcultures.revues.org/1748>, acesso em 4.03.2015). Proliferação a que se junta uma “transformation qualitative du contenu de la norme” que a desvaloriza e contribui para novas intervenções do legislador: LAMOUREUX, Sophie, *La codification ou la démocratisation du droit*, Revue française de droit constitutionnel, 2001/4 (n° 48), Presses Universitaires de France, pág. 801. É muito interessante e elucidativo, a este propósito, o livro de THIERRY DESJARDINS “*Arrêtez d’emmerder les Français!*” – *Il y a trop de lois idiots dans ce pays*, Plon, 2000, em que, inspirado pela célebre frase do então Primeiro-ministro Georges Pompidou, proferida quando um colaborador (Jacques Chirac) lhe apresentou, num fim de tarde de 1966, uma pasta cheia de decretos para assinar, comenta a multiplicação

elevados a “valores constitucionais”.⁸²¹ Mas parece ter falhado as expectativas: para além dos defeitos acabados de referir, tem-se dito que ataca as consequências e não as causas do problema da falta de acessibilidade e inteligibilidade das leis – que radica não tanto na dispersão legislativa, mas nas práticas normativas seguidas no processo de produção legislativa, quais sejam as constantes modificações dos textos e as imprecisões e complexidade do seu conteúdo -⁸²² e constatado a proliferação de “códigos”⁸²³ e a sua consequente banalização, as dificuldades inerentes à definição, em sede administrativa, do perímetro (âmbito material) dos códigos,⁸²⁴ ou dos critérios de articulação entre códigos (“code pilote”-“code suiveur”),⁸²⁵ a permanência em vigor das normas excluídas da codificação pertencentes a diplomas legais cujo conteúdo foi parcialmente codificado – que sobrevivem como que suspensas no ar -,⁸²⁶ o facto de as alterações de forma não serem inócuas em relação ao conteúdo das normas legais nem ser obviamente indiferente o seu posicionamento sistemático, enfim, a criação “d’un droit sans âme”.⁸²⁷ Em suma, a *codification à droit constant* não é uma verdadeira codificação mas compilação e, no limite, consolidação de normas legais⁸²⁸ que se situa como que na antecâmara de uma futura codificação propriamente dita (“refonte”),⁸²⁹ sendo que

legislativa e a sua aceleração desde essa data bem como a pertinência e qualidade das leis, lembrando AUGUSTE VERMOREL (1841-1871): “Ce qu’on appelle liberté, dans le langage politique, c’est le droit de faire des lois, c’est-à-dire d’enchaîner la liberté.”

⁸²¹ Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, cit. – valores constitucionais formais, instrumento do valor substancial da segurança jurídica (MOYSAN, Hervé, *La codification à droit constant ne résiste pas à l’épreuve de la consolidation*, La Semaine Juridique, Edition Générale n° 27, 3 Juillet 2002, I 147); GUILLAUME, Marc, *Légistique et Constitution*, La Légistique ou l’art de rédiger le droit, Courrier Juridique des Finances et de l’Industrie, cit., págs. 14 e ss. Sobre a acessibilidade do direito (um problema geral) *supra*, nota 377.

⁸²² MOYSAN, Hervé, cit.

⁸²³ No sítio oficial (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) contam-se, nesta data (27.01.2016), nada menos do que 75 códigos. Por isso se escreveu já que “La codification en France est en voie d’atteindre sa limite physique.” (BERGEAL, Catherine, *Apports et limites de la codification à la clarté de la loi: les enseignements de la pratique française*, La Légistique ou l’art de rédiger le droit, Courrier Juridique des Finances et de l’Industrie, cit., pág. 44.)

⁸²⁴ DEUMIER, Pascale, cit., pág. 3.

⁸²⁵ STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les résultats de la codification*, RJOI Numéro 4 - Année 2003-2004 (<http://www.rjoi.fr/>), pág. 125.

⁸²⁶ “La codification a laissé abandonnées plusieurs dizaines de milliers de dispositions renvoyant à des textes qui n’existent plus, qui doivent être traqués et réécrits, souvent par les éditeurs privés” (DEUMIER, Pascale, cit., pág. 4).

⁸²⁷ “...la recodification aligne temporellement des dispositions d’époques différentes, consacrant ainsi une ‘régression du droit’: les dégâts attachés aux premiers codes ‘à droit constant’ ont bien vite témoigné non seulement d’un stakhanovisme législatif qui n’a nulle part au moins fait ses preuves, mais d’une incompréhension majeure du rôle du temps dans le droit et de la signification des existants” (Idem, pág. 7, citando FRANÇOIS TERRÉ). [“stakhanovisme” significa produtividade extrema: cfr. http://omnilogie.fr/O/Stakhanov_ou_la_propagande_russe_en_action - acesso em 30.12.2015.]

⁸²⁸ “Toute codification à droit constant est interprétée par les juridictions comme n’ayant pas voulu modifier l’état antérieur du droit.” (Ibidem.)

⁸²⁹ “La codification rend par ailleurs plus aisées les réformes de fond, non pas en les réalisant elle-même, ce qui prendrait trop de temps, mais en en circonscrivant le ‘champ opératoire’: l’oeuvre réformatrice du législateur s’exerce évidemment d’autant plus aisément qu’elle intervient dans un cadre rendu au préalable clair et exhaustif.” (Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, cit.)

suscitou tamanhas expectativas aquando do seu lançamento que acabou por frustá-las,⁸³⁰ constituindo hoje um “exemple à ne pas suivre.”⁸³¹

5. Direito italiano

O direito italiano ilustra bem a intenção e a razão política dos códigos,⁸³² nascidos no séc. XIX com a unificação nacional:⁸³³ a par do Código Civil de 1865, promulgado apenas quatro anos após a formação da Itália unificada, o Código de Comércio do mesmo ano, indirectamente influenciado pelo *Code* de 1807, substituído pelo Código de 1882, de inspiração alemã,⁸³⁴ que se manteria em vigor até 1941.⁸³⁵

As seis décadas entretanto decorridas representaram um período de terríveis atribulações para a Itália e a Europa que, dada a centralidade do velho continente, se propagaram ao mundo inteiro – agitação a que o direito comercial, pela natureza do seu objecto, não poderia ficar imune: a I Guerra Mundial abre uma profunda transformação económica e social, com novas formas de produção, novas riquezas e novos ricos, novos hábitos de vida, culminando num novo regime político.

Alterações económicas, sociais e políticas que incentivaram o debate sobre a unificação do direito privado, lançado, no ambiente jurídico, já nos finais do séc. XIX, pela voz

⁸³⁰ “... la codification à droit constant a été envisagée comme un remède miracle aux crises du droit, il a été attendu d'elle tout et son contraire et elle ne pouvait donc que décevoir...” (DEUMIER, Pascale, cit., págs. 7-8.)

⁸³¹ STOFFEL-MUNCK, Philippe, cit., pág. 126, Autor que põe todas as suas esperanças em que a *codification à droit constant* constitua o incentivo para a verdadeira codificação: “C’est une des vertus de la codification compilation que de faire apparaître, par contraste, les vertus et la nécessité d’une recodification substantielle. D’un mal, il peut toujours sortir un bien. D’une codification factice, une codification réelle. C’est tout l’espoir qui peut nous animer.” (Idem, pág. 129.)

⁸³² CABRILLAC, Rémy, *Les enjeux...*, cit., págs. 541 e ss.

⁸³³ ALPA, Guido, cit., págs. 240 e ss. *Supra*, notas 168 e 204.

⁸³⁴ Idem, pág. 241. A razão da vida efémera do Código Comercial de 1865 está no atraso relativo da economia italiana: em 1865, o modelo do código napoleónico, considerado já ultrapassado na sua terra natal em vista do desenvolvimento da indústria, servia perfeitamente, mas em 1882, em fase de industrialização generalizada, “l’économie est alimentée surtout par des capitaux étrangers (allemands, anglais, français) et exige une forte protection des intérêts sous-jacents et capitalistes opposés aux intérêts de la classe agricole.” (Ibidem.) O dualismo jurídico-privado (direito civil/direito comercial) resulta historicamente do conflito de classe entre a burguesia fundiária e a burguesia mercantil – “entre as razões da renda e as razões do lucro” -, conflito que os códigos oitocentistas da segunda geração haveriam de resolver, por força do seu peso crescente, a favor da última, na esteira do código alemão de 1861 (GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., págs. 87 e ss.). No plano científico, nos finais do séc. XIX a influência alemã em Itália, rendida à *Begriffsjurisprudenz*, é predominante: SACCO, Rodolfo, *A Civil Code originated during the war (the Italian Codice Civile)*, cit., pág. 250.

⁸³⁵ Era o seguinte o conteúdo do *Codice di commercio* de 1865: Livro I – Do comércio em geral (comerciantes, livros de comércio, bolsas, corretores e mediadores, comissários, incluindo os “commissionari di trasporti”, contratos comerciais em geral e, em especial, venda, sociedades e associações comerciais [associação em participação, associação mútua], penhor mercantil, títulos de crédito); Livro II – Comércio marítimo; Livro III – Falência; Livro IV – Jurisdição comercial. E o do Código de 1882: Livro I – Do comércio em geral (actos de comércio, comerciantes, livros de comércio, mediadores, obrigações comerciais em geral, contrato de venda comercial, contrato de reporte, sociedade e associações comerciais [associação em participação e mútua de seguros], incluindo disposições penais, títulos de crédito, conta corrente, mandato, gerente de comércio e comissão, contrato de transporte, contrato de seguro, penhor mercantil, depósito comercial); Livro II - Comércio marítimo e navegação; Livro III – Falência; Livro IV – Jurisdição comercial (incluindo especialidades de processo comercial) – sendo que a jurisdição comercial foi extinta em 1888.

autorizada de CESARE VIVANTE.⁸³⁶ O novo regime político, cuja armadura jurídica surge nos anos 1925-1926,⁸³⁷ traz consigo uma visão unitária da sociedade, que se pretendia superadora da luta de classes, segundo a doutrina do corporativismo da *Carta del lavoro*:⁸³⁸ “Il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale; i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale.” (art. II); “Le corporazioni costituiscono l’organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresentano integralmente gli interessi.” (art. VI). É neste quadro que se integra a unificação do direito privado italiano, pois o ambiente político da primeira metade do séc. XX, caracterizado pela unificação superadora dos conflitos de classes, não consentia a manutenção de duas contrapostas “leggi di classe”, o código civil e o código comercial: “Un codice unitario, applicabile ad ogni sorta di

⁸³⁶ Ibidem; CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., nota 71. *Infra*, Parte II, Cap. II, § 1º, 1.

⁸³⁷ Com as *leggi fascistissime* (GOTTI, Claudio Li, *Fascismo e Nazismo: due regime a confronto* - <http://cronologia.leonardo.it/storia/a1927d.htm>, acesso em 9.03.2015), de que são significativos exemplos: legge 26 novembre 1925 n. 2029 (controllo da parte della polizia di tutte le associazioni di cittadini), legge 24 dicembre 1925, n. 2300 (dispensa dal servizio dei funzionari dello Stato), legge 31 dicembre 1925 n. 2307 (limitazione della libertà di stampa), legge 4 febbraio 1926, n. 237 (istituzione del Podestà e della Consulta municipale nei comuni con popolazione non eccedente i 5000 abitanti), legge 3 aprile 1926 n. 563 (proibizione dello sciopero ed eliminazione di tutte le rappresentanze sindacali, e istituzione del sindacato unico fascista), legge 25 novembre 1926 n. 2008 (istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato) – cfr. http://www.scuola.com/carnia/download/5_DEMOCRAZIA/leggi_fascistissime.pdf (acceso em 9.03.2015).

⁸³⁸ <http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/codificazione/cartalavoro.pdf> (acceso em 9.03.2015).

rapporti e ad ogni categoria di soggetti, doveva creare l'immagine di una società senza classi, di una nuova unità sociale.”⁸³⁹ 840 841

⁸³⁹ GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., pág. 5. Chamando a atenção para os aspectos políticos da unificação, MAGALHÃES, Barbosa de, *A Revisão Geral do Código Civil, a Autonomia do Direito Comercial e o Problema da Codificação*, ROA 10 (1950), n.ºs 1 e 2, págs. 52-53 (www.oa.pt). Considerando que o Código de 1942, na continuidade da legislação do primeiro pós-guerra, consagrou a ruptura definitiva com a perspectiva liberal de oitocentos, sendo expressão do totalitarismo político e do dirigismo económico e social do regime mussoliniano, publicizando o direito civil - já que “la vita dei singoli è condizionata anche visibilmente alla vita e al funzionamento dello Stato.” -, ANDRIOLI, Virgilio/ CIANCARINI, Ovidio/LEFEBVRE d'OVIDIO, Antonio, *Codice*, Enciclopedia Italiana - II Appendice (1948) - <http://www.treccani.it>. Assim se explicaria a unificação do direito das obrigações civis e comerciais no Livro IV, perspectivando “i diritti dei singoli in un nesso organico con la vita economica della nazione”, princípio unificador desenvolvido no Livro V. O conteúdo do *Codice Civile* actualizado pode ser consultado em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> (acessos em 10.03.2015); cfr. SACCO, Rodolfo, *A Civil Code originated during the war (the Italian Codice Civile)*, cit., págs. 256 e ss. A unificação dos direitos civil e comercial, no plano da codificação, não terá resultado tanto da “homogeneidade da constituição económica” da sociedade, como pretendiam os *fusionistas* dos finais do séc. XIX, quanto da ideia unitária da “nova sociedade” corporativa, que tinha por objectivo erradicar a luta de classes (simbolizada pela antinomia patrão-trabalhador), impondo a reunião de ambas as facções numa organização do Estado (a corporação) encarregada de sintetizar os interesses divergentes no “superior interesse nacional”; a ordem fascista substituiu a oposição burguesia agrícola-burguesia comercial dos finais de oitocentos (cujo enquadramento político e jurídico justificou a separação código civil-código comercial) pela relação patrão/empresário/empresa-trabalhador domesticada no seio da corporação: o código único, em que as matérias mercantis se incorporam, sintomaticamente, sob o signo do *lavoro* erigido como pedra angular da nova organização social - e que haveria de perdurar na actual Constituição (art. 1) -, não é mais do que a manifestação pública e formal dessa nova ordem no domínio tradicionalmente tido como do direito privado. Daí que essa unificação político-jurídica estivesse condenada à partida, desde logo porque a antinomia patrão-trabalhador se revelava já então suficientemente forte para se deixar submeter e porque a vida social se voltaria a atomizar, com o regresso da democracia, no indivíduo e os vários grupos de interesses não tardariam a reorganizar-se e reforçar-se, desta vez fora e em oposição ao Estado, aproveitando as fragilidades do novo poder. Fragmentação política e social que o direito positivo acolheu já, em opção que é vista como fundamental, com a autonomização formal do direito dos consumidores (ALPA, Guido, cit., págs. 243 e ss.).

⁸⁴⁰ Recorde-se que, pouco depois do início dos trabalhos de revisão do Código civil italiano de 1865 (Lei n.º 2814 de 30 Dezembro de 1923), teve lugar o projecto franco-italiano de código das obrigações e dos contratos de 1927, complementado em 1937, que previa a unificação dos direitos civil e comercial nessa parte - projecto que, dadas as circunstâncias históricas, não teve sequência: cfr. o nosso *Breves notas sobre a evolução recente do direito comercial da Lusofonia*, RIDB, Ano 2 (2013), n.º 12, 13677-13719, nota 54.

⁸⁴¹ Apesar do código único de direito privado, parece continuar a existir, em Itália, um direito comercial substancialmente autónomo: cfr. o nosso *Breves notas ...*, cit., págs. 13688-13689 e notas 52 e 71; e CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, cit., pág. 106. Em sentido diferente, considerando residuais as tendências da doutrina que sustentam, perante o *Codice Civile*, a sobrevivência de um direito comercial (substancialmente) autónomo e que se estaria, apenas, perante uma autonomia científica e didáctica, GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., pág. 1. Mas não constituirá o art. 2195, ao definir as actividades comerciais de um modo substancialmente análogo ao art. 3 do *Codice di Commercio* de 1882 (ao n.º 1 do art. 2195 correspondem os n.ºs 6,7, 8 e 9 do art. 3; ao n.º 2, os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 3; ao n.º 3, os n.ºs 12 e 15 do art. 3; ao n.º 4, os n.ºs 10, 11, 18 e 19 do art. 3; ao n.º 5, os n.ºs 4, 5, 13, 14, 16, 17, 20, 21, 22 e 23 do art. 3) e ao impor às empresas que as tenham por objecto obrigações especiais (registo: arts. 2195, 2200 e 2201; outras especificidades: arts. 2203 e ss.), testemunho da subsistência da autonomia substancial do direito comercial?

A partir do fim da II Guerra Mundial, com a descodificação,⁸⁴² numerosas leis avulsas surgiram em sectores nucleares do direito comercial: sociedades,⁸⁴³ banca,⁸⁴⁴ seguros,⁸⁴⁵ títulos de crédito,⁸⁴⁶ falência,⁸⁴⁷ propriedade industrial,⁸⁴⁸ navegação,⁸⁴⁹ v.g.⁸⁵⁰ E, naturalmente, não deixam de se fazer sentir os efeitos da integração europeia e da globalização jurídica.⁸⁵¹

A atitude italiana perante a codificação do direito privado é conservadora mas pragmática: não reage negativamente à integração europeia nem a um eventual futuro código civil europeu, mas mantém-se fiel ao seu *Codice Civile* – que vê como algo permanente, estrutural, fruto da tradição, conhecimento e de uma ideia de justiça, ao passo que as leis especiais resultam da pressão ou paixão política do momento ou de compromissos assentes em equívocos -, porque “better the old code of 1942 with all its defects than adventure”.⁸⁵²

É interessante notar o debate em curso no meio jurídico italiano sobre os novos aspectos que afectam o direito comercial e condicionarão, sem dúvida, o *se* e o *modo* de intervenção do legislador no tocante à codificação: - a tensão entre o público e o privado; - a dimensão internacional; - a dimensão social.⁸⁵³

No processo secular de gestação do direito comercial, a origem das normas e os interesses protegidos foram oscilando entre a esfera privada (*ius mercatorum*), a pública (*Ordonnances* colbertianas) e a intervenção legislativa (pública) para proteger interesses fundamentalmente privados (*Code de commerce* e sua descendência) – atitude particularmente evidente no *Codice di Commercio* de 1882;⁸⁵⁴ processo que o dotou de uma vocação bipartida correspondente às suas duas almas, a pública e a privada, destinadas a alternar ciclicamente na força com que se exprimem.⁸⁵⁵ A manutenção do

⁸⁴² IRTI, Natalino, cit. Considerando que a teoria de IRTI assenta na sobrevalorização do lugar ocupado pelo *Codice Civile* no sistema jurídico italiano, que as leis-fora-do-código só têm sentido se interpretadas em função do arsenal jurídico do código, que codificação-descodificação-(re)codificação é um processo contínuo (*supra*, nota 80) e que a grande mensagem do nosso tempo consiste no maior protagonismo da jurisprudência (desenvolvimento jurisprudencial do direito: “for the first time in history, the Italian legislator finds in practice a law created by the judge – ordinary or constitutional”), SACCO, Rodolfo, ult. ob. cit., págs. 254 e ss.

⁸⁴³ O Decreto Legislativo n. 6/2003, de 17 de Janeiro, incorporou no Código Civil as novas disposições sobre sociedades (deixando fora do código, todavia, algumas normas específicas, relativas à organização e certificação das contas, aos princípios contabilísticos internacionais, à convocação de assembleias gerais, às fusões transfronteiriças: SACCO, Rodolfo, ult. ob. cit., pág. 253).

⁸⁴⁴ Lei n. 141, 7.03.1938.

⁸⁴⁵ *Codice delle assicurazioni private* (Decreto Legislativo 209/2005).

⁸⁴⁶ Regio Decreto n. 1669, 14.12.1933.

⁸⁴⁷ Regio Decreto n. 267, 16.03.1942.

⁸⁴⁸ *Codice della proprietà industriale* (Decreto legislativo n.º 30, 10.02.2005).

⁸⁴⁹ *Codice della navigazione* (Regio Decreto n. 327, 30.03.1942).

⁸⁵⁰ GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., págs. 383 e ss. Como resulta das notas que antecedem, algumas destas leis são contemporâneas ou anteriores ao *Codice Civile*, o que significa que não houve, de origem, a intenção de reunir nele todo o direito comercial, deixando mesmo avulsas leis que haviam descodificado matérias reguladas pelo Código de Comércio de 1882: títulos de crédito, comércio marítimo e navegação, falência (*supra*, nota 835).

⁸⁵¹ SACCO, Rodolfo, ult. ob. cit., pág. 258.

⁸⁵² Idem, págs. 263-264.

⁸⁵³ ALPA, Guido, cit., que aqui seguimos de perto.

⁸⁵⁴ VIVANTE, *apud* CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 49 e nota 71.

⁸⁵⁵ ALPA, Guido, cit., pág. 238.

costume, pelo Código Civil de 1942, no quadro das fontes do direito (civil e comercial) – que, inicialmente interpretada num sentido semelhante ao do art. 3º do actual Código Civil português, como matéria do direito-lei, abrange hoje, na jurisprudência constitucional, ao distinguir “diritto vigente” de “diritto vivente”, o costume verdadeiro e próprio, independente do beneplácito do legislador⁸⁵⁶ -, por um lado, e a crescente intervenção legislativa à margem do *Codice Civile*, traduzida não só no significativo aumento do número de leis como na intenção de controlo e limitação do campo de acção dos agentes económicos, por outro, revelam a “lutte persistante entre les règles du commerce dont les particuliers veulent être les seigneurs, en modulant pour ce faire les affaires selon leurs choix, et les règles imposées par l’autorité qui tendent à juguler la liberté de l’initiative privée.”⁸⁵⁷ Tensão público-privado que a Constituição de 1948, imbuída dos valores de protecção da pessoa próprios das constituições surgidas no rescaldo da II Guerra Mundial, resolve pelo equilíbrio entre a liberdade de empresa (art. 41, primeiro parágrafo) e a regulação pública da economia tendente a garantir a função social da actividade empresarial (*utilità sociale*: art. 42, segundo parágrafo), a concretizar nas disposições legais que estabeleçam “i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.” (art. 42, terceiro parágrafo.)^{858 859}

Seja qual for a posição que se assuma perante a invocada *nova lex mercatoria*,⁸⁶⁰ o certo é que vimos assistindo (no campo do direito comercial, de novo pioneiro, mas não só nele) à interacção do direito nacional, do direito comunitário e do direito internacional, a par das novas formas de “direito persuasivo” (*soft law*) que se expandem ao ritmo da mundialização dos mercados – *melting pot* que produz um novo direito, de origem essencialmente privada, de base contratual, tendencialmente uniforme, cimentado pela jurisdição privada (arbitragem) com o apoio activo do cosmopolitismo judicial e do próprio legislador, ao apostar forte na mesa da *law competition*.⁸⁶¹

E, por último, a dimensão social do direito comercial: - a responsabilidade social da empresa, um apelo à ética social do ente empresarial que este interiorizou e transformou num requisito-arma concorrencial;⁸⁶² - a institucionalização de práticas de mecenato ou

⁸⁵⁶ SACCO, Rodolfo, ult.ob. cit., págs. 262-263.

⁸⁵⁷ ALPA, Guido, cit., pág. 244.

⁸⁵⁸ Ibidem. Cfr. GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., págs. 167 e ss.

⁸⁵⁹ Tensão público-privado que, resolvida no *Code de commerce* a favor do segundo termo por influência da obra de POTHIER contra a visão ampla de DOMAT e VITAL ROUX (*supra*, nota 157), regressa com as teses de expansão do direito comercial para um *droit des affaires* ou mesmo um *droit économique*: VOGEL, Louis, *Du Droit Commercial au Droit Économique*, RIPERT, G./ROBLOT, R., *Traité de droit des affaires*, tomo 1, vol. 1, 19ª edição, LGDJ, Paris, 2010, pág. 5.

⁸⁶⁰ *Supra*, nota 355.

⁸⁶¹ GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., págs. 197 e ss.

⁸⁶² Neste sentido, CHEIBUB, Zairo B./ LOCKE, Richard M., *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas* (http://rlocke.scripts.mit.edu/~rlocke/docs/papers/Locke,R%20%26%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf – acesso em 12.03.2015). A responsabilidade social da empresa resulta de compromissos por esta voluntariamente assumidos e tem a ver com questões como a coesão social e o equilíbrio ecológico. A coesão social, por seu turno, comporta dois níveis ou dimensões: um nível interno (melhoria da situação dos trabalhadores) e um nível externo (preocupações de coesão da comunidade local – que envolvem, por exemplo, acções contra a pobreza (fornecimento de refeições, distribuição de vestuário ou medicamentos, etc.), apoio aos sem-abrigo, aos toxicodependentes, promoção da formação escolar ou profissional, da inserção de minorias ou comunidades imigrantes. O

assistenciais das empresas, designadamente através da criação de “empresas sociais”;⁸⁶³ - o desenvolvimento de actividades comerciais por entidades sem fins lucrativos como meio de angariar fundos para custear o exercício das actividades que constituem o núcleo do seu objecto.⁸⁶⁴

6. Direito japonês

O direito do Japão integra-se, desde o fim do séc. XIX, período de abertura e modernização do país impostas pelas potências ocidentais, na família romano-germânica, tendo recebido influências decisivas dos direitos francês e alemão.⁸⁶⁵

equilíbrio ecológico envolve preocupações com os recursos naturais e o ambiente – por exemplo, o apelo à poupança de energia e água nas unidades hoteleiras (“não deite as toalhas para lavar todos os dias”), à redução do consumo de sacos plásticos nas grandes superfícies comerciais, à redução da poluição, nas suas diversas formas, à utilização de materiais biodegradáveis, o anúncio da promoção da pesca responsável (“sustentável”). Costuma notar-se que estas preocupações e compromissos não cabem na genética das empresas, resultando de pressão exterior, designadamente das ONG’s (lembremo-nos do caso Green Peace-Pingo Doce: <http://www.greenpeace.org/portugal/pt/noticias/Activistas-da-Greenpeace-bloquearam-a-entrada-do-Pingo-Doce-do-Cais-do-Sodre-em-Lisboa/> - acesso em 16.02.2015). Há aqui, sem dúvida, uma tendência para transferir funções do Estado para as empresas, impulsionada pela sociedade civil em face da insuficiência da intervenção estatal; no entanto, as acções de responsabilidade social podem ser um (bom) meio de marketing empresarial e de angariação de clientes, assim como a ausência de resposta a estas questões, particularmente por empresas de média/grande dimensão e que se dirijam ao grande público, pode acarretar a perda de clientes e de negócio. De notar a importância, neste contexto, da acreditação em “responsabilidade social”, por exemplo no âmbito do Código de Conduta da BSCI (Business Social Compliance Initiative) e da SAAS – Social Accountability Accreditation Services (referencial SA 8000). Vide ALPA, Guido, cit., pág. 251, nota 35.

⁸⁶³ Decreto legislativo n. 155, 24.03.2006. Entre nós, utiliza-se a figura da fundação: Fundação Francisco Manuel dos Santos (<http://www.ffms.pt>), Fundação Manuel António da Mota (<http://www.fmam.pt>), por exemplo. Sobre o mecenato empresarial, SEGHERS, Virginie, *Ce qui motive les entreprises mécènes: Philanthropie, investissement, responsabilité sociale?*, Editions Autrement, Paris, 2007.

⁸⁶⁴ ALPA, Guido, cit., pág. 252. Em Portugal, as chamadas organizações do “terceiro sector” (IPSS - instituições particulares de solidariedade social, com particular relevo para as Misericórdias) vivem fundamentalmente de apoios públicos, através do eufemismo da compra de serviços pelo Estado (por exemplo, lares de terceira idade, centros de cuidados continuados ou paliativos), e de donativos. Mas está, há muito, aberta a via indicada no texto: Código Comercial, art. 17º, § único. Sobre o terceiro sector, ver, entre outros, QUINTÃO, Carlota, *Terceiro Sector – elementos para referência teórica e conceptual*, V Congresso Português de Sociologia, 12 a 15 de Maio de 2004, Universidade do Minho, Braga; e FERREIRA, Sílvia, *O papel de movimento social das organizações do terceiro sector em Portugal*, Comunicação apresentada no V Congresso Português de Sociologia, Universidade do Minho, Braga, 12-15 de Maio de 2004.

⁸⁶⁵ *Supra*, nota 110. O Japão foi a primeira nação oriental a adoptar o direito ocidental (HANG, Yang Yin, *The Commercial Code of Japan*, cit., pág. xviii). O Código Civil japonês foi inicialmente redigido por um jurista francês, GUSTAVE BOISSONADE, segundo o modelo do *Code Civil*, tendo sido aprovado pelo governo mas, perante as fortes críticas e resistência internas, nunca chegou a entrar em vigor. Uma comissão integrada por três professores da Universidade Imperial de Tóquio, formados no Ocidente, preparou um segundo projecto, promulgado em 1898 e ainda em vigor, que revela, logo na sua estrutura, uma clara inspiração alemã (sistema pandectístico). [O BGB foi aprovado e publicado em 1896, tendo-se os redactores nipónicos socorrido dos trabalhos preparatórios.] Cfr. ISHIKAWA, H., *Codification, Decodification and Recodification of the Japanese Civil Code*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 267-285. Influência alemã repartida, todavia, no conteúdo e sentido de diversas disposições, com a francesa (YOSHIDA, Toshihiro, *The Transformation of the Japanese Commercial Code and its Impact on the Japanese Economy*, MIT, 2007, pág. 16 - <http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/39535/173995299.pdf?sequence=1> - acesso em 13.03.2015).

O direito privado reparte-se pelos códigos civil (direito comum) e comercial (direito especial), ambos hoje sujeitos a visível descodificação, mais pronunciada embora no segundo.⁸⁶⁶

O código comercial estruturava-se originalmente em cinco livros: I – Do comércio em geral; II – Sociedades comerciais; III – Actos de comércio; IV – Títulos de crédito; V – Comércio marítimo.⁸⁶⁷ Actualmente, em resultado do conhecido movimento descodificatório, está reduzido a três partes: I – Disposições gerais (arts. 1 a 500); II – Actos de comércio (arts. 501 a 683); III – Comércio marítimo (arts. 684 a 851).⁸⁶⁸ Entretanto, sectores fundamentais, como o das sociedades,⁸⁶⁹ títulos de crédito⁸⁷⁰ ou dos seguros,⁸⁷¹ foram retirados do código, mantendo-se outros em importantes leis avulsas.⁸⁷² Apesar da numerosa e decisiva legislação extravagante, o código comercial continua a ser o referencial no que respeita à natureza, posicionamento e âmbito do direito comercial: direito privado, especial em relação ao direito civil,⁸⁷³ caracterizado em função dos “actos de comércio”⁸⁷⁴ – sistema misto com um ponto de partida objectivo.

⁸⁶⁶ O processo de codificação do direito comercial japonês é próximo, no tempo e nas vicissitudes, do do direito civil: convidado pelo governo japonês, o jurista alemão HERMANN ROESLER preparou o projecto que, aprovado e promulgado, entrou em vigor em 1890. Criticado por não ter tido em conta as realidades do comércio local, em particular os costumes dos comerciantes japoneses [para além deste, outros defeitos foram assacados ao código de ROESLER: - incluía normas de direito público (seguros e comércio marítimo); - continha normas processuais; - apresentava contradições e duplicações relativamente ao código civil - HANG, Yang Yin, cit., págs. xviii-xix], foi revisto sob supervisão governamental, tendo a versão corrigida entrado em vigor por fases: as partes relativas às sociedades e à falência em 1893 e as restantes em 1898. Mas, paralelamente, um novo código foi elaborado, que entrou em vigor, substituindo o anterior, em 1899 – código que, sujeito embora a forte descodificação, se encontra ainda em vigor (ISHIKAWA, H., cit., págs. 276-277). Cfr. tb. KIM, Kon Sik, *Codification in East Asia: Commercial Law*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, pág. 64.

⁸⁶⁷ HANG, Yang Yin, cit., págs. xxi-xxiii.

⁸⁶⁸ A tradução na língua inglesa das principais leis nipónicas encontra-se no sítio oficial <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/> (acesso em 15.03.2015), se bem que só o texto original em língua japonesa publicado na Official Gazette tenha valor legal.

⁸⁶⁹ *Companies Act 2005, Corporate Reorganization Act 2002, Limited Liability Partnership Act 2005.*

⁸⁷⁰ *Act on Negotiable Instruments 1932, Act on Cheques 1933* (resultantes da ratificação pelo Japão das Convenções de Genebra).

⁸⁷¹ *Insurance Business Act 1995* (revisto em 2009).

⁸⁷² Como o *Banking Act 1981* ou o *Bankruptcy Act 2004*.

⁸⁷³ Especialidade visível, por exemplo, na onerosidade do mandato (art. 512 do Código Comercial v. art. 648 do Código Civil), na taxa de juro mais elevada (art. 514 do Código Comercial e art. 404 do Código Civil), no prazo de prescrição mais curto (art. 522 do Código Comercial e art. 167 do Código Civil): ISHIKAWA, H., cit., pág. 277.

⁸⁷⁴ O art. 501 (antigo art. 263) dá-nos a noção de acto de comércio absoluto ou por natureza (“Transactions Absolutely Regarded as Commercial Transactions due to their Nature”); o art. 502 (antigo art. 264) refere os actos que adquirem a qualidade comercial quando praticados *em massa* (“Transactions Regarded as Commercial Transactions When Conducted as Business”) – YANG YIN HANG qualifica-os como actos de comércio *relativos* (ob. cit., pág. 3); o art. 503 (antigo art. 265) trata dos actos de comércio *auxiliares* (“Auxiliary Commercial Transactions”), estabelecendo no § (2) a presunção de comercialidade dos actos dos comerciantes; o art. 4 apresenta a noção de comerciante: “The term “merchant” as used in this Code means a person who engages in the business of conducting a commercial transaction in his/her own name.” As semelhanças com o nosso direito são evidentes, apesar de um diferente (e, aparentemente, pouco lógico) posicionamento dos artigos: parte-se da noção de acto de comércio (art. 501) para a de comerciante (art. 4) e, em sequência, para os actos subjectivos (arts. 502 e 503), que HANG desdobra nas subcategorias de “actos de comércio relativos” e “actos de comércio acessórios” (ob. e loc. cit.).

Os conceitos de comerciante e acto de comércio estão em crise no ambiente jurídico japonês, em particular por acção da jurisprudência, sendo que se discute a transição da figura do “comerciante” para a de “business operator” (profissional) adoptada pelo direito do consumidor.⁸⁷⁵

A descodificação do direito comercial surge, por outro lado, como algo irreversível: não é possível incorporar o *Companies Act* no Código Comercial, em vista da sua extensão e especificidade; a regulamentação das matérias comerciais consta cada vez mais de diplomas que conjugam regras de direito privado e regras de direito público (administrativo), dirigidas à regulação dessas actividades, o que desaconselha a sua integração no Código Comercial.⁸⁷⁶

7. Direito do Reino Unido

7.1. Inglaterra e País de Gales

Caracterizámos já, no essencial, o direito comercial inglês:⁸⁷⁷ integrado no direito comum, de origem jurisprudencial mas com já antiga e crescente intervenção do *statutory law*, de matriz subjectiva, fragmentado em diversas áreas especializadas, concentrado nas relações entre comerciantes, próximo da prática dos negócios e apostado em não perturbar o seu desenvolvimento próprio, dotado de normas essencialmente dispositivas que deixam ampla margem de liberdade aos destinatários, assente no contrato de compra e venda mas abarcando vastas áreas do direito, incluindo direito público, e com forte exposição internacional. Sistema em que, como resposta à crescente complexidade da matéria e aos interesses da acessibilidade e previsibilidade, se propõe o caminho da codificação.

7.2. Escócia

A Escócia é considerada uma *mixed jurisdiction* em virtude da tradição romanista do seu direito, por influência do direito canónico e do direito romano (via *jus commune medieval*) – fruto do trabalho dos juristas eclesiásticos - e dos escritores das “Institutes” entre os finais do séc. XVII e a primeira metade do séc. XIX,⁸⁷⁸ tradição continuada pela

⁸⁷⁵ *Consumer Contract Act 2000*, cuja incorporação no Código Civil se discute (ISHIKAWA, H., loc. cit.). O conceito de “business operator” - art. 2 (2) – é mais amplo do que o de comerciante (“merchant”), incluindo as associações, que são excluídas deste; por outro lado, o elemento caracterizador do “business operator” pessoa singular é a empresa.

⁸⁷⁶ Como é, por exemplo, o caso da banca (*Banking Act*, art. 4, por exemplo) ou dos seguros (*Insurance Business Act 1995*, art. 3, por exemplo).

⁸⁷⁷ *Supra*, Cap. III, § 1º, 1.2. Ocupámo-nos, então, do direito da Inglaterra e do País de Gales, abstraindo das particularidades dos restantes sistemas jurídicos que integram o Reino Unido: da Escócia e da Irlanda do Norte (*supra*, nota 244).

⁸⁷⁸ REID, Elspeth, *Mixed but Not Codified: The Case of Scotland*, The Scope and Structure of Civil Codes, cit., págs. 343 e ss. Os autores clássicos, ainda hoje consultados e citados em decisões judiciais, são THOMAS CRAIG (Séc. XVII), VISCOUNT STAIR (Séc. XVII), LORD BANKTON (Séc. XVIII), JOHN ERSKINE OF CARNOCK (Séc. XVIII), GEORGE JOSEPH BELL (Séc. XIX).

autonomia do sistema judicial,⁸⁷⁹ pelo papel das universidades na formação dos advogados⁸⁸⁰ e pelo relevo dado à doutrina, frequentemente citada nas decisões dos tribunais.⁸⁸¹

A partir, todavia, do Tratado de União de 1707, com a competência legislativa do Parlamento de Westminster,⁸⁸² o *Judicial Committee* da *House of Lords* como supremo tribunal – em que os juízes escoceses, a partir da data em que foram admitidos, estiveram sempre em minoria – e o sentimento de “legal unionism” que se desenvolveu na própria Escócia,⁸⁸³ orgulhosa de pertencer ao British Empire, o domínio do direito inglês não tardou a manifestar-se. Domínio particularmente claro no âmbito mercantil com a publicação de importantes leis comuns no séc. XIX, de nítida influência inglesa, como foi o caso do *Sale of Goods Act 1893*, “a British law of sale that was largely English and represented at least a partial ‘surrender on the part of Scots law’”.⁸⁸⁴

“Much of modern commercial law thus rests on statute common to the UK as a whole, but there is little sign of any initiative to draw now this vast body of legislation together into a single Commercial Code.”⁸⁸⁵

Apesar do tema da codificação ter suscitado interesse nos meios jurídicos escoceses já nos finais do séc. XIX, do projecto anglo-escocês de código dos contratos nos anos 60 do séc. XX e dos projectos de código penal e de código civil no limiar do presente século,⁸⁸⁶ o certo é que a atitude perante ele é de desconfiança e dúvida: “perhaps the codification project is now too complex, and therefore too ambitious, for any individual state to undertake successfully, especially when it is as small as Scotland, and especially when there is no obvious political imperative to carry it forward.”⁸⁸⁷ Dúvidas e resistências que resultam, em grande parte, do estilo de legislar próprio do *common law*, próximo da

⁸⁷⁹ Autonomia preservada pelo Tratado de União, à excepção do supremo tribunal, que passou a ser – e continua sendo – comum, como se dirá no texto. Consultar, para o sistema judicial escocês, <http://www.gov.scot/Topics/archive/law-order/legal/judiciary> (acesso em 17.03.2015).

⁸⁸⁰ Em vez das organizações profissionais, como em Inglaterra (*supra*, nota 467).

⁸⁸¹ A natureza *mixed* do direito escocês tem sido muito discutida, mas parece claro que, por motivos de ordem histórica, contém figuras e soluções quer de origem romano-germânica quer de origem anglo-saxónica, expressas em decisões judiciais e em normas legais elaboradas e aplicadas ao estilo do *common law*. Exemplos de normas inspiradas no *civil law* podem ver-se em SMITS, Jan, *Scotland as a Mixed Jurisdiction and the development of European Private Law: is there something to learn from Evolutionary Theory?* (<http://www.ejcl.org/75/art75-1.PDF> - acesso em 17.03.2015), pág. 3 (cfr. *infra*, nota 891).

⁸⁸² Que reservava, entre outras matérias, o direito comercial (REID, Elspeth, cit., pág. 347).

⁸⁸³ Donde a constatação de Sir THOMAS SMITH: “The main subverters of Scots law in modern times have been the Scots” (Idem, pág. 350).

⁸⁸⁴ Idem, pág. 348. Esta harmonização no domínio do direito comercial impunha-se como condição de desenvolvimento do comércio e, através dele, das outras actividades económicas, e era do interesse dos comerciantes e industriais escoceses que, em regra, a aceitaram de bom grado. Para outros exemplos de leis comerciais comuns ou de conteúdo semelhante, Idem, págs. 362 e ss.

⁸⁸⁵ Idem, pág. 364.

⁸⁸⁶ Projectos que surgiram na sequência da devolução à Escócia do seu Parlamento (*Scotland Act 1998*), mas que não tiveram sequência (Idem, pág. 367).

⁸⁸⁷ Idem, págs. 367-368; Autora que comenta que o entusiasmo dos juristas escoceses pela codificação se canalizou para o projecto de Código Civil Europeu e acrescenta quanto a este ponto: “The Scottish experience serves as a reminder there, if a reminder were needed, that characteristics thought to be unique to the common law or to the civil law can not only coexist within one legal system but also develop in a way which is positive and dynamic. The Scots presence in these European arenas also demonstrates that a smaller legal system is inevitably altered, but need not sacrifice its identity, by joining a larger political unit.”

experiência concreta, com baixo grau de abstracção, minucioso, complexo, denso, dirigido à correcção do *case law* – uma “codificação” assim elaborada não só pouco acrescentaria ao sistema como reduziria a margem de liberdade dos juízes.⁸⁸⁸ Mas adoptar uma codificação no sentido verdadeiro e próprio, à *civil law*,⁸⁸⁹ seria, na Escócia como na Inglaterra, contrariar a cultura ou “espírito” de um povo, o que está fora do alcance dos poderes instalados e só por uma lenta evolução poderia, um dia, acontecer.^{890 891}

7.3. Irlanda do Norte

A Irlanda do Norte tem um parlamento próprio estabelecido em 1921, na sequência da divisão da Irlanda pelo *Government of Ireland Act 1920*, cuja vida tem sido tão atribulada quanto a da sociedade irlandesa.⁸⁹² Possui um sistema judicial próprio com o *Supreme Court of the United Kingdom* como última instância; o seu direito integra-se na família do *common law*, apresentando as mesmas características do direito inglês.

As leis comerciais inglesas mais importantes, como o *Companies Act 2006*, aplicam-se à Irlanda do Norte; mesmo quando existem leis próprias (caso da insolvência), as suas normas não divergem, no essencial, das inglesas.⁸⁹³

8. Direito chinês

É geralmente sabido que a República Popular da China compreende três sistemas jurídicos diferentes: o da China Continental, o de Macau e o de Hong Kong.⁸⁹⁴ A realidade, todavia, é bem mais complexa.⁸⁹⁵

⁸⁸⁸ RAHMATIAN, A. (2004) *Codification of private law in Scotland: observations by a civil lawyer*. *Edinburgh Law Review*, 8 (1). p. 57: “The statute, which may also incorporate existing partial codifications, thus usually consists of an aggregate (or patchwork) of detailed and casuistic rules established by decided cases. Such a statute is not a flexible framework but potentially a straitjacket.”

⁸⁸⁹ “A Civil Law statute, especially if it is a code, is a skeleton around which the flesh of the case-law and doctrine can grow.” (Idem, pág. 52.)

⁸⁹⁰ Idem, pág. 55.

⁸⁹¹ Ver também VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, cit., págs. 495-497, que, constatando embora a profunda “anglicização” do direito escocês, chama a atenção para algumas especificidades de origem romano-germânica que subsistem: a inexistência de *consideration* como condição de eficácia da promessa contratual (sendo assim vinculativos os contratos gratuitos), a possibilidade de execução específica das obrigações (que o *common law* rejeita, só existindo como remédio da *equity* e, portanto, de aplicação discricionária pelo tribunal), um processo civil mais orientado para o reconhecimento dos direitos subjectivos alegados em juízo (*right-oriented*, que se opõe ao *common law*, *remedy-* ou *duty-oriented*).

⁸⁹² O Parlamento irlandês foi suspenso em 1972, reinstaurado em 1973 e definitivamente suspenso em 1974, só voltando a reunir após a devolução do poder legislativo pelo *Northern Ireland Act 1998* (CARTER, Sarah/SWIFT, Hester, *A Guide to the UK Legal System*, GlobaLex, 2015 - http://www.nyulawglobal.org/globalex/United_Kingdom1.htm#nireland, acesso em 17.03.2015).

⁸⁹³ As *Insolvency (Northern Ireland) Order 1989*, *Insolvency (Northern Ireland) Order 2002* e *Insolvency (Northern Ireland) Order 2005* transpuseram para a Irlanda do Norte as disposições do *Insolvency Act 1986* e respectivas alterações (*Insolvency Act 1994*, *Insolvency (Nº 2) Act 1994*, *Insolvency Act 2000*, *Enterprise Act 2002*): *Cross-border Insolvency within the UK*, 2008 (<https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch37-48/chapter42/part%204/PART%204.htm> – acesso em 17.03.2015).

⁸⁹⁴ *Supra*, nota 109.

⁸⁹⁵ Complexidade que se revela em dois planos distintos: a) no plano da organização territorial: a República Popular da China compreende 33 entidades territoriais com autonomia legislativa (subordinada, embora, aos poderes que os órgãos centrais exercem para todo o território nacional), incluindo províncias, regiões

Sendo o nosso objectivo surpreender as tendências codificatórias no direito privado, com especial atenção ao direito comercial, dividiremos a análise do direito chinês actual em quatro partes: China Continental, Macau, Hong-Kong e Taiwan.

8.1. China Continental

Na China imperial (até 1912) o sistema jurídico centrava-se num corpo de regras promulgado pelo Imperador, muito influenciado pela doutrina do Confucionismo,⁸⁹⁶ a que se dava o nome de *Código*, tendo havido um *Código* por dinastia. Estes códigos – instrumentos do poder absoluto do Imperador e da sua “máquina de constrangimento” – tratavam fundamentalmente das áreas do direito público (administrativo e penal), deixando ao costume as relações entre privados.⁸⁹⁷

No período final da Monarquia e após a implantação da República (1912), no quadro das reformas tendentes a modernizar o país, facilitando as relações comerciais com o Ocidente e procurando desenvolver a economia, foram promulgadas leis de matriz europeia, entre as quais um código civil próximo do BGB, por influência japonesa.⁸⁹⁸ A primeira dessas leis foi a das sociedades comerciais (*Gongsili*) de 1904, cujos objectivos eram promover o desenvolvimento industrial do país, modernizar o direito alinhando-o com o das nações desenvolvidas (a fim de eliminar as imposições de extraterritorialidade dos Estados estrangeiros que restringiam brutalmente a soberania chinesa, provocando um descontentamento geral),⁸⁹⁹ reforçar os poderes do governo central e facilitar a criação

autónomas, municípios directamente subordinados à autoridade central e regiões administrativas especiais, cada uma das quais dispõe de um sistema jurídico próprio, sendo que estes sistemas jurídicos locais se mostram “fortemente diferenciados entre si, dando a sua interação origem, não raro, a conflitos de leis.”; b) no plano das fontes do direito: constituição, lei ordinária (com uma certa tendência para a codificação, como veremos), directrizes políticas estaduais, costume (incluindo os *guanxi*, usos gerados em certos círculos de relações pessoais, de grande importância na actividade empresarial), jurisprudência, direito internacional (VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, cit., págs. 457 e ss.).

⁸⁹⁶ Referindo os pressupostos filosóficos do direito chinês, A. e ob. cit., págs. 447-451: a) o Confucionismo, que centra a harmonia da ordem social nas regras morais, na virtude, considerando as leis secundárias ou até mesmo indesejáveis; b) o Legalismo, que sustenta o primado da lei (“só a ameaça de sanções podia conduzir o Homem a atuar de modo justo.”); c) o Taoísmo, que defende a existência de uma ordem espontânea ou natural que não deve ser perturbada, pelo que a actividade humana se deve com ela conformar. Como aí se recorda, operou-se gradualmente na China imperial uma confluência destas três escolas de pensamento.

⁸⁹⁷ Idem, pág. 451. Sobre o ponto, referindo a importância do costume na solução dos conflitos que surgiam no comércio e do papel de mediação desempenhado pelos juizes (“didactic conciliation”), cujas “decisões” estavam sujeitas a aceitação pelas partes, MA, Debin, *Growth, Institutions and Knowledge: A Review and Reflection on the Historiography of 18th-20th Century China*, Australian Economic History Review, Vol. 44, No. 3, November 2004, pág. 266 – http://personal.lse.ac.uk/mad1/ma_pdf_files/Australian%20economic%20his.%20review.pdf, acesso em 18.03.2015. Ver também KIRBY, William C., *China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-Century China*, LEE, Tahirih V. (edit.), *Foreigners in Chinese Law*, 1997 (ISBN 0-8153-2484-7), págs. 384-385. O *Código Qing* (última dinastia chinesa) continha algumas normas de regulação administrativa do comércio: licenças, regulação dos preços, v.g. (A., ob. e loc. cit. em ult. lugar).

⁸⁹⁸ Ibidem. Cfr. *supra*, ponto 6. e notas 865 e 866.

⁸⁹⁹ Sobre o princípio da extraterritorialidade, segundo o qual os Estados estrangeiros, como a Inglaterra e os Estados Unidos, tinham a prerrogativa de aplicar aos seus nacionais o seu próprio direito em território chinês através dos representantes diplomáticos e consulares, cfr. <http://www.americanforeignrelations.com/E-N/Extraterritoriality-China.html> (acesso em 18.03.2015).

de empresas privadas nacionais; seguida da lei de 1914 sobre a mesma matéria (*Gongsi tiaoli*), inspirada no direito alemão.⁹⁰⁰

Estas leis, todavia, não lograram produzir os efeitos reformistas esperados, não alterando significativamente o modo de vida chinês⁹⁰¹ e vindo a ser abolidas em 1949 pelo regime comunista.⁹⁰²

Abriu-se, então, um longo período de totalitarismo autocrático, em que o Direito se eclipsou,⁹⁰³ até que, sob a liderança de DENG XIAOPING, a China evoluiu para um regime mais aberto do ponto de vista económico, embora não tenha abandonado a matriz política do comunismo: “economia socialista de mercado” ou “socialismo com características chinesas”.⁹⁰⁴

Esta nova fase política (e a adesão à OMC, em 2001, que lhe é consequente) implicou, naturalmente, nova legislação, inaugurada pela Constituição de 1982. No direito privado, devem assinalar-se: - os *Princípios Gerais de Direito Civil* de 1987; - a *Lei dos Contratos da República Popular da China* de 1999, próxima dos Princípios Unidroit Sobre os Contratos Comerciais Internacionais; - a *Lei dos Direitos Reais* de 2007; - a *Lei da Responsabilidade Civil* de 2009; - a *Lei Sobre o Direito Aplicável às Relações Jurídicas Cíveis Conexas com o Estrangeiro* de 2010.

Estas leis integram-se no projecto de elaboração faseada de um Código Civil, com uma estrutura pandectística, mas cujo conteúdo se pretende adaptado à realidade chinesa.⁹⁰⁵

Um dos traços característicos é a unificação do direito civil e comercial,⁹⁰⁶ como se alcança das regras relativas ao empresário individual,⁹⁰⁷ à empresa,⁹⁰⁸ à “associação económica”,⁹⁰⁹ ao tratamento comum, sob a epígrafe “propriedade intelectual”, da propriedade autoral e industrial,⁹¹⁰ aos contratos de compra e venda,⁹¹¹ locação

⁹⁰⁰ KIRBY, William C., cit., págs. 383-384 e 389. Foi no período 1928-37 que a codificação do direito chinês teve o seu momento alto: Código Penal (1928, revisto em 1935), Código de Processo Penal (1928, revisto em 1935), Código Civil (1929), Código de Processo Civil (1929), Lei dos Seguros (1929), Lei das Sociedades (1929), Lei do Comércio Marítimo (1929), Lei dos Títulos de Crédito (1929), Lei da Falência (1935), Lei da Marca (1936). Mais tarde, finda a II Guerra Mundial e nas vésperas da Revolução Comunista, seria aprovada a Constituição da República da China (1946, entrada em vigor em Dezembro de 1947) – cfr. CHIU, Hungdah/FA, Jyh-Pin, *Taiwan's Legal System and Legal Profession*, Occasional Papers/Reprint Series in Contemporary Asian Studies, School of Law, University of Maryland, No 5, 1994, pág. 3.

⁹⁰¹ VICENTE, Dário Moura, ult. ob. cit., pág. 452; GOETZMANN, William/KÖLL, Elisabeth, *The History of Corporate Ownership in China: State Patronage, Company Legislation, and the Issue of Control*, MORCK, Randall K. (edit.), *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, University of Chicago Press, 2005, pág. 170 (<http://www.nber.org/chapters/c10269.pdf> - acesso em 18.03.2015).

⁹⁰² Mantendo-se apenas (embora com alterações) em Taiwan, para onde se transferiu o governo deposto: cfr. infra, ponto 8.4.

⁹⁰³ VICENTE, Dário Moura, cit., pág. 453, que aqui seguimos de perto.

⁹⁰⁴ Ibidem.

⁹⁰⁵ WANG, Liming, *The Systematization of the Chinese Civil Code*, CHEN, Lei/van RHEE, C. H. (Remco), edit., *Towards a Chinese Civil Code*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, pág. 24.

⁹⁰⁶ Idem, pág. 22 – unificação que tem raízes no movimento de codificação do direito chinês do início do séc. XX, quando seguiu o exemplo do direito suíço: KIM, Kon Sik, cit., pág. 65.

⁹⁰⁷ *Princípios Gerais de Direito Civil*, art. 26.

⁹⁰⁸ Idem, arts. 41 e ss.

⁹⁰⁹ Idem, arts. 51 e ss.

⁹¹⁰ Idem, arts. 94-96.

⁹¹¹ *Lei dos Contratos*, arts. 130 e ss.

financeira,⁹¹² transporte,⁹¹³ desenvolvimento e transferência de tecnologia,⁹¹⁴ assistência técnica,⁹¹⁵ armazenamento,⁹¹⁶ mandato comercial,⁹¹⁷ comissão (*trading-trust*),⁹¹⁸ agência.⁹¹⁹ ⁹²⁰ Mantêm-se, todavia, leis comerciais específicas, como a *Lei das Sociedades Comerciais*,⁹²¹ dos seguros, títulos de crédito, falência.

O direito comercial chinês actual compreende, assim, as disposições pertinentes das leis civis que formam o embrião de um possível futuro código civil - unificado na parte das obrigações e dos contratos - e as leis comerciais avulsas. A sua matriz é romano-germânica com contribuições recentes do direito norte-americano, especialmente no domínio das sociedades.

Apesar de não se prever uma alteração deste desenho formal – até porque a elaboração do eventual futuro código civil não tem estado isenta de hesitações e atrasos -, no meio jurídico chinês não falta quem preconize um código comercial separado do código civil, contendo os princípios e regras comerciais gerais (designadamente, a definição do âmbito ou perímetro do direito comercial, as fontes, os princípios materiais), a disciplina dos sujeitos (comerciantes) e dos actos de comércio – e que sirva de referencial para as diversas leis avulsas.⁹²²

É claro que, como nota DÁRIO MOURA VICENTE,⁹²³ uma coisa são as leis outra é a sua eficácia prática, num país em que a conciliação é o modo primeiro de resolução dos

⁹¹² Idem, arts. 237 e ss.

⁹¹³ Idem, arts. 288 e ss.

⁹¹⁴ Idem, arts. 322 e ss.

⁹¹⁵ Idem, arts. 356 e ss.

⁹¹⁶ Idem, arts. 381 e ss.

⁹¹⁷ Idem, arts. 396 e ss.

⁹¹⁸ Idem, arts. 414 e ss.

⁹¹⁹ Idem, arts. 424 e ss.

⁹²⁰ Estas leis estão acessíveis, respectivamente nos endereços electrónicos http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182628 e http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182632 (acesso em 19.03.2015). É interessante notar, na *Lei dos Contratos*, as disposições relativas aos meios electrónicos na forma do contrato (art. 11), às cláusulas contratuais gerais (arts. 39-41) e à *culpa in contrahendo* (art. 42), para além da consagração dos princípios da liberdade contratual e da boa-fé (arts. 4 e 6) – reveladoras da aproximação ao direito da Europa continental resultante do modelo dos Princípios Unidroit acolhido pelo legislador chinês.

⁹²¹ No domínio da actual Constituição, foi aprovada a Lei das Sociedades de 1993 (<http://www.lawinfochina.com/Display.aspx?lib=law&ID=641>), substituída pela lei de 2005 (<http://www.chinalawandpractice.com/Article/1692235/PRC-Company-Law-Amended.html>), por seu turno alterada em 2013 com o objectivo de reforçar a competitividade das empresas chinesas (liberalização do capital social, melhoria do sistema de registo) – cfr. <http://www.mondaq.com/x/305932/Corporate+Commercial+Law/Amendments+To> (acessos em 19.03.2015) e DICKINSON, Steven M., *Introduction to the New Company Law of the People's Republic of China*, Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. 16 No. 1, Jan. 2007, pp. 1-11.

⁹²² KIM, Kon Sik, cit., pág. 69, Autor que cita o Professor BAOSHU WANG como o *leading scholar* desta tendência. Devem-se ao Prof. WANG as Normas Reguladoras da Zona Económica Especial de Shenzhen, espécie de Princípios Gerais em matéria comercial, em vigor desde 1999, e que se estruturam do modo seguinte: Capítulo 1 – Regras Gerais (objectivo da lei, âmbito de aplicação e princípios fundamentais); Capítulo 2 – Comerciantes; Capítulo 3 – Registo Comercial; Capítulo 4 – Firma e Transmissão do Estabelecimento; Capítulo 5 – Escrita Comercial; Capítulo 6 – Gerente de Comércio; Capítulo 7 – Agente; Capítulo 8 – Disposições Finais. Diploma que foi já considerado o núcleo de um código comercial de base subjectiva (partindo do conceito de comerciante, definido no art. 5: “Pessoa natural ou jurídica ou outra organização económica legalmente registada que exerça, em nome próprio, como profissão ou fim estatutário e com intuito lucrativo, actividade comercial.”)

⁹²³ Ult. ob. cit., págs. 460-461.

conflitos sociais, relegando o direito (as leis e os tribunais) para um papel secundário, em que há uma distância grande entre a elite política central, que elabora as leis, e os níveis inferiores da imensa e dispersa máquina burocrática, encarregados de criar e manter as condições da sua aplicação, e em que o sistema judiciário, que as deve fazer respeitar, é ainda incipiente.⁹²⁴

8.2. Macau

Território português desde meados do séc. XVI, Macau é hoje uma das duas regiões administrativas especiais da República Popular da China, dotada de amplos poderes legislativo, executivo e judicial e continuando a usufruir da mesma “maneira de viver” que tinha sob jurisdição portuguesa, ou seja tendo-se mantido inalterados os sistemas económico, social e jurídico – tradução concreta do princípio “um país, dois sistemas” com que a milenar sabedoria chinesa iniciou um longo processo de transição para a economia de mercado ou capitalista.⁹²⁵

Macau regeu-se, até finais de 1999, data da transição da administração portuguesa para a República Popular da China, pelo direito português, com as especialidades resultantes da não extensão para o território de várias leis⁹²⁶ e da salvaguarda do costume local nas relações entre macaenses de origem chinesa.⁹²⁷

⁹²⁴ DICKINSON, Steven M., cit., págs. 10-11. Quanto aos problemas relacionados com os direitos de propriedade industrial na China, que ilustram bem o que dizemos no texto, ver U.S. Patent and Trademark Office, *Report on Patent Enforcement in China*, 2012 (http://www.uspto.gov/ip/global/China_Report_on_Patent_Enforcement_%28FullRprt%29FINAL.pdf). Quanto às práticas chinesas de obtenção de informação industrial por vias travessas, ROPER, Carl, *Trade Secret Theft, Industrial Espionage, and the China Threat*, Taylor & Francis, New York, 2014 – mas não será esse o caminho para a construção de impérios industriais? (cfr. *Piracy and Fraud Propelled the U.S. Industrial Revolution* - <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-02-01/piracy-and-fraud-propelled-the-u-s-industrial-revolution> (acessos em 19.03.2015).

⁹²⁵ *Lei Básica de Macau*, art. 5º. [Esta lei pode ser consultada em <http://bo.io.gov.mo/BO/i/1999/leibasica/index.asp> - acesso em 20.03.2015; cfr. FAN, Leong, *Guia da Lei Básica de Macau*, Associação das Ciências Económicas de Macau/Associação (Preparatória) de Estudos de Direito de Macau, 1995.] No termo do período de 50 anos, muito provavelmente, a China, dada a aceleração do seu desenvolvimento económico e a participação no comércio mundial, será, ela própria, um país capitalista – tendo as regiões administrativas especiais desempenhado o papel de experiências-piloto e de laboratórios de aculturação.

⁹²⁶ O que sucedeu relativamente a numerosas e importantes leis comerciais publicadas na vigência do Código Comercial de 1888: GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, *Codification in China: The Special Case of Macau*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pág. 89. Sobre este ponto e o da nota seguinte, HESPANHA, António Manuel, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit., págs. 53 e ss.

⁹²⁷ Salvaguarda oficialmente reconhecida até à publicação do Regimento da administração de justiça nas províncias ultramarinas, aprovado pelo Decreto de 20 de Fevereiro de 1894, que, no art. 2º, determinou a extensão do Código Comercial às províncias ultramarinas, o que incluía Macau. Mas mesmo após esta data, os chineses de Macau continuaram a servir-se das suas regras consuetudinárias nas relações comerciais que entre si estabeleciam (cfr. MARIANO, José Gabriel, *O Tribunal Privativo dos Chinas de Macau*, *O Direito On Line* (<http://www.odireito.com.mo/doutrina/100-o-tribunal-privativo-dos-chinas-de-macau.html> - acesso em 19.03.2015).

Durante o período de preparação da transição (1988-1999) foram elaborados e aprovados o Código Civil,⁹²⁸ o Código Comercial⁹²⁹ e o Código de Processo Civil.⁹³⁰ A matriz do actual direito macaense é, pois, indiscutivelmente portuguesa, dividindo-se o direito privado substantivo em dois códigos, civil e comercial, servidos pelo mesmo código de processo – os três “Grandes Códigos”.⁹³¹

Entre os motivos apontados para a elaboração do novo Código Comercial são de destacar, para além da evidente necessidade de modernização da legislação mercantil, assente ainda no Código de Veiga Beirão e na Lei das Sociedades Por Quotas de 1901,⁹³² de modo a corresponder às necessidades de uma economia dinâmica: - “Reflectir a rica e variada experiência de mais de um século, caracterizada por uma profunda revolução tecnológica e informática”; - conciliar o “contributo insubstituível da iniciativa económica privada para o progresso, num contexto de concorrência no mercado” com as “exigências irrecusáveis de justiça social”,⁹³³ - compatibilizar “a continuidade das actuais soluções legais”, respeitando a tradição jurídica portuguesa, com a recepção dos “ensinamentos (d)as mais modernas legislações mercantis de raiz romano-germânica” – “especialmente (d)aquelas com as quais o nosso sistema jurídico tem maiores afinidades, atendendo à inserção de Macau na zona Ásia-Pacífico” – bem como dos sistemas de raiz anglo-saxónica; - promover a recepção da nova *lex mercatoria*; - eleger as figuras da empresa comercial e do empresário comercial como fulcro de “toda a nova disciplina da actividade mercantil”, o que coloca o código “na linha da frente dos mais modernos sistemas de direito comercial”.⁹³⁴

Irradiando da “categoria fundante” da empresa comercial, o código regula, sucessivamente, as sociedades (técnica jurídica de estruturação da empresa) e as formas de cooperação empresarial (agrupamentos de interesse económico, consórcio, associação em participação), as obrigações comerciais (especialidades) e os contratos de empresa (contratos estimatório,⁹³⁵ de fornecimento, de comissão, de expedição, de agência, de concessão comercial, de franquia, de mediação, publicitários, de transporte, de depósito em armazéns gerais, de hospedagem, de conta corrente, de reporte, bancários - que incluem, para lá dos contratos correspondentes às operações bancárias propriamente ditas, a feitoria⁹³⁶ e a locação financeira -, de garantia e de seguro), e os títulos de crédito (com

⁹²⁸ Decreto-Lei n.º 39/99/M de 3 de Agosto.

⁹²⁹ Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de Agosto (alterado pelas Leis n.º 6/2000, de 27 de Abril, e 16/2009, de 10 de Agosto). Para uma análise do Código Comercial de Macau, ver FAN, Jianhong/PEREIRA, Alexandre Dias, *Commercial and Economic Law in Macau*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, págs. 37 e ss.

⁹³⁰ Decreto-Lei n.º 55/99/M, de 8 de Outubro (alterado pela Lei n.º 9/2004, de 16 de Agosto).

⁹³¹ Preâmbulo do Decreto-Lei 48/99/M, de 27 de Setembro; cfr. o nosso *Breves notas...*, cit., pág. 13704, nota 98, trabalho de que partimos (e, em parte, reproduzimos) nesta rúbrica.

⁹³² GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, loc. cit.

⁹³³ É notória a influência do preâmbulo do DL 262/86, de 2 de Setembro, que aprovou o CSC português.

⁹³⁴ As citações são do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 40/99/M (<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcompt/declei40.asp> - acesso em 20.03.2015).

⁹³⁵ Contrato de consignação: cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 358 e nota 611.

⁹³⁶ Contrato de feitoria é o nome macaense de *factoring* (art. 869º), também designado entre nós por cessão financeira; ANTUNES, José A. Engrácia, ult. ob. cit., págs. 520 e ss.

uma parte geral, à maneira do Código Civil brasileiro de 2002, seguida do regime dos títulos de crédito cambiais, letra, livrança e cheque).^{937 938}

Consideramos de especial interesse os seguintes aspectos: a consagração do direito de propriedade sobre a empresa;⁹³⁹ a simplificação do regime jurídico-mercantil pela limitação “ao mínimo indispensável [d]a duplicação de regimes, comercial e civil, para o mesmo contrato”;⁹⁴⁰ “a formulação de uma disciplina dos títulos de crédito como figura genérica é outra das inovações mais dignas de nota do Código, no qual o título de crédito é consagrado como categoria jurídica”;⁹⁴¹ a autonomização do direito marítimo;⁹⁴² a manutenção da disciplina da falência fora do Código Comercial e incluída no Código de Processo Civil,⁹⁴³ seguindo uma das orientações perfilhadas pelo legislador português ao longo do percurso histórico do instituto (mas que, em 1999, tinha sido já abandonada); a inclusão da figura da *floating charge*,⁹⁴⁴ importada do direito anglo-saxónico via Código Civil do Quebec⁹⁴⁵ - mas exclusão do *trust*;⁹⁴⁶ a inserção no Código Comercial da

⁹³⁷ A matéria relativa aos títulos de crédito em especial traduz, como não podia deixar de ser, a incorporação das respectivas leis uniformes. É, diz o legislador, “uma mera opção formal, que visa evitar a dispersão de instrumentos essenciais da vida mercantil.”

⁹³⁸ O Código Comercial, compreendendo 1268 artigos, estrutura-se em quatro livros: Livro I – Do Exercício da Empresa Comercial Em Geral, dividido em dez títulos: Dos empresários comerciais, das empresas comerciais e dos actos de comércio; Da firma; Da escrituração mercantil; Do registo; Da prestação de contas; Da representação no exercício da empresa; Da responsabilização pelo exercício da empresa; Da responsabilidade civil do empresário comercial; Da empresa comercial; Da disciplina da concorrência entre empresários; Livro II – Do Exercício da Empresa Colectiva e da Cooperação no Exercício da Empresa, com quatro títulos: Das sociedades comerciais; Dos agrupamentos de interesse económico; Do contrato de consórcio; Do contrato de associação em participação; Livro III – Da Actividade Externa da Empresa, repartido por dezoito títulos: Das obrigações comerciais em especial; Do contrato estimatório; Do contrato de fornecimento; Do contrato de comissão; Do contrato de expedição; Do contrato de agência; Do contrato de concessão comercial; Do contrato de franquia; Do contrato de mediação; Dos contratos publicitários; Do contrato de transporte; Do depósito em armazéns gerais; Do contrato de hospedagem; Do contrato de conta corrente; Do contrato de reporte; Dos contratos bancários; Dos contratos de garantia; Do contrato de seguro; Livro IV – Dos Títulos de Crédito, compreendendo dois títulos: Dos títulos de crédito em geral; Dos títulos de crédito em especial.

⁹³⁹ Art. 95º: “Para além dos direitos que lhe atribuem a disponibilidade sobre cada um dos bens que a compõem, o empresário tem um direito de propriedade sobre a própria empresa”, direito que goza da tutela normal do direito de propriedade, independentemente “da específica tutela conferida por lei a cada um dos bens que compõem a (sua) empresa” (art. 96º). Esta solução legal, correspondendo a uma velha aspiração da comercialística portuguesa (CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, cit., pág. 252), poderá ainda – assim o esperamos – iluminar o legislador português na tão tardia quanto indispensável definição clara da teoria geral da empresa (cfr. *infra*, Parte II, Cap. III, § 4º, 1.2).

⁹⁴⁰ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 40/99/M, cit.

⁹⁴¹ *Ibidem*.

⁹⁴² O Decreto-Lei n.º 109/99/M, de 13 de Dezembro, aprovou o Regime Jurídico do Comércio Marítimo, matéria que tinha sido excluída do novo Código Comercial, aprovado em 3 de Agosto anterior. Cfr., sobre o tema, PINHEIRO, Luís de Lima, *O Direito Comercial Marítimo de Macau Revisitado*, ROA, Ano 62 (2002), II (www.oa.pt). O Código Comercial contém as regras gerais sobre o contrato de transporte, deixando para legislação especial, como é o caso do Decreto-Lei n.º 109/99/M, a disciplina específica do meio de transporte utilizado (cfr. Código Comercial, art. 750º). Ver, para o transporte aéreo, o Regulamento Administrativo n.º 10/2004 (Diploma enquadrador da actividade de aviação civil em Macau).

⁹⁴³ Arts. 1043º a 1184º. Segue-se o regime do CPC português anterior a 1993 (DL 132/93, de 23 de Abril), distinguindo-se a falência para o comerciante (“empresário comercial”) e a insolvência para o não comerciante (arts. 1185º e ss.)

⁹⁴⁴ Arts. 928º-941º (“garantia flutuante”).

⁹⁴⁵ GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, cit., pág. 91. Cfr. *supra*, nota 780, sobre a *hypothèque ouverte* do direito quebequiano.

⁹⁴⁶ GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, cit., pág. 92.

disciplina da concorrência entre empresários, com a proibição genérica de acordos e práticas restritivas da concorrência e a matéria relativa à concorrência desleal.⁹⁴⁷

Para além do Regime Jurídico do Comércio Marítimo e das leis sobre navegação e transporte aéreo, citados, mantiveram-se fora do código importantes leis comerciais, como o Regime Jurídico da Propriedade Industrial⁹⁴⁸ e o Código do Registo Comercial.⁹⁴⁹ Qualificado como direito privado, o direito comercial macaense é tido como direito especial relativamente ao direito civil, na mais pura tradição romano-germânica.⁹⁵⁰ E, como corolário lógico, o Código Comercial abrange apenas a disciplina jurídico-privada das situações e relações comerciais: a regulamentação pública dessas mesmas situações e relações é objecto de normas (de direito público) especiais.⁹⁵¹

8.3. Hong Kong

Hong Kong foi uma colónia inglesa por pouco mais de 150 anos (1842 a 1997), quando os ingleses, logo seguidos pelos americanos, forçaram, com a Primeira Guerra do Ópio, a abertura do mercado chinês aos seus produtos.

Num processo semelhante ao de Macau e que o precedeu em dois anos, Hong Kong passou a integrar, em 1997, a República Popular da China com o estatuto de Região Administrativa Especial.⁹⁵² Representa, assim, pelo menos até 2047, um enclave de

⁹⁴⁷ A inclusão da concorrência desleal no Código Comercial confirma o carácter genérico do instituto, deslocando-o da sede mais restrita dos direitos de propriedade industrial, assim corrigindo a tradição portuguesa. Do mesmo passo, retira-o claramente do domínio penal ou contra-ordenacional, em que os nossos sucessivos Códigos da Propriedade Industrial o enclausuraram, privatizando-o e dando-lhe mais eficácia (até pela margem de liberdade concedida ao juiz: art. 171º), não esquecendo o ressarcimento dos danos causados, reforçado pela presunção de culpa (art. 172º). Andou bem o legislador macaense ao seguir os caminhos da separação entre a concorrência desleal e a propriedade industrial (BERTRAND, André R., *Droits Excusifs, Concurrence Déloyale et Défense de la Concurrence*, Direito Industrial, III, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 29-31), abandonando a visão redutora do instituto ainda presente no direito português (PAÚL, Jorge Patrício, *Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial*, ALBUQUERQUE, Ruy de/CORDEIRO, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 107), bem como da sua despenalização, uma vez que “o bem jurídico *lealdade mercantil ou concorrencial* não é (...) um daqueles bens jurídicos cuja densidade axiológica só por si imponha sem mais a sua tutela penal” (COSTA, José de Faria, *O Direito Penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*, Direito Industrial, III, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 39). Observação que, cremos, deverá ser meditada no quadro geral da (des)penalização de comportamentos em matéria comercial e não só.

⁹⁴⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 97/99/M, de 13 de Dezembro. Sobre a questão da inclusão da propriedade industrial no direito comercial, ver *infra*, Parte II, Cap. III, § 4º, 2.2.

⁹⁴⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 56/99/M, de 11 de Outubro (posteriormente alterado pelas Leis n.os 9/1999, 5/2000 e 6/2012).

⁹⁵⁰ GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, cit., pág. 92, Autores que interpretam o art. 4º do Código Comercial de modo semelhante ao da doutrina portuguesa mais recente quanto ao art. 3º do Código de Veiga Beirão – cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 229 e ss., em especial 231, Autor que faz referência à concepção alemã das relações de subsidiariedade entre os direitos civil e comercial, concluindo que os sistemas de raiz objectiva apontam para uma demarcação mais nítida relativamente ao direito civil do que os de raiz subjectiva e, consequentemente, para a consideração do sistema comercial como um sistema mais fechado em si (págs. 232-233).

⁹⁵¹ GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, cit., pág. 91.

⁹⁵² The University of Hong Kong, Law and Technology Centre, Community Legal Information Centre, *Hong Kong Legal System* (<http://www.clic.org.hk/en/topics/hkLegalSystem/all.shtml> - acesso em

common law na China que, tanto no continente como em Macau (e Taiwan), se enquadram na família romano-germânica.

Actualmente, as fontes do direito de Hong Kong são a Lei Básica,⁹⁵³ o *common law* (incluindo a *Equity*), e a legislação (*statutory* ou *enacted law*).⁹⁵⁴

No que respeita ao *common law* aplicável em Hong Kong, a observação mais importante é a de que valem como precedentes não só as decisões dos tribunais locais como as de quaisquer outros tribunais de sistemas pertencentes a essa família jurídica.⁹⁵⁵ Ligação que sai reforçada pela possibilidade de o Supremo Tribunal de Hong Kong convidar juízes de *common law* estrangeiros para participar nos processos judiciais.⁹⁵⁶

Como é natural, a legislação constitui uma parte considerável (e em expansão) do direito de Hong Kong, de que podemos destacar, entre muitas outras, com interesse em matéria mercantil: *Companies Ordinance*; *Limited Partnership Ordinance*; *Bankruptcy Ordinance*; *Sales of Goods Ordinance*; *Landlord and Tenant (Consolidation) Ordinance*; *Bills of Exchange Ordinance*; *Factors Ordinance*; *Registration of Patents Ordinance*; *Trade Marks Ordinance*; *Law Amendment and Reform (Consolidation) Ordinance*.⁹⁵⁷ E há um apelo à codificação, ainda que seja no estilo anglo-saxónico.⁹⁵⁸

8.4. Taiwan

Pode dizer-se que a história de Taiwan, tal como nós a conhecemos hoje, começa com a deslocação para a ilha do governo nacionalista liderado por Chiang Kay-shek (1887-1975), em 1949, após a vitória do Partido Comunista.⁹⁵⁹

Fortemente apoiado pelos EUA – que, todavia, viriam mais tarde (1979) a cortar relações diplomáticas com Taiwan para as reatar com a República Popular da China -, o governo nacionalista conseguiu modernizar e transformar o território numa economia capitalista dinâmica.⁹⁶⁰

23.03.2015). Mas já antes Hong Kong desempenhava um “pivotal role” na “open-door policy” da China: SUNG, Yun-Wing, *The China-Hong Kong Connection*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1991, *max.* págs. 58 e ss.

⁹⁵³ <http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/instrument/101/> (acesso em 23.03.2015).

⁹⁵⁴ Lei Básica, art. 8, que estabelece o princípio da continuidade jurídica, à semelhança do art. 8º da Lei Básica de Macau (que, sendo posterior, se inspirou claramente naquela).

⁹⁵⁵ Lei Básica, art. 84.

⁹⁵⁶ The University of Hong Kong, Law and Technology Centre, Community Legal Information Centre, *Hong Kong Legal System*, cit.

⁹⁵⁷ <http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm> (acesso em 23.03.2015).

⁹⁵⁸ Recomendando a codificação das leis mais importantes de Hong Kong, a começar pelo Código Penal, a fim de, entre outras razões, prevenir que, sob pressão de Pequim, as autoridades locais tratem de modo diferente situações idênticas, HSU, Berry Fong-Chung, *The Common Law System in Chinese Context: Hong Kong in Transition*, M. E. Sharpe, Inc., New York, 1992, págs. 116-117.

⁹⁵⁹ A ilha de Taiwan esteve sob controlo japonês entre 1895 e 1945, tendo-se regido nesse período pelo direito do Japão: KIM, Kon Sik, cit., pág. 65.

⁹⁶⁰ Relativamente a Taiwan – como aos outros países da Ásia Oriental -, tem-se falado em “dualismo dinâmico”, querendo significar que o desenvolvimento económico, social e político, em moldes acentuadamente capitalistas, vem provocando a adopção de conceitos e figuras jurídicas ocidentais num ambiente que insiste em preservar as suas características tradicionais (cfr. WANG, Wen-Yeu/CHIU, Yen-Lin Agnes, *The Defining Characteristics of the Legal Family in East Asia*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, pág. 15).

Politicamente reduzido à situação de Estado independente *de facto*,⁹⁶¹ expulso da ONU em 1971 por pressão da República Popular da China, Taiwan, cuja economia sofre os altos e baixos próprios de quem tem nas exportações a sua principal fonte de rendimento, vem seguindo uma política de integração em organizações internacionais, sendo admitida na OMC em 2002.^{962 963}

O governo deposto no continente em 1949 trouxe a legislação aí adoptada na primeira metade do séc. XX,⁹⁶⁴ que incluía o Código Civil e importantes leis comerciais.⁹⁶⁵ O Código Civil, por influência do direito suíço, integra alguns contratos comerciais no âmbito do direito das obrigações: conta corrente, mandato, depósito em armazém, transporte;⁹⁶⁶ não existe a definição legal de um regime geral das actividades e sujeitos de direito comercial, não sendo estas matérias que suscitem interesse no meio jurídico; aceita-se, todavia, a autonomia substancial do direito comercial com base nas leis mercantis referidas;⁹⁶⁷ o direito comercial é considerado direito privado especial, constituindo a delimitação do seu âmbito, em face da situação fragmentária das fontes legais, um problema em aberto entre os juristas taiwaneses.⁹⁶⁸

Novas leis têm sido aprovadas, como, por exemplo, nas áreas bancária e do registo comercial, incorporando, num sistema de *civil law*, elementos de origem norte-americana e costumes locais.⁹⁶⁹

Não se prevê a elaboração de um código comercial, mas a continuação do actual modelo, ou seja, que a intervenção legislativa em novas matérias se faça por meio de leis avulsas.

9. Direito russo

O direito privado da Federação Russa centra-se actualmente no Código Civil aprovado, faseadamente, entre 1994 e 2006.⁹⁷⁰

⁹⁶¹ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, cit., pág. 458.

⁹⁶² Taiwan Economy Profile 2014 (http://www.indexmundi.com/taiwan/economy_profile.html - acesso em 24.03.2015) – as relações internacionais de Taiwan vão-se intensificando tal como as relações económicas e monetárias com a China continental, sendo a balança comercial bilateral altamente favorável a Taiwan; o problema político, todavia, continua por resolver.

⁹⁶³ Sobre a admissão e participação de Taiwan na OMC, cfr. https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/chinese_taipei_e.htm (acesso em 24.03.2015).

⁹⁶⁴ *Supra*, nota 900.

⁹⁶⁵ Lei dos Seguros (1929), Lei das Sociedades (1929), Lei do Comércio Marítimo (1929), Lei dos Títulos de Crédito (1929), Lei da Falência (1935), Lei da Marca (1936).

⁹⁶⁶ HUANG, Ming-Jye/TSENG, Wang-Ruu, *Taiwan's National Report: Codification in East Asia: Commercial Law*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia*, cit., pág. 132.

⁹⁶⁷ *Supra*, nota 965.

⁹⁶⁸ HUANG, Ming-Jye/TSENG, Wang-Ruu, cit.

⁹⁶⁹ VICENTE, Dário Moura, ult. ob. e loc. cit.

⁹⁷⁰ *Supra*, nota 108 e AA. e obs. aí citadas. A Rússia pré-revolucionária – cujo direito se integrava na família romano-germânica via direito bizantino - não conheceu códigos, apenas compilações/consolidações legislativas; a única excepção neste período foram os dois projectos de código civil do séc. XIX – um, no início (1809), preparado por SPERANSKY (1772-1839, o *Turgot moscovita*: cfr. ANTERO, Adriano, *A Historia Economica (Historia Universal do Comercio e da Industria)*, vol. VI, Imprensa Moderna, Lda, Porto, 1925, pág. 425) e inspirado no *Code Civil*, que não chegou a ser aprovado por razões políticas (o corte com a França como consequência da política expansionista de NAPOLEÃO BONAPARTE e a falta de aceitação, pelas altas esferas políticas e sociais da Rússia de então, das novas ideias que os códigos napoleónicos consagravam), outro, no fim (1882-1905), que não chegaria a ser aprovado em virtude das

Integrado na família romano-germânica, o direito russo sofreu, naturalmente, as conhecidas vicissitudes históricas da sua pátria: direito de um sistema político-social feudal na longa fase pré-revolucionária que só terminaria na segunda década do séc. XX, com algumas veleidades de abertura ao Ocidente sob os déspotas iluminados de setecentos, organizou-se formalmente em grandes compilações, à maneira do Antigo Regime, mas não chegou a conhecer o tempo dos códigos simplesmente porque os ventos da Revolução Francesa não chegaram a esse extremo da Europa⁹⁷¹ – ventos que, talvez pelo atraso, talvez pela própria idiossincrasia russa, atizados a ocidente pela Primavera dos Povos e pela Comuna de Paris, viriam a provocar a passagem directa da ditadura dos czares à ditadura “do proletariado”.⁹⁷²

As radicais mudanças de 1917 vieram encontrar um direito fora do seu tempo, acantonado em compilações imensas,⁹⁷³ com escasso tratamento científico.⁹⁷⁴

Revoluções de 1917. Este último projecto, tendo como modelo o BGB, foi considerado de grande qualidade, a ponto de ter sido tomado em conta aquando da preparação do actual código civil. Sobre a história da legislação privada russa, ver, para além das obras citadas, RAFF, Murray/TAITSLIN, Anna, *Property Rights under Socialist Civil Law: Looking Back to the Twentieth Century*, SIMONS, William Bradford (edit.), *East European Faces of Law and Society: Values and Practices*, Koninklijke Brill, Leiden, The Netherlands, 2014, pág. 266; e BORISOVA, Tatiana, *Emergence of Russian National Legal Tradition: SVOD Versus ULOZHENIE in Nineteenth Century Russia* (<http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Borisova-Russian-National-Legal-Tradition.htm> - acesso em 25.03.2015).

⁹⁷¹ O direito escrito russo pré-revolucionário exibia as seguintes características principais: a) ruptura com a tradição ou com a consciência popular – e o povo russo pagava na mesma moeda, alheando-se do direito legislado e regendo-se pelos seus próprios costumes: DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 124; b) legitimidade exclusivamente assente na autoridade do czar; c) o czar estava acima da lei, identificando-se esta com a sua vontade; d) a vontade do czar-legislador pautava-se pelo seu critério arbitrário temperado pela capacidade das classes privilegiadas de fazer valer as suas prerrogativas e interesses [lembre-se a tentativa de Catarina II de abolir a escravatura sob a influência da leitura de MONTESQUIEU: teve de recuar por imposição da nobreza fundiária, que não estava disposta a perder o seu imenso exército de trabalhadores gratuitos (KEITHLY, David M., *Catherine II, the Great* - http://enlightenment-revolution.org/index.php/Catherine_II_the_Great, acesso em 25.03.2015)]; e) os juristas, incluindo os juízes, eram servidores do czar; f) havia um acentuado atraso na formação jurídica e no aparecimento de literatura jurídica própria, factor insubstituível da existência de uma consciência jurídica.

⁹⁷² Uma excelente análise do marxismo e da sua paradoxal realização prática num país como a Rússia, simultaneamente acessível, objectiva e lúcida, pode ver-se em PIETTRE, André, *Marx et Marxisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1957. Sobre o processo revolucionário de 1917, ver MCCAULEY, Martin, *A Revolução Russa e o Estado Soviético (1917-1921)*, trad. port., Edições Acrópole, Lda, Alfragide, 1975.

⁹⁷³ A consolidação das leis russas elaborada no reinado de Nicolau I (1832), denominada *Svod Zakonov*, chegou a conter 100.000 artigos distribuídos por 8 secções e organizados em 15 volumes, na sua grande maioria dedicados ao direito público: DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 123. Na primeira metade do séc. XIX, com o projecto de código civil de SPERANSKY (1809), de inspiração francesa – a França era então considerada a “imperatriz da moda”, também no mundo jurídico –, a sua discussão pública, a subsequente queda em desgraça do seu autor (1812) e a inflexão conservadora da nova Comissão de Legislação, criou-se a oposição entre *svod* e *ulozhenie*, termos que, até aí usados indiferentemente para significar “sistematização da lei”, passaram a simbolizar, respectivamente, o passado – as compilações/consolidações do Antigo Regime –, o conservadorismo jurídico de pendor nacionalista que, na segunda metade do século, se expandiria para um conservadorismo político nacionalista, e o futuro, a codificação da Nova Ordem, de tendência europeia: BORISOVA, Tatiana, cit. Extremos entre os quais oscilou o pêndulo do sentimento e do pensamento russos, ora atraídos ora repelindo o Ocidente; sendo que os adeptos do partido que acabou por vencer – o do *svod* – encontraram na Escola Histórica de SAVIGNY e no seu apelo às mais profundas raízes da nação o apoio científico da recusa do direito napoleónico: Idem, págs. 9-10.

⁹⁷⁴ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 124. Pode ser, no entanto, que esta ideia provenha simplesmente da falta de acesso e conhecimento da literatura jurídica russa do séc. XIX e início

Mau grado a previsão do fim do Direito no estágio último da sociedade comunista, a revolução bolchevique não acabou com ele embora o tenha modificado substancialmente.⁹⁷⁵

Integrada a Rússia no sistema económico capitalista, houve que ajustar toda a “superestrutura” política, social e jurídica, de que o Código Civil em vigor é peça fundamental. Estrutura-se ele em quatro partes: Parte I – Parte Geral;⁹⁷⁶ Parte II – Das obrigações em especial;⁹⁷⁷ Parte III – Direito das Sucessões e Direito Internacional Privado; Parte IV – Propriedade Intelectual.⁹⁷⁸

Logo pelo art. 1. se vê a orientação geral do novo direito privado da Rússia: afirmam-se, como princípios gerais, o livre exercício dos direitos subjectivos e a sua tutela jurídica, a liberdade contratual, a igualdade das partes, a inviolabilidade da propriedade, a livre circulação de bens e serviços em todo o território nacional – assim se lançando as bases de uma sociedade moderna e da economia de mercado.⁹⁷⁹

do séc. XX, esquecida ou ocultada durante o período soviético, e, ao que julgamos, sem tradução em línguas ocidentais: SINYAVSKAYA, Maria, cit., pág. 72 e nota 3 [o endereço electrónico aí indicado (www.consultant.ru – último acesso em 28.01.2016) só tem uma pequena página de apresentação em inglês, estando o acesso às bases de dados restrito à versão em língua russa].

⁹⁷⁵ Ibidem. A Rússia soviética conheceu dois códigos civis: o de 1922, ainda em parte baseado no projecto de 1905 (até porque surgiu durante a fase da Nova Política Económica – 1921/1928, que recuperou alguns elementos do capitalismo com o fim de melhorar rapidamente a situação económica e social do país), e o de 1964, marcado pela economia planificada, pela inexistência de liberdade de iniciativa económica e de liberdade contratual e pelas severas restrições à propriedade privada. Em 1991, já na fase de transição para a economia de mercado, foram promulgados os *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, de que algumas disposições foram incluídas no actual Código Civil. Para a história do direito soviético, DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., págs. 125 e ss.

⁹⁷⁶ A primeira parte, lembrando a *Allgemeiner Teil* pandectística, inclui os princípios (art. 1.) e regras gerais (âmbito material, fontes internas e internacionais, aplicação da lei no tempo, analogia, aquisição, exercício e tutela dos direitos, pessoas naturais e jurídicas, coisas, títulos de crédito, tutela dos valores imateriais [direitos de personalidade], negócio jurídico, representação, prescrição); direitos reais; princípios gerais do direito das obrigações e dos contratos.

⁹⁷⁷ Inclui um conjunto de contratos (v.g., compra e venda, troca ou escambo, doação, arrendamento, aluguer, prestação de serviços, investigação tecnológica, transporte, comissão, seguro, contrato de conta bancária, contrato de depósito bancário), o regime das obrigações resultantes de jogos e apostas, e responsabilidade civil (incluindo normas específicas sobre a responsabilidade civil do produtor: arts. 1095. e ss.). De notar que o actual direito privado russo procedeu à recepção do instituto anglo-saxónico do *trust* (arts. 1012. e ss.).

⁹⁷⁸ Compreende, sob a designação “propriedade intelectual”, o direito de autor e os direitos conexos e a entre nós designada propriedade industrial (cfr. art. 1225., 1).

⁹⁷⁹ O Código Civil russo recebe inspiração de fontes diversificadas: dos trabalhos preparatórios do projecto de 1905 – a doutrina pátria dos finais do séc. XIX está na moda, sendo de “*bon ton*” referi-la (SINYAVSKAYA, Maria, cit., pág. 72) -, de outros ordenamentos da família romano-germânica e mesmo do *common law* e do direito internacional (Idem, pág. 78).

Outro traço a salientar é o carácter unitário do código:⁹⁸⁰ seguindo uma visão tradicional unitária do direito privado,⁹⁸¹ o código civil russo contém, a par da disciplina geral das relações privadas, a especial das relações (e situações) mercantis.⁹⁸²

Para além das normas comerciais do Código Civil, existem leis avulsas de relevo, como a Lei da Falência,⁹⁸³ o Código da Navegação Comercial⁹⁸⁴ e o Código da Aviação Civil.⁹⁸⁵ Concluindo, não obstante a inclusão de um núcleo alargado da matéria mercantil no Código Civil, existe um direito comercial russo substancialmente autónomo, especial relativamente ao direito civil.⁹⁸⁶

⁹⁸⁰ Para lá da ausência do direito da família, codificado à parte, resquício da concepção do período soviético: Idem, pág. 75.

⁹⁸¹ Ibidem. Recorde-se, todavia, que a compilação das normas comerciais foi feita, sob o férreo impulso do czar Paulo I (1754-1801) na transição para o séc. XIX, pelos comerciantes principais de S. Petersburgo, antes do aparecimento do projecto de código civil de 1809. Conta-se, a este propósito, que, impaciente com o reiterado insucesso das comissões nomeadas pelos seus antecessores para a elaboração dos códigos, Paulo I utilizou um método original: mandou encerrar os comerciantes mais importantes da capital numa ala do Palácio Gatchina, anunciando que só os restituiria à liberdade em troca do código! Parece ter sido SPERANSKY quem, reduzindo a escrito os costumes dos comerciantes e complementando as normas consuetudinárias com os seus conhecimentos jurídicos, preparou o código-compilação que o czar solicitara (BORISOVA, Tatiana, cit., págs. 2-3). O que significa que houve já, no direito russo do Antigo Regime, uma dualidade de compilações/consolidações legislativas, comercial e civil, que aparentemente (cfr. *infra*, nota 986) se perdeu.

⁹⁸² O art. 2., dedicado à delimitação do campo material de aplicação do código, abarca a actividade comercial (“business activity”), que define como “actividade independente, exercida de modo sistemático, com intenção lucrativa, por pessoa legalmente registada para esse efeito, que corre o inerente risco.” [Tradução nossa a partir da versão inglesa publicada no sítio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=277714, acesso em 26.03.2015.] E, percorrendo-o, deparamos com inúmeras disposições com conteúdo comercial: na definição da capacidade jurídica das “pessoas jurídicas” (colectivas), em que individualiza as organizações comerciais (art. 49., 1); na distinção entre organizações comerciais e organizações sem fim lucrativo (art. 50.); na obrigatoriedade do uso, pelas organizações ou entidades comerciais, da firma comercial (“trade name”): art. 54., 4; na referência à insolvência (art. 65.); na disciplina das sociedades comerciais (arts. 66. e ss.), em que inclui as cooperativas de produção (arts. 107. e ss.) e as empresas públicas, estatais e municipais (arts. 113. e ss.); na definição de empresa como coisa complexa (composta) imóvel, objecto de um direito de propriedade sobre essa unidade jurídica (art. 132.); na definição e regulamentação genérica dos títulos de crédito (arts. 142. e ss.); no tratamento separado da representação comercial (art. 184.); na especificação, no âmbito do contrato de compra e venda, da venda a retalho (arts. 492. e ss.) e da venda da empresa (arts. 559. e ss.); na inclusão de diversos contratos comerciais – troca ou escambo (arts. 567. e ss.), cessão de exploração da empresa (arts. 656. e ss.), locação financeira (arts. 665. e ss.), transporte (arts. 784. e ss.), prestação de serviços transitórios (arts. 801. e ss.), concessão de crédito (arts. 819. e ss.), crédito comercial (art. 823.), factoring (arts. 824. e ss.), depósito bancário (arts. 834. e ss.), conta bancária (arts. 845. e ss.), meios de pagamento (arts. 861. e ss.), incluindo o regime jurídico do cheque (arts. 877. e ss.), depósito em armazém (arts. 886. e ss.), depósito hoteleiro (art. 925.), seguro (arts. 927. e ss.), mandato comercial (art. 972.), comissão (arts. 990. e ss.), agência (arts. 1005. e ss.), concessão comercial (arts. 1027. e ss.); na regulamentação da propriedade industrial (arts. 1225. e ss.).

⁹⁸³ STUBBS, Tim, *Overview of Russian Bankruptcy Law and Practice: What Can Creditors Expect in the Current Crisis?*, 2009 (https://www.usrbc.org/pics/File/Events/LegalConference2009/Tim%20Stubbs%20Bankruptcy%20Law%20presentation_Eng_final.pdf – acesso em 27.03.2015).

⁹⁸⁴ Versão inglesa não oficial disponível em <http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1565> (acesso em 27.03.2015).

⁹⁸⁵ Versão inglesa não oficial disponível em <http://www.aviaru.net/english/code/> (acesso em 27.03.2015).

⁹⁸⁶ SINYAVSKAYA, Maria, cit., pág. 76, que refere a existência de um “inner dualism”.

§ 2º - A situação no mundo hispano-americano

1. Direito espanhol

A codificação era vista, no século XIX espanhol, como um sinal de progresso, no mesmo plano da máquina a vapor e da electricidade,⁹⁸⁷ e o código “como proyecto constituyente de futuro.”⁹⁸⁸

No entanto, os pressupostos da codificação moderna tardariam a verificar-se em Espanha, razão do seu considerável atraso: o Código Civil só apareceria em 1889, precedido pelos Códigos de Comercio de 1829 e 1885.⁹⁸⁹

Se bem que não estranhas à elite social e cultural, as ideias dos filósofos e pensadores iluministas e enciclopedistas e a sua realização histórica pela Revolução Francesa, cuja divulgação foi duramente reprimida pelos governos absolutistas,⁹⁹⁰ tardaram a influir no direito do país vizinho.

A sociedade espanhola, na dobra dos séculos XVIII-XIX, estava longe de apresentar um grau de homogeneização compatível com a codificação,⁹⁹¹ profundamente marcada pelas classes tradicionais e em que o clero (e o Santo Ofício) desempenhava um papel preponderante.⁹⁹²

Não estava também preenchido o requisito da unidade personificada pelo Estado-Nação, mantendo-se vivas as consciências nacionais dos diferentes povos hispânicos – os quais, embora unidos em geral pela força das armas, nunca se deixaram assimilar pela potência castelhana – cuja expressão jurídica eram (e são) os direitos locais ou forais.⁹⁹³

E, preso o ensino da “Jurisprudência” à tradição escolástica, não se afirmava uma doutrina jurídica capaz, desenvolvida à luz das novas ideias.⁹⁹⁴

A conjugação destas ausências explica o facto de em plena época da codificação napoleónica se ter publicado uma compilação de leis à moda antiga, a *Recopilación de las leyes de España o Novísima Recopilación* (1805).⁹⁹⁵

⁹⁸⁷ TORRES MENA (1874), citado por IÑESTA PASTOR, Emilia, *La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pág. 66.

⁹⁸⁸ BERMEJO CASTRILLO, Manuel, *Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pág. 43.

⁹⁸⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Is it possible for a Minor Code of the Nineteenth Century to serve as a Model in the Twenty-First Century?*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, cit., pág. 370.

⁹⁹⁰ Através, designadamente, da proibição da entrada no país das obras dos autores protestantes (GROCIO, PUFENDORF, WOLFF) e da censura da Inquisição: BERMEJO CASTRILLO, Manuel, cit., pág. 24.

⁹⁹¹ CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, cit., págs., 43-44.

⁹⁹² BERMEJO CASTRILLO, Manuel, cit., pág. 33.

⁹⁹³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, cit., págs. 372 e ss. Sobre os direitos forais, ver também BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña: Génesis, Significado y ¿Defunción?*, *Ivs Fvgit*, 16, 2009-2010, pp. 181-196; MONREAL ZIA, Gregorio, *Codificación civil y legislación foral de Bizkaia*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 185-251; *Derechos Forales (Compilaciones Forales)* - <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-forales-compilaciones-forales/derechos-forales-compilaciones-forales.htm> (acesso em 8.04.2015).

⁹⁹⁴ BERMEJO CASTRILLO, Manuel, cit., págs. 25 e ss.

⁹⁹⁵ Explicando o anacronismo da *Novísima Recopilación*, *Idem*, págs. 43-44.

Cresciam, entretanto, os anseios (e esforços) no sentido da codificação,⁹⁹⁶ como testemunha a história das comissões que lhe foram dedicadas desde 1843.⁹⁹⁷

Seguindo uma ordem cronológica, deve começar por se salientar a importância da Constituição de Cádiz, que traçou a directriz quanto à modernização do direito espanhol.⁹⁹⁸

O primeiro código moderno (ou, pelo menos, de transição entre o antigo e o moderno) foi o Código de Comercio de 1829, redigido por PEDRO SÁINZ DE ANDINO (1786-1863),⁹⁹⁹ que conjugou uma nítida influência do Code de commerce com o direito

⁹⁹⁶ Se bem que os termos *código* e *codificação* nem sempre tenham sido usados com o mesmo significado – ora no sentido moderno, ora no de compilação/consolidação –, como resulta da atribulada história das comissões de codificação: cfr. INESTA PASTOR, Emilia, cit.

⁹⁹⁷ Ibidem. As vicissitudes que afectaram as sucessivas comissões decorreram da instabilidade política que Espanha viveu durante o século XIX e primeiras décadas do século XX [invasão e dominação napoleónica (1808-1813), guerra da independência (1808-1814), Constituição de Cádiz (1812), restauração do absolutismo com Fernando VII (1814-1820), triénio liberal (1820-1823), regresso do absolutismo (1823-1833), restauração liberal com Isabel II (1834), lutas entre as facções liberais (1834-1868), a Revolução de 1868 e a implantação da I República (1873-1874), a Restauração Monárquica (1874-1923), a ditadura de Primo de Rivera (1923-1931), a II República (1931-1936), a Guerra Civil (1936-1939)] e da sensibilidade dos trabalhos de preparação legislativa e de codificação às contingências políticas, que muito se ficou a dever ao modelo escolhido: as comissões eram órgãos permanentes colocados na dependência do poder executivo (“*legislación al margen de las Cortes*”), sofrendo naturalmente com a sucessão de governos de curta duração e, na maior parte das vezes, com ideias contrárias. Sublinhando o fio condutor institucional e funcional destas comissões de legislação desde 1843 até aos nossos dias e dando conta da sua subalternização perante o *modelo de redacção difusa da lei* actualmente adoptado em Espanha, em que a iniciativa pré-legislativa fica a cargo do departamento governamental competente em razão da matéria e a sua preparação entregue a comissões *ad hoc* – assim se abandonando o *modelo concentrado* de inspiração inglesa a favor do modelo alemão –, JEREZ DELGADO, Carmen/PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, *La Comisión General de Codificación y su Labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones*, RJUAM, nº 19, 2009-I, págs. 156-157, nota 3, AA. que criticam o modelo em vigor por, em sua opinião, provocar a diminuição da qualidade das leis. Advertindo que a codificação – como, aliás, a adaptação do direito às novas circunstâncias – requer que os juristas trabalhem “por encima de meras y contingentes tendencias políticas”, ROCA GUILLAMON, Juan, *Codificación y Crisis del Derecho Civil*, Anales de Derecho, vol. 8 (1985), pág. 30.

⁹⁹⁸ Constituição de 1812, art. 258. Esta norma, cujo antecedente era o art. 113 da Constituição ou Estatuto de Baiona de 1808 (cfr. ROJO, Ángel, cit., págs. 478-479; e FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La primera Constitución española: El Estatuto de Bayona*, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-primera-constitucion-espaola---el-estatuto-de-bayona-0/html/ffc6353a-82b1-11df-acc7-002185ce6064_4.html - acesso em 9.04.2015) e a que corresponde – com restrições importantes no que toca ao direito civil - o art. 149, 1, 6º, 8º e 9º da Constituição actual (1978), confere carácter nacional à legislação sobre matérias mercantis, afastando os direitos locais e reservando consequentemente ao Estado a respectiva competência legislativa, e coloca o direito comercial no mesmo nível dos dois grandes ramos jurídicos tradicionais, o direito civil e o direito penal, nela radicando a tradição da dualidade de códigos de direito privado. [As várias constituições espanholas podem ser consultadas em http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978 (acesso em 9.04.2015)].

⁹⁹⁹ É interessante notar as semelhanças entre SÁINZ DE ANDINO e o nosso FERREIRA BORGES: contemporâneos (nascem no mesmo ano), juristas, liberais, exilados políticos do Absolutismo, nomeados, “en su tiempo”, para altos cargos do Estado, “hacedores de leyes”, redactores únicos do primeiro código do seu país – código que em ambos os casos teve destino efémero, quer no período de vigência (um pouco mais de cinquenta anos), quer nos projectos e actos de reforma, que se iniciaram pouco depois da sua entrada em vigor: ver, para o caso espanhol, ROJO, Ángel, cit., págs. 493 e ss., e, para o caso português, *infra*, Parte II, Cap. I, § 2º, 2.

comercial tradicional recolhido nas Ordenanzas de Bilbao de 1737:^{1000 1001} do primeiro reteve, desde logo, perante as opções possíveis,¹⁰⁰² a codificação separada da matéria mercantil; das segundas, entre outros aspectos mais de pormenor, o carácter profissional, fundamentalmente subjectivo, do direito comercial.¹⁰⁰³ O Código de 1829 é um marco importante no direito privado espanhol – e não apenas no direito comercial – na medida em que representa a primeira concretização da ideia de unidade jurídica nacional contida na Constituição de Cádiz, ideia que o direito civil nunca conseguiria realizar.^{1004 1005 1006} Logo após a sua promulgação, o código foi objecto do que hoje chamaríamos

¹⁰⁰⁰ Sobre as *Ordenanzas del Consulado de Bilbao* ver *supra*, notas 139 e 182: são a mais completa redução a escrito, em Espanha, do direito consuetudinário das corporações de comerciantes, com sanção real, e representam, pela sua indiscutível superioridade em relação a *Ordenanzas* de outros Consulados, um primeiro factor de unificação do direito comercial à escala nacional: cfr. ROJO, Ángel, cit., pág. 475; GARTEIZ-AURRECOA, Javier Divar, *Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España*, Academia Vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año X. Nº 22. Diciembre 2011, pág. 14; MOTILLA MARTÍNEZ, Jesus, cit., *max.* págs. 217-218. Na última versão (1737), estruturavam-se em 29 capítulos, que incluíam normas de direito substantivo, adjectivo e corporativo: organização e funcionamento do consulado, jurisdição consular, estatuto dos comerciantes, sociedades comerciais, contratos, títulos de crédito, falência, direito marítimo (A. e ob. cit. em ult. lugar, págs. 196-197). Demonstrando que o Código de SÁINZ DE ANDINO era, não uma cópia do *Code de commerce*, mas uma “mixtura del mismo con la mejor normativa mercantilista de la historia española (las Ordenanzas de Bilbao)”, GARTEIZ-AURRECOA, Javier Divar, cit., *max.* pág. 18.

¹⁰⁰¹ Deve assinalar-se que a arbitragem necessária como “modo de resolver las diferencias” entre sócios, consagrada no art. 323. do Código de 1829, tinha a sua origem nas Ordenanzas de Bilbao – *Idem*, pág. 17.

¹⁰⁰² A alternativa era, de acordo com a experiência da época, a codificação geral segundo o modelo do ALR prussiano de 1794: cfr. ROJO, Ángel, cit., pág. 484, e *supra*, Cap. II, § 3º, 1.

¹⁰⁰³ *Idem*, págs. 484 e ss. As *Ordenanzas de Bilbao* configuravam, naturalmente, um direito comercial marcadamente subjectivo, mas “sus últimas modificaciones extienden su jurisdicción no solo al comerciante cómo tal, sino al acto de comercio sin importar quien lo realizara.” (MOTILLA MARTÍNEZ, Jesus, cit., pág. 217.) O Código de 1829 abre também com uma declaração subjectivista: o art. 1º apresenta o comerciante como figura central, principal destinatário do direito nele contido (definindo-o pela acção conjunta de três elementos ou requisitos: a capacidade, o registo e o exercício habitual do comércio); tónica corroborada pelas disposições dos títulos II e III do Livro I e pelo regime da falência (Livro IV, em especial os arts. 1001º e 1014º). O art. 2º, contudo, estende a aplicação do Código a não comerciantes, quer aos que pratiquem acidentalmente “operações comerciais” quer, por via interpretativa, aos “comerciantes não registados” – norma que permite um (breve) momento de objectividade preenchido pelas regras de competência da jurisdição comercial (*max.* arts. 1199º, 1200º e 1201º - matéria em que a conexão subjectiva se torna imprestável, pois não faria sentido estender a jurisdição mercantil aos actos civis dos comerciantes e recusá-la aos actos comerciais praticados por não comerciantes, tanto mais que se incluíam neste grupo os que se dedicavam ao exercício habitual do comércio mas não se tivessem matriculado, dado seguir aqui o código o sistema de registo constitutivo que viria a ser adoptado pelo HGB – *supra*, Cap. II, § 3º) e pela caracterização dos contratos de sociedade comercial e de seguro (arts. 264º, e 417º e 421º). O Código de SÁINZ DE ANDINO consagra, assim, “um sistema misto com um ponto de partida subjectivo”, à maneira da *Ordonnance du commerce* de Luís XIV (cfr. *supra*, nota 165).

¹⁰⁰⁴ O que se obteve não sem oposição: PETIT, Carlos, *Oposición Foral al Código de Comercio (1829)*, Documentos para la História del Derecho Español, pp. 699-736 (dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134556.pdf – acesso em 10.04.2015).

¹⁰⁰⁵ Divide-se o Código de Comercio de 1829 em cinco livros: “Libro I – De los comerciantes y agentes del comercio; Libro II – De los contratos de comercio en general sus formas y efectos; Libro III – Del comercio marítimo; Libro IV – De las quiebras; Libro V – De la administración de justicia en los negocios de comercio.” No livro II incluem-se, entre outros, os regimes das sociedades, das garantias, dos seguros (terrestres), dos títulos de crédito.

¹⁰⁰⁶ Sobre o facto e as razões do direito civil espanhol não ter atingido a unidade a nível nacional, GARCÍA CANTERO, Gabriel, cit., págs. 372 e ss.

“descodificação”, com a publicação de importantes leis em matéria processual,¹⁰⁰⁷ bolsista, bancária, societária, entre outras,¹⁰⁰⁸ e em 1834, escassos cinco anos sobre ter visto a luz do dia, nomeou-se a primeira comissão encarregada da sua reforma.¹⁰⁰⁹

O segundo Código de Comercio de Espanha, ainda em vigor, foi promulgado em 22 de Agosto de 1885, tendo iniciado a sua vigência em 1 de Janeiro de 1886, integrando-se na segunda geração de códigos mercantis oitocentistas.¹⁰¹⁰

No que toca à estrutura, coincide substancialmente com a do antecessor, exceptuada a matéria que neste constava no Livro V, uma vez que a jurisdição mercantil fora extinta em 1868: “Libro I - De los comerciantes y del comercio en general; Libro II - De los contratos especiales del comercio; Libro III - Del comercio marítimo; Libro IV - De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”.

JOAQUÍN GARRIGUES, depois de sublinhar a inspiração napoleónica do segundo código espanhol, aponta alguns dos principais defeitos dela herdados, decorrentes da tendência para considerar todo o direito mercantil como um direito das obrigações especiais do comércio, esquecendo o aspecto orgânico da empresa mercantil e os direitos reais mercantis: mistura, no Livro I, de disposições sobre os contratos comerciais com normas do estatuto do comerciante; inclusão, no âmbito dos contratos especiais de comércio (Livro II), do direito das sociedades, sendo que estas mereceriam, pelas suas características e importância, um tratamento separado, e do direito cambiário, “como si su aspecto dominante fuese el jurídico-obligacional y no el jurídico-real basado en el documento mismo”;¹⁰¹¹ a supressão do livro relativo à jurisdição mercantil teve como consequência a amálgama, no Livro IV, de disposições substantivas e processuais; a circunstância de ser anterior ao Código Civil determinou que incluísse normas que, pela sua generalidade, têm natureza civil (disposições gerais sobre contratos - arts. 50-63; conceito genérico de sociedade – art. 116), vendo-se o legislador obrigado a regular contratos que o *Code de commerce* dispensou por estarem regulados no *Code Civil* (empréstimo, depósito, fiança, seguro).¹⁰¹²

Continua-se, pois, a tradição dualista do direito espanhol, de autonomia formal do direito mercantil. Mas no que se refere ao sistema adoptado, o prisma mudou radicalmente:

¹⁰⁰⁷ A “Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio” de 1830, obra do próprio SÁINZ DE ANDINO (ROJO, Ángel, cit., pág. 493).

¹⁰⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁰⁹ 13 de Junho de 1834. Nesse mesmo ano, por Decreto de 29 de Janeiro, fora nomeada a Comissão para a elaboração do Código Civil [vivia-se o período de restauração liberal com Isabel II (*supra*, nota 997), propício à modernização do direito]. Para a história da codificação comercial no período entre 1829 e 1885, ver, para além de ROJO, Ángel, cit., LASSO GAITE, Juan Francisco, *Cronica de la Codificación Española – Codificación Mercantil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1999, págs. 116 e ss., e GARRIGUES, Joaquín, cit., págs. 117-118.

¹⁰¹⁰ *Supra*, Cap. II, § 2º e nota 167; ult. A. e ob. cit., pág. 117; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 67 e nota 96. [A versão actualizada deste código pode ser acedida em http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=035_Codigo_de_Comercio_y_legislacion_complementaria – acesso em 13.04.2015.]

¹⁰¹¹ Cfr. A. e ob. cit., págs. 722 e ss. Para um percorrer das múltiplas teorias sobre o perfil real ou obrigacional dos títulos de crédito, SENDIN, Paulo Melero, *Letra de Câmbio – L. U. de Genebra*, II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982, págs. 1027 e ss.; criticando a *hiperbolização do perfil real*, CUNHA, Carolina, *Letras e Livranças: Paradigmas Actuais e Recompreensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 50-51 e 373 e ss.

¹⁰¹² Ob. cit., pág. 118.

enquanto o Código de 1829, recolhendo a tradição das *Ordenanzas de Bilbao*, configurava o direito nele contido como direito dos comerciantes,¹⁰¹³ o Código de 1885, “dócil al ejemplo de la legislación francesa”,¹⁰¹⁴ parte do extremo oposto: o direito comercial centra-se agora nos actos de comércio, independentemente da qualidade dos sujeitos, e o comerciante é definido em função da prática desses actos.¹⁰¹⁵ No entanto, sendo “actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”,¹⁰¹⁶ a exigência da conexão subjectiva é praticamente uma constante: na conta em participação,¹⁰¹⁷ na comissão mercantil,¹⁰¹⁸ no mandato mercantil,¹⁰¹⁹ no depósito mercantil,¹⁰²⁰ no empréstimo mercantil.¹⁰²¹ Trata-se, assim, claramente, de um sistema misto com um ponto de partida objectivo.¹⁰²²

Tal como os seus congéneres, o Código de 1885 sofreu a pressão do tempo e, acima de tudo, da volatilidade da vida económica que faz com que os códigos comerciais fiquem “muy pronto anticuados”, desfigurando-se e descaracterizando-se pela sobrevivência de numerosa legislação extravagante¹⁰²³ - de tal modo que um observador português poderia ser tentado a concluir pela completa analogia da situação actual do direito comercial em ambos os países peninsulares.

¹⁰¹³ *Supra*, nota 1003.

¹⁰¹⁴ GARRIGUES, Joaquín, cit., pág. 11.

¹⁰¹⁵ Arts. 2. e 1. E isto apesar da ordem invertida dos preceitos: o art. 1. (1º) depende do art. 2., pois só por referência aos “actos de comércio” é que poderemos compreender a noção legal de comerciante. Considerando que o código tem normas fora do seu lugar, A. e ob. cit., págs. 118-119.

¹⁰¹⁶ Art. 2. Disposição tradicionalmente invocada pela nossa doutrina, a par de outros argumentos, para negar a admissibilidade da qualificação de actos de comércio por analogia perante a norma do art. 2º do Código de Veiga Beirão (CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, cit., pág. 74). Esta disposição do código espanhol, mais flexível do que a correspondente do Código de Veiga Beirão, assenta na conexão objectiva: o acto qualificando será comercial em vista da analogia (conexão) com um acto previsto no código.

¹⁰¹⁷ Art. 239.

¹⁰¹⁸ Art. 244.

¹⁰¹⁹ Art. 281.

¹⁰²⁰ Art. 303.

¹⁰²¹ Art. 311.

¹⁰²² Criticando a inclusão no código dos actos de comércio objectivos, separados da pessoa do comerciante, GARRIGUES, Joaquín, cit., pág. 120 – ponto a que voltaremos (*infra*, Parte II, Cap. I, § 4º, 2.). Deve, no entanto e para já, notar-se que a componente subjectiva do código espanhol é bem mais marcada do que a do Código de Veiga Beirão, o qual, admitindo os actos de comércio subjectivos (art. 2º, 2ª parte) e tipificando alguns (arts. 248º e 366º), se basta com a conexão objectiva na definição da quase generalidade dos actos nele “especialmente regulados” (arts. 231º, 266º, 344º, 394º, 397º, 403º, por exemplo).

¹⁰²³ *Idem*, pág. 119; GARCÍA CANTERO, Gabriel, cit., pág. 380, Autor que sublinha que as partes mais importantes do código foram revogadas por leis especiais. [É o caso, por exemplo, do contrato de transporte (Livro II, Título VII, arts. 349 a 379), de seguro (Livro II, Título VIII, arts. 380 a 438), das letras, livranças e cheques (Livro II, Títulos X e XI, arts. 443 a 543), do comércio marítimo (Livro III), da insolvência (Livro IV, Título I, arts. 870 a 941). Quanto às sociedades, revogaram-se cirurgicamente alguns preceitos, como os relativos às sociedades em comandita por acções (Livro II, Título I, Secção IV, arts. 151 a 159) e acrescentaram-se, em leis-fora-do-código, diversas matérias de relevo: Ley de Sociedades de Capital, Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, entre outras.] Erosão que se ficou a dever, aqui também, a uma perspectiva virada para o passado: “... el Código nació anclado en la actividad comercial tradicional, poco sensible al cambio que se estaba iniciando a impulsos de la revolución industrial” – MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *Presentacion*, Centenario del Código de Comercio, I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, pág. 18.

E, no entanto, as coisas não são bem assim, como revela a preparação e apresentação, em 2013, pela Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, da Proposta de Código Mercantil.¹⁰²⁴

Da exposição de motivos destacam-se os seguintes aspectos: - o novo código visa assegurar a unidade do mercado num país de pluralismo jurídico-privado constitucionalmente garantido e em crescente concretização, o que justifica uma preocupação de alargamento do âmbito da “matéria mercantil” em vista da exclusiva competência legislativa nacional;¹⁰²⁵ - o ponto de referência ou critério de aglutinação das matérias incluídas no código é o *mercado*, definido como “ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial”,¹⁰²⁶ entendendo-se o direito comercial como o direito que estabelece as regras de actuação no mercado;¹⁰²⁷ - o conceito funcional é a *empresa*, instrumento da intervenção profissional no mercado; - daqui resulta a extensão do direito comercial a actividades até agora excluídas por motivos históricos que se consideram superados: agricultura, artesanato, profissões intelectuais (científicas, liberais ou artísticas), desde que intervenham no mercado oferecendo os seus produtos ou serviços, e a sujeitos tradicionalmente excluídos, como as pessoas colectivas de fim ideal, ou entes não personificados com a mesma natureza, que exerçam actividades reguladas no código; - o projecto contém um sistema de fontes do direito comercial claramente delimitado, incluindo a lei e o costume comerciais e, subsidiariamente, o direito civil; - inclui o direito da concorrência e normas de direito administrativo, mas deixa de fora o direito dos consumidores;¹⁰²⁸ - atribui, como regra geral, eficácia dispositiva às normas que incidem sobre matéria contratual; - procede à recodificação de importantes leis avulsas,¹⁰²⁹ a par da disciplina de matérias novas.¹⁰³⁰ O código proposto divide-se em sete livros: “Libro I – Del empresario y de la empresa;¹⁰³¹ Libro II – De las sociedades mercantiles; Libro III – Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial; Libro IV – De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general; Libro V – De los contratos mercantiles en particular;¹⁰³² Libro VI – De los títulos-valores y instrumentos de pago y de crédito; Libro VII – De la prescripción y caducidad”.

¹⁰²⁴ Secção presidida pelo Professor ALBERTO BERCOVITZ (Ministerio de Justicia, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Madrid, 2013 - http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf, acesso em 14.04.2015). Proposta que, ao tempo em que escrevemos (Janeiro de 2016), foi aprovada, com alterações, em Conselho de Ministros (30.05.2014) mas ainda não foi enviada às Cortes Generales (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados> - último acesso em 28.01.2016).

¹⁰²⁵ *Supra*, nota 998.

¹⁰²⁶ Ministerio de Justicia, *Propuesta de Código Mercantil...*, cit., pág. 40. Neste sentido, entre nós, CUNHA, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 6-7.

¹⁰²⁷ Ministerio de Justicia, *Propuesta de Código Mercantil...*, cit., pág. 42.

¹⁰²⁸ No sentido da inclusão do direito dos consumidores num futuro Direito do Mercado, CUNHA, Paulo Olavo, cit., pág. 7, nota 8. Da exposição de motivos resulta que a exclusão teve mais a ver com um juízo de oportunidade legislativa do que com uma razão de fundo: cfr. Ministerio de Justicia, *Propuesta de Código Mercantil...*, cit., pág. 44.

¹⁰²⁹ Como as relativas às sociedades.

¹⁰³⁰ Como os contratos turísticos, por exemplo.

¹⁰³¹ Incluindo a responsabilidade do empresário e a noção, negócios e direitos sobre a empresa.

¹⁰³² Abrangendo uma vasta gama de tipos contratuais, entre os quais os contratos bancários e de seguros.

Como não podia deixar de ser num empreendimento desta magnitude, logo se ouviram vozes críticas, merecendo destaque as do Grupo ACTUALIZA:¹⁰³³ - trata-se de uma proposta contrária à moderna tendência do direito dos contratos (Convenção de Viena, Princípios de Direito Europeu dos Contratos), que prescinde da divisão civil/mercantil; - “Contradice a la mejor doctrina mercantilista española (Garrigues, Girón Tena, Aurelio Menéndez, Vicent Chuliá, Beltrán Sánchez, e incluso Alberto Bercovitz) que en su día argumentaron ampliamente la necesidad de unificar la materia de Obligaciones y Contratos”; - a pretexto da unidade do mercado, oferece uma solução inadequada para resolver problemas de política legislativa¹⁰³⁴ e contrária à distribuição constitucional de competência legislativa;¹⁰³⁵ - não corresponde ao conceito moderno de código, mais parecendo uma “mera refundición a-sistemática de las normativas sectoriales más variadas”; - a delimitação da matéria mercantil que acolhe não encontra paralelo no direito comparado; - deixando de fora as normas de protecção dos consumidores, regula alguns contratos de consumo, qualificados como comerciais, o que conduz “a una situación de insoportable inseguridad jurídica”; - para além de ser tecnicamente deficiente e de se apresentar descoordenada com outros textos centrais do ordenamento jurídico, a proposta alarga de tal maneira o âmbito da matéria mercantil que praticamente anula o direito civil patrimonial, invertendo os papéis de direito geral e de direito especial; - a disciplina base das obrigações contratuais é matéria civil; - “En ningún caso las normas sobre capacidad de las personas y sobre prescripción y caducidad deben incluirse en un Código mercantil”; - devem ser eliminados os Livros IV, V e VII, por se ocuparem de matéria próprias de um código civil, não de um código comercial; - “Se debe seleccionar lo estructural y permanente que ha de ser el objeto de la codificación, dejando las leyes especiales para las cuestiones más contingentes y variables, a fin de no perder la idea de centralidad del Código y de su valor como referente para el resto de las normas legales y reglamentarias”.¹⁰³⁶

A mensagem geral que se divisa parece conter os seguintes aspectos: a) quanto à autonomia do direito comercial e relação com o direito civil: - não se põe em causa a clássica autonomia formal do direito comercial nem a sua natureza especial mas discutem-se as fronteiras com o direito civil;¹⁰³⁷ - o regime constitucional de distribuição

¹⁰³³ ACTUALIZA – Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, *Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil* (http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxiu/Documento_de_allegaciones.pdf - acesso em 14.04.2015), documento subscrito, em representação do Grupo, por vários Catedráticos de Direito Civil. Sobre o anteproyecto de Código Mercantil aprovado em 30.05.2014 e com mais profundidade, ver os estudos e comentários constantes do livro *Estudios sobre el futuro Código Mercantil- Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (<http://hdl.handle.net/10016/20763> - acesso em 28.01.2016).

¹⁰³⁴ Leia-se: para dirimir (ou evitar) conflitos de competência legislativa entre o Estado e as Comunidades Autónomas (CCAA).

¹⁰³⁵ Referência à “invasão” de matérias civis cuja disciplina é própria das autonomias: Idem, págs. 4-5.

¹⁰³⁶ Interessante notar a proposta de trabalho conjunto das Secções de Direito Civil e de Direito Comercial da Comissão de Codificação na elaboração (ou, agora, revisão da proposta) de Código Mercantil (ACTUALIZA, *Alegaciones...*, cit., págs. 5-6). De facto, se se trata de (re)definir fronteiras, devem estar os dois “campos” representados.

¹⁰³⁷ Reduz-se o direito mercantil aos aspectos mais intimamente ligados à entidade orgânica que é a empresa (noção, constituição, organização, responsabilidade), aos direitos e negócios que lhe são inerentes e aos seus instrumentos típicos (propriedade industrial, títulos de crédito), deixando a matéria contratual, mesmo a relativa aos chamados “contratos de empresa”, para o direito civil, ou aceita-se que há uma matéria

da competência legislativa entre o nível nacional e o autonómico, constituindo uma peculiaridade espanhola, tem grande peso na delimitação da matéria mercantil, sujeita à tensão entre a força centrípeta representada pelo direito comercial e a força contrária do direito civil; a doutrina civilista põe o acento tónico na uniformização, internacional e europeia, do direito das obrigações e dos contratos, que esgrime como argumento para a sua unificação no plano interno;¹⁰³⁸ b) quanto ao direito do consumidor, oscila-se entre a autonomia e a integração no Código Civil; c) quanto à concepção do direito comercial, entre o *direito da empresa* e o *direito do mercado*.

2. Direito argentino¹⁰³⁹

Colónia espanhola desde meados do séc. XVI, a Argentina tem no direito da potência colonizadora a raiz do seu ordenamento jurídico, sendo de destacar a *Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, cujo livro IX se ocupava da organização consular e do comércio marítimo,¹⁰⁴⁰ e as *Ordenanzas de Bilbao* (aplicadas desde 1791).¹⁰⁴¹

Declarada a independência em 1816,¹⁰⁴² o decreto de 1822, promulgado pelo governo de Martín Rodríguez na província de Buenos Aires, abandona a concepção subjectiva do direito comercial estruturando-o sobre a base do acto de comércio. Em 1859, pouco antes da unificação da nação argentina, a Província de Buenos Aires aprovou o seu próprio Código de Comercio, obra dos juristas EDUARDO ACEVEDO (uruguaio) e DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD (argentino), adoptado por algumas províncias enquanto outras preferiram continuar a reger-se pelo Código espanhol de 1829; considerado o melhor código do seu tempo, converteu-se em 1862 no primeiro Código de Comercio da Argentina.¹⁰⁴³ Foi revisto e actualizado em 1889, dando origem ao

obrigacional e contratual propriamente comercial (por ser instrumento do funcionamento da empresa) e, por isso, naturalmente destinada a um código mercantil autónomo?

¹⁰³⁸ Cfr. JEREZ DELGADO, Carmen/PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, cit., pág. 168. A exposição de motivos da *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009* assinala como grandes objectivos aumentar a operacionalidade das normas sobre as obrigações e os contratos com vista a favorecer o desenvolvimento económico e aproximar o Direito espanhol dos ordenamentos europeus, tem subjacente a aposta na unificação do Direito Europeu dos Contratos e segue a Lei alemã de 2001, designadamente na inclusão, no Código Civil, do direito dos consumidores (Comisión General de Codificación, Sección Primera, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Año LXIII, Enero de 2009 - www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?..., acesso em 15.04.2015).

¹⁰³⁹ Neste §, dedicado à situação actual do direito comercial no mundo hispano-americano, focaremos, na América de língua espanhola, os ordenamentos dos países membros do Mercosul, referidos por ordem alfabética: Argentina, Bolívia, Paraguai, Uruguai e Venezuela (http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3862/4/innova.front/en_pocas_palabras - acesso em 15.04.2015).

¹⁰⁴⁰ GARCÍA-GALLO, Concepción, *La Legislación Indiana de 1636 a 1680 y la Recopilación de 1680* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/27/art/art1.pdf> - acesso em 15.04.2015).

¹⁰⁴¹ Sobre a influência das *Ordenanzas de Bilbao* na Argentina e nos outros países hispano-americanos, BARRERA GRAF, Jorge, *El Derecho Mercantil en la América Latina hasta el siglo XIX* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/734/3.pdf> - acesso em 15.04.2015).

¹⁰⁴² MEDINA, Graciela, *Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code*, The Scope and Structure of Civil Codes, cit., pág. 44.

¹⁰⁴³ E, como noutros lugares, no primeiro código, pois que o Código Civil só seria promulgado em 1869. BARRERA GRAF, Jorge, cit., págs. 31-32; MEDINA, Graciela, cit., pág. 47; CÁMARA, Hector, cit. Quanto à matriz objectiva do primeiro código comercial argentino, *supra*, nota 176.

segundo Código de Comercio,¹⁰⁴⁴ progressivamente esvaziado pelo conhecido processo descodificatório: partes fundamentais foram substituídas por leis avulsas (falência, sociedades, títulos de crédito, seguros, navegação), novas figuras criadas e mantidas fora do código (como, por exemplo, entidades financeiras, bolsa e valores mobiliários, empresas de economia mista).¹⁰⁴⁵

As iniciativas conducentes à reforma do direito privado argentino remontam a 1987, ano em que o Congresso aprovou um código único de direito privado que, no entanto, foi vetado pelo Poder Executivo. Sucederam-se outros projectos, ora de código civil ora de código único (civil e comercial), até que em 2010 o governo encomendou a um grupo de juristas um projecto de código unificado, civil e comercial,¹⁰⁴⁶ o qual deu origem ao novo Código Civil y Comercial de la Nación, aprovado pela Ley 26.994 e promulgado pelo decreto 1795/2014, em vigor desde 1 de Agosto de 2015.¹⁰⁴⁷

A unificação dos dois ramos jurídico-privados goza, há décadas, de um consenso alargado da doutrina, se bem que o mesmo não se possa dizer do modo como foi concretizada,¹⁰⁴⁸ assentando nos argumentos seguintes: - superação quer da concepção objectiva (teoria dos actos de comércio) quer da subjectiva (direito de uma classe particular, a dos comerciantes); - generalização de princípios, institutos e normas de direito comercial; - inexistência de “distinção ontológica” dos conceitos essenciais do direito privado patrimonial.¹⁰⁴⁹

O novo código abre com um título preliminar a que se seguem seis livros: parte geral (pessoas, coisas e factos jurídicos), direito da família, direitos pessoais (obrigações e contratos), direitos reais, direito das sucessões, disposições comuns aos direitos pessoais e reais (prescrição e caducidade, privilégios creditórios, direito de retenção, regras de direito internacional privado).

O título preliminar estabelece o sistema de fontes do direito privado,¹⁰⁵⁰ referindo expressamente a subordinação à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos pertinentes, e as regras de interpretação e aplicação, os princípios gerais do

¹⁰⁴⁴ Ibidem; ver também ESQUIVEL OBREGON, T., *Latin- American Commercial Law*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1921, págs. 15-16 (<https://ia600502.us.archive.org/9/items/latinamericancom00esqurich/latinamericancom00esqurich.pdf> - acesso em 17.04.2015).

¹⁰⁴⁵ MEDINA, Graciela, cit., pág. 54.

¹⁰⁴⁶ Idem, pág. 58. Ver também GUIJO, Florencia, *El Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial Argentinos* (<http://www.asuntosdelsur.org/el-proyecto-de-reforma-y-unificacion-de-los-codigos-civil-y-comercial-argentinos/> - acesso em 16.04.2015).

¹⁰⁴⁷ O texto do novo código pode ser consultado em <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> (último acesso em 18.01.2016).

¹⁰⁴⁸ JUNYENT BAS, Francisco, *Hacia una nueva conceptualización de la comercialidad en el proyecto de Código Civil y Comercial*, ERREIUS, Compendio Jurídico, tomo 67, pág. 51, Outubro 2012 (<http://www.erreius.com/> - acesso em 16.04.2015).

¹⁰⁴⁹ Conceitos que, quer no âmbito do direito das obrigações quer no dos direitos reais, são os mesmos, apliquem-se a relações civis ou comerciais (Cfr., quanto a estes argumentos, MEDINA, Graciela, cit., pág. 60, Autora que acrescenta o facto de a maior parte das matérias comerciais estarem reguladas, não no Código de Comercio, mas em legislação avulsa; ponto que, podendo justificar a sua (re)codificação, não colhe manifestamente como suporte da unificação formal dos direitos civil e comercial).

¹⁰⁵⁰ Acolhe-se o costume independentemente de determinação legal, com excepção do *contra legem* (art. 1º).

sistema (boa fé, abuso do direito, abuso de posição dominante,¹⁰⁵¹ ordem pública) e conceitos base (direitos subjectivos, individuais e de “incidência colectiva”, bens e coisas, direitos sobre o corpo humano, direitos das comunidades indígenas).¹⁰⁵²

A incorporação do direito comercial obedece a uma lógica *sui generis*, diferente do modelo do *Codice Civile*,¹⁰⁵³ em geral seguido pelo Código Civil brasileiro de 2002:¹⁰⁵⁴ omite a disciplina da empresa e do empresário, não contendo qualquer referência, por muito indirecta, a critérios de delimitação da “matéria mercantil”, mas inclui uma boa lista de contratos e figuras comerciais: fornecimento (arts. 1176. e ss.), *leasing* (arts. 1227. e ss.), transporte (arts. 1280. e ss.), mediação (arts. 1345. e ss.), depósito hoteleiro (arts. 1369. e ss.), contratos bancários (arts. 1378. e ss.), *factoring* (arts. 1421. e ss.), contratos celebrados em bolsa (arts. 1429.), conta corrente (arts. 1430. e ss.), *unión transitoria* (arts. 1463. e ss.), *consorcio de cooperación* (arts. 1470. e ss.), agência (arts. 1479. e ss.), concessão (arts. 1502. e ss.), franquia (arts. 1512. e ss.), fideicomiso financeiro (arts. 1690. e ss.),¹⁰⁵⁵ títulos de crédito (arts. 1815. e ss.).¹⁰⁵⁶

Ficam fora do código as normas sobre a empresa,¹⁰⁵⁷ sociedades,¹⁰⁵⁸ seguros,¹⁰⁵⁹ falência,¹⁰⁶⁰ comércio marítimo,¹⁰⁶¹ transporte multimodal de mercadorias,¹⁰⁶² código aeronáutico,¹⁰⁶³ propriedade industrial,¹⁰⁶⁴ entre muitas outras, que se mantêm como “microssistemas típicos do direito comercial”.¹⁰⁶⁵

Não pode dizer-se que o legislador argentino tenha sido particularmente feliz: unificou o direito contratual¹⁰⁶⁶ mas deixou soltos os referidos microssistemas, na ausência de critérios explícitos de comercialidade, para além de ter ignorado o estatuto do empresário.

¹⁰⁵¹ Art. 11º, cuja inclusão revela a *fusão* dos âmbitos civil e comercial (independentemente da discussão acerca da integração sistemática do “direito da concorrência”: *infra*, Parte II, Cap. IV, § 1º).

¹⁰⁵² Cremos ser de enaltecer a separação formal entre o direito e a lei, o já aludido sistema de fontes e a liberdade reconhecida ao juiz (arts. 2º e 3º).

¹⁰⁵³ *Supra*, nota 839.

¹⁰⁵⁴ *Infra*, § 3º.

¹⁰⁵⁵ O fideicomiso, de que o fideicomiso financeiro é uma modalidade, representa a recepção do *trust* anglo-saxónico: MEDINA, Graciela, cit., pág. 58; *supra*, nota 681.

¹⁰⁵⁶ Para além de disposições de natureza tipicamente comercial noutros contratos: v.g., na compra e venda, os arts. 1153. (venda sob amostra), 1154. (de coisas que não estejam à vista), 1155. (de coisas que se entregam *en fardos o bajo cubierta*), 1159. (compra e venda por junto); na locação, o art. 1209. (responsabilidade do locatário pelo pagamento das despesas e contribuições devidas pela actividade exercida no locado); no mandato, o art. 1325. (conflito de interesses).

¹⁰⁵⁷ Ley 11.867 (transmissão de estabelecimentos comerciais e industriais) e Decreto 897/95 (penhor de estabelecimento).

¹⁰⁵⁸ Ley General de Sociedades 19.550, T.O. 1984.

¹⁰⁵⁹ Ley 17.418.

¹⁰⁶⁰ Ley 24.522.

¹⁰⁶¹ Ley 20.094 (Ley de Navegación).

¹⁰⁶² Ley 24.921.

¹⁰⁶³ Ley 17.285.

¹⁰⁶⁴ Ley 22.362 (Ley de Marcas y Designaciones); Decreto 260/96 (Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad)

¹⁰⁶⁵ MEDINA, Graciela, cit., pág. 61.

¹⁰⁶⁶ Área em que o novo código reflecte, sem dúvida, as mais recentes orientações relativas aos contratos comerciais (cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit.), na fase pré-contratual, se bem que omite os acordos pré-contratuais de natureza não contratual e apesar da regulamentação dos deveres pré-contratuais se encontrar dispersa entre as disposições gerais sobre os contratos e o regime de contratos particulares, como o contrato de consumo ou os contratos bancários, e na formação do contrato.

3. Direito boliviano

Tal como na Argentina e nas outras colónias espanholas da América do Sul, as Ordenanzas de Bilbao de 1737 foram o “código comercial” boliviano até à independência e, mesmo após esta, até à promulgação do primeiro código de comércio em 1834 (*Código de Santa-Cruz*).¹⁰⁶⁷

Este código, inspirado no espanhol de 1829, tinha uma matriz fortemente subjectiva.¹⁰⁶⁸ Em 1962 iniciaram-se as diligências para a renovação do sistema jurídico boliviano, nomeando-se comissões encarregadas da elaboração de novos códigos,¹⁰⁶⁹ que foram promulgados em 1972.¹⁰⁷⁰

Apesar de promulgado, entendeu-se, porém, reavaliar o *Código de Comercio*, designando-se uma comissão para o efeito.¹⁰⁷¹ Aprovados, entretanto, os Códigos Civil e de Processo Civil,¹⁰⁷² acabou o *Código de Comercio* por ser definitivamente aprovado e promulgado em 1977, entrando em vigor em 1 de Janeiro de 1978.¹⁰⁷³

O *Código de Comercio* boliviano de 1977, actualmente em vigor,¹⁰⁷⁴ representa a continuação da tradição de dualidade de códigos, concebendo o direito comercial como direito privado especial,¹⁰⁷⁵ e adopta um sistema misto com um ponto de partida objectivo; já reflecte, todavia, a teoria da empresa, não só ao referir o direito mercantil à disciplina das relações jurídicas derivadas da actividade comercial (art. 1º), actividade (“actos em massa”) de que decorre a qualidade de comerciante (art. 4º), como ao dar relevo, na definição de actos de comércio, à “actividade empresarial” [art. 6º, alíneas 8) a 19)], o que vai para além da mera “actividade comercial” ou encadeamento (“massificação”) de actos comerciais. No entanto, o momento subjectivo surge claro da noção de actos comerciais “por conexão” (art. 7º: “Asimismo, quedan sujetos a este Código los actos realizados por los comerciantes en conexión con sus actividades comerciales...”).¹⁰⁷⁶

O código contém um título preliminar – dispondo sobre o âmbito material de aplicação, integração de lacunas, jurisdição e lei de processo, noção e tipos de comerciante, actos de comércio, bens mercantis - e quatro livros: “Libro I – De los comerciantes y sus

¹⁰⁶⁷ ESQUIVEL OBREGON, T., cit., pág. 15; BARRERA GRAF, Jorge, cit., pág. 24.

¹⁰⁶⁸ Cfr., v.g., os arts. 1º, 8º, 9º, 209º, 210º e 308º (Código Mercantil Santa-Cruz, Dado por el Congreso Constitucional de 1834, Año de 1859, Imprenta de López – <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044058994013;view=1up;seq=7> – acesso em 17.04.2015).

¹⁰⁶⁹ Decreto Supremo Nº 06038 de 23 de marzo de 1962.

¹⁰⁷⁰ Foram então promulgados os Códigos de Família, de Comércio, Penal e de Processo Penal (Decreto Supremo Nº 10426 de 23 de agosto de 1972), que entraram em vigor em 1973 (Decreto Supremo Nº 19772 de 1º de marzo de 1973).

¹⁰⁷¹ Resolución Suprema Nº 167823 de 7 de mayo de 1973 y Decreto Supremo Nº 11007 de 31 de julio 1973.

¹⁰⁷² Decreto Supremo Nº 12760 de 6 de agosto de 1975.

¹⁰⁷³ Decreto Ley Nº 14379 de 25 de febrero de 1977 e Decreto Supremo Nº 14807 de 9 de agosto de 1977.

¹⁰⁷⁴ <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo015es.pdf> (acesso em 17.04.2015).

¹⁰⁷⁵ Art. 1º.

¹⁰⁷⁶ Para além desta conexão subjectiva (ou dupla conexão), no estilo do art. 2º, 2ª parte do nosso Código Comercial, o código boliviano admite expressamente, como critério geral, a conexão objectiva (art. 7º, 2ª parte).

obligaciones;¹⁰⁷⁷ Libro II – De los bienes mercantiles, mercado de valores y otros;¹⁰⁷⁸ Libro III – De los contratos y obligaciones comerciales;¹⁰⁷⁹ Libro IV - Procedimientos Especiales.¹⁰⁸⁰

4. Direito paraguaio

Integrado, durante a dominação espanhola, no Vice-reinado do Rio da Prata, com capital em Buenos Aires,¹⁰⁸¹ o Paraguai teve uma ascensão atribulada à independência, fruto de várias manobras e conspirações iniciadas durante o domínio napoleônico de Espanha e que oscilaram entre a tomada de posição a favor de Fernando VII contra Napoleão e a luta contra as pretensões hegemônicas de Buenos Aires,¹⁰⁸² tendo-se mantido durante largo tempo sob influência política (e jurídica) da Argentina.¹⁰⁸³

Por decreto de 16 de Janeiro de 1846, foram postos em vigor os quatro primeiros livros do Código de SÁINZ DE ANDINO, pondo-se termo à vigência do direito colonial espanhol¹⁰⁸⁴ - legislação que esteve em vigor até 1870, data em que se adoptou o *Código de Comercio* argentino de 1862, que, em 1891, seria substituído pelo novo código comercial argentino de 1889.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁷⁷ Inclui, entre outras matérias, o estatuto e representação do comerciante, o registo comercial, a concorrência desleal e as sociedades.

¹⁰⁷⁸ Trata, entre outros, dos seguintes temas: noção, elementos, direitos e negócios sobre a empresa mercantil, propriedade industrial, títulos de crédito, mercado de valores e bolsas.

¹⁰⁷⁹ Para lá de algumas regras gerais sobre as obrigações comerciais (princípios da consensualidade e da solidariedade passiva, normas sobre juros, por exemplo) e sobre contratos (como os contratos de adesão), prevê especialmente um conjunto de contratos mercantis: compra e venda (arts. 824. e ss.), permuta (arts. 867.-868.), depósito (arts. 869. e ss.), penhor (arts. 878. e ss.), hipoteca (arts. 898. e ss.), fiança (arts. 902. e ss.), fornecimento (*suministro*) – arts. 919. e ss. -, transporte (arts. 927. e ss.), mútuo (arts. 972. e ss.), seguro (arts. 979. e ss.), seguro marítimo (arts. 1154. e ss.), depósito em armazéns gerais (arts. 1189. e ss.), hospedagem (arts. 1205. e ss.), edição (arts. 1216. e ss.), mandato (arts. 1237. e ss.), agência (arts. 1248. e ss.), comissão (arts. 1260. e ss.), consignação (arts. 1290. e ss.), conta corrente (arts. 1294. e ss.), operações e contratos bancários (arts. 1302. e ss.) – entre os quais o fideicomisso (*trust – supra*, nota 681), que assume aqui a qualificação de contrato bancário na medida em que o fiduciário tem de ser necessariamente um banco (art. 1409.). Estão ausentes alguns contratos relevantes, como o *leasing*, *factoring* e *franchising*, por exemplo.

¹⁰⁸⁰ Compreende: peritagem, arbitragem e insolvência.

¹⁰⁸¹ Criado em 1776 por Carlos III de Espanha, o Vice-reinado do Rio da Prata ocupava um território extenso correspondente ao que hoje constitui a Argentina, Bolívia, Uruguai, Paraguai e parte do Chile (PIGNA, Felipe, *El Virreinato del Río de la Plata*, http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/virreinato/virreinato_del_rio_de_la_plata.php, acesso em 20.04.2015).

¹⁰⁸² O reconhecimento internacional do Paraguai como país independente só se veio a verificar em meados do séc. XIX, tendo a data da independência sido fixada retroactivamente, em 14 e 15 de Maio de 1811 (data que, todavia, se discute): cfr. RODRÍGUEZ PARDO, José Manuel, *La independencia del Paraguay no fue proclamada en Mayo de 1811*, El Catoblepas, número 116, outubro 2011, página 3 (<http://www.nodulo.org/ec/2011/n116p03.htm> - acesso em 20.04.2015).

¹⁰⁸³ Influência reforçada com a derrota do Paraguai na Guerra da Tripla Aliança (1860-1870) - http://historiaybiografias.com/guerra_paraguay/ (acesso em 20.04.2015).

¹⁰⁸⁴ Através da adopção do código vigente no antigo colonizador, mas vendo-se agora “la recepción del derecho extranjero como un acto libre del Estado paraguay independiente” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *El Poder Judicial en el Paraguay*, II, Asunción, 2012, pág. XV – http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/El_Poder_Judicial_en_el_Paraguay_tomo_II.pdf, acesso em 20.04.2015).

¹⁰⁸⁵ Lei de 29 de Agosto de 1891 (ibidem). Cfr. também OLAVARRÍA A., Julio, *Manual de Derecho Comercial*, 3ª edição, Barcelona (Espanha), 1970, pág. 76.

Com o séc. XX iniciam-se as diligências conducentes à adopção pelo Paraguai de leis próprias, sendo nomeada em 1902 uma comissão encarregada da revisão dos códigos civil e comercial, outra em 1929 e outra ainda em 1959, desta feita mais institucionalizada.¹⁰⁸⁶

A partir desta data o processo codificatório tomou maior alento, destacando-se o Anteprojecto DE GASPERI, cuja maior novidade foi a unificação do direito das obrigações e contratos civis e comerciais, tendo finalmente sido aprovado o novo Código Civil unificado em 1985, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1987.¹⁰⁸⁷

O Código Civil de 1985, que substituiu o *Código de Comercio* argentino de 1889 com excepção do livro III relativo ao direito marítimo,¹⁰⁸⁸ é composto por cinco livros precedidos de um título preliminar,¹⁰⁸⁹ incluindo na parte especial correspondente¹⁰⁹⁰ vários contratos comerciais: transporte (arts. 922. e ss.), comissão (arts. 944. e ss.), mediação (*corretaje*) – arts. 951. e ss. -, sociedade (arts. 959. e ss.), depósito hoteleiro (arts. 1263. e ss.), depósito em armazéns gerais (arts. 1268. e ss.), letra de câmbio (arts. 1298. e ss.), contratos e operações bancárias (arts. 1404. e ss.), outros títulos de crédito (arts. 1507. e ss.), seguro (arts. 1546. e ss.), cheque (arts. 1696. e ss.).¹⁰⁹¹

O código civil foi precedido por uma importante lei sobre matéria comercial, a *Ley del Comerciante*,¹⁰⁹² que configura, por assim dizer, um mini-código comercial, regulando as seguintes matérias: noção e estatuto jurídico do comerciante, representação e auxiliares do comerciante, a empresa individual de responsabilidade limitada,¹⁰⁹³ actos de comércio,¹⁰⁹⁴ concorrência (incluindo as disposições sobre concorrência desleal), transmissão do estabelecimento comercial.¹⁰⁹⁵

Para além do Código Civil e da Lei do Comerciante, existem leis avulsas sobre diversas matérias comerciais, como, por exemplo, sociedades de capital e indústria,¹⁰⁹⁶ representação, agência e distribuição,¹⁰⁹⁷ propriedade industrial,¹⁰⁹⁸ *leasing*,¹⁰⁹⁹ comércio

¹⁰⁸⁶ *Comisión Nacional de Codificación* (Decreto-ley N° 200, del 2 de julio de 1959).

¹⁰⁸⁷ Ley N° 1183. Sobre o processo codificatório paraguaio, ver MOISSET de ESPANÉS, Luis, *El nuevo Código civil paraguayo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) - <http://www.acader.unc.edu.ar> (acesso em 20.04.2015).

¹⁰⁸⁸ Código Civil, Art. 2810. O Código Civil do Paraguai actualizado pode ser consultado em www.iberred.org/legislacion-codigo-civil (acesso em 21.04.2015).

¹⁰⁸⁹ Libro I – De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia; Libro II – De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; Libro III – De los contratos y de otras fuentes de obligaciones; Libro IV – De los derechos reales o sobre las cosas; Libro V – De la sucesión por causa de muerte.

¹⁰⁹⁰ Título II do Livro III.

¹⁰⁹¹ De notar a sistematização, algo heterodoxa, dos títulos de crédito: primeiro a letra de câmbio, depois outros títulos de crédito e normas gerais sobre a matéria, um pouco mais à frente o cheque.

¹⁰⁹² Ley n° 1.034/83.

¹⁰⁹³ Segundo o modelo do património autónomo, que viria a ser consagrado entre nós em 1986 (art. 15.)

¹⁰⁹⁴ Art. 71., que segue o critério de enumeração explícita. Cfr. art. 1013. do Código Civil.

¹⁰⁹⁵ Arts. 112. e ss. Esta norma contém uma noção ampla de estabelecimento, que a nossa doutrina tradicionalmente equipara à de empresa: cfr. o nosso *A empresa individual no direito comercial da lusofonia*, cit., págs. 7-8, nota 15; *infra*, nota 1567.

¹⁰⁹⁶ Ley 117/1993.

¹⁰⁹⁷ Ley 194/1993.

¹⁰⁹⁸ Ley 868/1981 (desenhos e modelos industriais), Ley 1294/1998 (marcas), Ley 1630/2000 (patentes).

¹⁰⁹⁹ Ley 1295/1998.

electrónico,¹¹⁰⁰ micro, pequenas e médias empresas,¹¹⁰¹ sistema agilizado de constituição e dissolução/liquidação de empresas,¹¹⁰² contratos internacionais.¹¹⁰³

O núcleo do direito comercial paraguaio está, hoje, na *Ley del Comerciante*, pois é aí que se define o critério geral da comercialidade, encontrando-se os seus diversos institutos no *Código de Comercio*, no Código Civil e em legislação avulsa.

Apesar de quase totalmente revogado o velho código mercantil, mantém-se assim a autonomia formal do direito comercial, considerado como direito privado especial¹¹⁰⁴ e caracterizado como um sistema misto.¹¹⁰⁵

5. Direito uruguaio

Mergulhando também as suas raízes no direito colonial espanhol, em especial a *Recopilación de Leyes de Indias de 1680* e as *Ordenanzas de Bilbao*, o direito comercial uruguaio tem o seu grande marco no *Código de Comercio de 1866*, que resultou da adopção com alterações do Código argentino de 1862.^{1106 1107}

Este código, ainda em vigor, vê o direito comercial como direito privado especial¹¹⁰⁸ e consagra um sistema misto de base objectiva.¹¹⁰⁹

Como invariavelmente sucede com os ordenamentos que mantêm em vigor códigos comerciais oitocentistas, o código uruguaio foi submetido a um processo de descodificação, quer através da substituição de partes importantes por legislação extravagante¹¹¹⁰ quer pela disciplina de novas matérias em leis-fora-do-código.¹¹¹¹

¹¹⁰⁰ Ley 4868/2013.

¹¹⁰¹ Ley 4457/2012.

¹¹⁰² Ley 4986/2013 - Sistema Ubicado para la Apertura y cierre de la Empresas (SUACE).

¹¹⁰³ Ley 5393/2015, em resultado da qual o Paraguai foi o primeiro país a adoptar os Princípios de Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais: cfr. CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, *La conferencia de La Haya de Derecho internacional privado aprueba los Principios sobre Elección de Ley en Contratos comerciales internacionales*, 7 abril, 2015 (<http://accursio.com/blog/?p=112>, acesso em 21.04.2015).

¹¹⁰⁴ *Ley del Comerciante*, Art. 2.

¹¹⁰⁵ *Idem*, arts. 3., 71. e 72.

¹¹⁰⁶ OLIVERA GARCÍA, Ricardo/RIPPE, Siegbert, *Evolución y panorama del derecho comercial uruguayo*, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1989; LUQUE TALAVÁN, Miguel, *Un universo de opiniones: la literatura jurídica indiana*, Biblioteca de Historia de América, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003, págs. 125 e ss.; APARICIO, Carlos, *Introducción al Derecho del Siglo XXI*, pág. 162 (<https://books.google.pt/books?isbn=9974393876> – acesso em 22.04.2015), Autor que chama a atenção para o facto de o *Código de Comercio*, tal como a quase totalidade dos códigos uruguaiois, ter sido obra de um governo de força, o governo *de facto* do General Venâncio Flores, e não de um governo democraticamente legitimado.

¹¹⁰⁷ Também aqui o *Código de Comercio* precedeu o Código Civil (1868), o que explica muitas das disposições do primeiro, particularmente no domínio do direito das obrigações e dos contratos, de natureza manifestamente civil.

¹¹⁰⁸ Arts. 8. e 191., v.g.

¹¹⁰⁹ Arts. 7., 1., e 5., 2º parágrafo. O *Código de Comercio* do Uruguaio, actualizado até 2010, pode ser consultado em <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/EstudiosLegislativos/CodigoComercio2010-03.pdf> (acesso em 22.04.2015).

¹¹¹⁰ O que sucedeu, por exemplo, em matéria de sociedades comerciais (Lei 16.060/1989, que revogou o Título III do Livro II) e de falência (Lei 18.387/2008, que revogou o Livro IV do código).

¹¹¹¹ V.g., em matéria de propriedade industrial (Lei 17.011 de 1998 sobre marcas; Lei 17.164 de 1999 sobre patentes de invenção, modelos de utilidade e desenhos industriais).

6. Direito venezuelano

À semelhança do que sucedeu nas outras nações latino-americanas, o séc. XIX venezuelano foi um período de instabilidade política, económica, social e, por reflexo, jurídica – instabilidade revelada, desde logo, na codificação: três códigos civis (1862,¹¹¹² 1867 e 1873) e três códigos comerciais (15 de Fevereiro de 1862, 29 de Agosto de 1862 e 1873).¹¹¹³

No que respeita ao direito comercial, proclamada a independência em 1811,¹¹¹⁴ continuou a vigorar o direito espanhol contido nas *Ordenanzas de Bilbao*, reorganizando-se a jurisdição comercial em 1846,¹¹¹⁵ até que se iniciou a sucessão de códigos mercantis: dois em 1862, um novo em 1873, 1904 e 1919; este último, revisto em 1955, está ainda em vigor.¹¹¹⁶

O conteúdo do *Código de Comercio* vigente reparte-se, após um título preliminar com as regras gerais,¹¹¹⁷ por três livros: comércio em geral,¹¹¹⁸ falência e jurisdição comercial.¹¹¹⁹

Apesar de abrir com uma referência às “obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles”, o código venezuelano assume claramente uma visão objectiva do direito comercial, porquanto define como seu âmbito material os “actos de comércio”, sejam ou não praticados por comerciantes, numa fórmula que, na essência, coincide com a doutrina objectivista. Mas, como é habitual, logo atalhada por um momento de subjectividade: “Se repuntan además actos de comercio cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.”¹¹²⁰ E, por outro lado, afirma-se a natureza privada especial do direito comercial.¹¹²¹

Apesar de revisto em meados do século passado, não podia o código deixar de sofrer a inevitável erosão do tempo e das circunstâncias, já pela aprovação de leis avulsas que

¹¹¹² O primeiro código civil venezuelano recebeu a marcada influência do seu homólogo chileno de 1855, elaborado pelo grande jurista sul-americano ANDRÉS BELLO (1781-1865) - <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3290.html> (acesso em 24.04.2015).

¹¹¹³ *Supra*, nota 177. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio/MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *Codification in Venezuela, The Scope and Structure of Civil Codes*, cit., págs. 455-456; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La Reforma de 2007 del Código de Comercio*, cit., págs. 1-2.

¹¹¹⁴ Sendo certo que a verdadeira existência da Venezuela como país autónomo se reporta a 1830, data em que se separa da Grande Colômbia e adopta a primeira Constituição (RODRÍGUEZ URRACA, José, cit., pág. 161).

¹¹¹⁵ Ley de 26 de mayo de 1846, De la Administracion Judicial en Materia de Comercio (http://aciempol.msinfo.info/bases/biblo/texto/LEYESYDECRETOS/2/1841_1850_321-327.pdf - acesso em 23.04.2015). Sobre a (actual inexistência da) jurisdição comercial, *supra*, nota 240.

¹¹¹⁶ AA. e ob. cit. *supra*, nota 1113.

¹¹¹⁷ Arts. 1º a 9º.

¹¹¹⁸ Em que trata dos comerciantes, sua representação e estatuto, locais de comércio, regras gerais sobre obrigações e contratos comerciais, tipos específicos de contratos mercantis (incluindo o regime das sociedades comerciais, dos seguros, dos títulos de crédito e o contrato de conta corrente bancária).

¹¹¹⁹ O livro II (Do comércio marítimo) foi revogado pela Lei do Comércio Marítimo de 2001.

¹¹²⁰ Art. 3º, lembrando o nosso Código Comercial (art. 2º, 2ª parte).

¹¹²¹ Art. 8º. De notar, noutra plano, a inclusão expressa do costume mercantil no elenco das fontes do direito comercial venezuelano (art. 9º).

substituíram ou complementaram disposições suas,¹¹²² já pela regulamentação em diplomas próprios de matérias por ele desconhecidas.¹¹²³

Vários projectos de reforma, total ou parcial, do código comercial foram elaborados desde meados do séc. XX, sem que nenhum fosse aprovado. E, em nossos dias, com a evolução política experimentada pela Venezuela desde 1999, não é natural que isso venha a acontecer (apesar de anunciada a reforma em 2007), pois sem economia de mercado e liberdade de empresa não há lugar ao direito comercial, tornando-se desnecessário um “código de comercio”.¹¹²⁴

§ 3º - A situação nos países lusófonos

Voltando-nos agora, neste nosso esforço de apreensão do estado actual da codificação comercial a fim de lhe surpreender as grandes linhas de tendência, para os ordenamentos do “sistema lusófono de Direito”,¹¹²⁵ verificamos que, tal como sucede com o Código

¹¹²² Por exemplo, a Lei do Mercado de Capitais de 1998, a Lei do Contrato de Seguro de 2001 e a Lei do Comércio Marítimo de 2001.

¹¹²³ Lei da Propriedade Industrial de 1956, Lei dos Fideicomissos de 1956, Lei da Arbitragem Comercial de 1998, Lei Geral de Bancos e outras Instituições Financeiras de 2001, v.g.

¹¹²⁴ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, cit., pág. 12. *Supra*, nota 238. No mesmo sentido, COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial – Direito da Empresa*, 18ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, págs. 26-27.

¹¹²⁵ CORDEIRO, António Menezes, *O sistema lusófono de Direito*, ROA 70 (2010), max. nº 36. Este Autor faz depender a existência de um sistema ou família jurídica da verificação de quatro critérios: o ensino e as recepções da Ciência do Direito; a consistência histórico-cultural; a língua; e a massa crítica. Falando, essencialmente no mesmo sentido, de *Direito comum de língua portuguesa*, VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, cit., págs. 79 e ss.

Civil português de 1966,¹¹²⁶ o Código de Veiga Beirão se encontra ainda em vigor na grande maioria desses países,¹¹²⁷ convivendo com abundante legislação avulsa.¹¹²⁸ Interessa-nos, assim, contemplar de modo especial os países e territórios lusófonos que procederam a reformas recentes da lei comercial: Brasil, Macau¹¹²⁹ e Moçambique.¹¹³⁰

1. Direito brasileiro

O Brasil dispõe de um código comercial desde 1850, muito anterior ao primeiro código civil, que só surgiria em 1916.¹¹³¹ Coroando os longos esforços para a reforma do direito privado, veio a ser aprovado o novo Código Civil em 2002, o qual incluiu a matéria mercantil, à primeira vista segundo o modelo italiano, sob a égide da empresa,¹¹³² tendo a lei que o aprovou revogado a Parte Primeira do Código Comercial de 1850, deixando apenas em vigor a segunda parte, relativa ao comércio marítimo (arts. 457 e ss.).¹¹³³

¹¹²⁶ LEITÃO, Helena, *O Código Civil Português de 1966 nos PALOP e as Tendências de Reforma*, THEMIS, 2008, cit., págs. 132 e ss. No conjunto dos países (e territórios) lusófonos, só existem códigos civis próprios no Brasil (desde 1916), em Macau (desde 1999) e em Timor-Leste (desde 2011) – todos eles, os actualmente vigentes, de forte inspiração do código português de 1966 -, sendo que em Goa, Damão e Diu estão em vigor partes substanciais do Código de Seabra (VICENTE, Dário Moura, ob. e loc. cit., e *The Civil Code in Portugal and Goa: Common Heritage and Future Prospects*, 2010 - <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-Moura-The-Civil-Code-in-Portugal-and-Goa-Common-Heritage-and-Future-Prospects.pdf>; FERNANDES, Aureliano, *Political Transition In Post Colonial Societies. Goa in Perspective*, Lusotopie 2000, págs. 341-358 - <http://www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/resu0021.html>, acessos em 29.04.2015).

¹¹²⁷ Esvaziado embora de grande parte do seu conteúdo original (tal como na antiga metrópole), o Código de Veiga Beirão está em vigor em todos os PALOP com excepção de Moçambique – cfr., sobre a necessidade e perspectivas de reforma, os textos resultantes das intervenções na *Workshop 3* das Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, realizada na Cidade da Praia em Outubro de 2004, no âmbito do Projecto de Cooperação CE-PALOP de Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68&limitstart=5 – acesso em 27.04.2015). Ver tb. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 127 e ss. Fora de África, não está em vigor em nenhum país (ou território) de língua portuguesa: o Brasil há muito que tem os seus próprios códigos (*infra*, no texto), Macau adoptou um novo Código Comercial em 1999 (*supra*, § 1º, 8.2) e Timor-Leste, país em que a ocupação indonésia provocou a imposição da legislação do invasor com o consequente abandono do direito português (apesar de ter sido este um ponto controvertido: *Idem*, pág. 136), aprovou várias leis comerciais, como a Lei 4/2004 sobre sociedades comerciais (http://www.jornal.gov.tl/public/docs/2002_2005/leis_parlamento_nacional/4_2004.pdf), mas não, ao que sabemos, um Código Comercial (cfr. Relatório do Decreto-Lei nº 7/2006, de 1 de Março, que aprovou o Código do Registo Comercial: http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/DL_2006_7_registo_comercial_1.pdf). A indicação dos códigos aprovados desde 2002 pode ser vista em <http://www.jornal.gov.tl/> - acessos em 29.04.2015.

¹¹²⁸ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit.

¹¹²⁹ A situação do direito comercial macaense foi já referida: *supra*, § 1º, 8.2.

¹¹³⁰ Sendo que, noutros casos, houve reformas parciais importantes (principalmente, Angola e Cabo Verde, no direito das sociedades), sem que o Código de Veiga Beirão tenha sido abandonado. Cfr., sobre o direito societário angolano, as interessantes informações e reflexões de JOÃO ESPÍRITO SANTO em *Sociedades Unipessoais de Direito Angolano*, Escolar Editora, Lobito (Angola), 2015.

¹¹³¹ CORDEIRO, António Menezes, ob. cit., pág. 124. Sobre a formação do direito comercial brasileiro incidindo na história da jurisdição mercantil, ver LOPES, José Reinaldo de Lima, *A formação do Direito Comercial Brasileiro – A criação dos Tribunais do Comércio do Império*, Cadernos Direito GV v.4 n.6: novembro 2007 (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo).

¹¹³² Parte especial, Livro II: cfr. o nosso *Breves notas...*, cit., págs. 13690 e ss.

¹¹³³ O actual Código Civil foi aprovado pela Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, tendo entrado em vigor em 11 de Janeiro de 2003. Dá nova ênfase à disciplina jurídica da empresa, encarada sob um prisma

Sobre o sentido e alcance desta “inovação original”, nada melhor do que ler as explicações do principal responsável pelo Código de 2002: “É preciso, porém, corrigir, desde logo, um equívoco que consiste em dizer que tentamos estabelecer a unidade do Direito Privado. Esse não foi o objetivo visado. O que na realidade se fez foi consolidar e aperfeiçoar o que já estava sendo seguido no País, que era a unidade do direito das obrigações. Como o Código Comercial de 1850 se tornara completamente superado, não havia mais questões comerciais resolvidas à luz do Código de Comércio, mas sim em função do Código Civil. Na prática jurisprudencial, essa unidade das obrigações já era um fato consagrado...”¹¹³⁴ “É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respetiva legislação especial.”¹¹³⁵ Pode dizer-se, pois, que o código civil brasileiro não representa a unificação do direito privado, através da absorção do direito comercial pelo direito civil – na linha de TEIXEIRA DE FREITAS¹¹³⁶ - mas o mero reconhecimento da unidade do direito das obrigações que a prática consagrara e que conduziu a uma unificação formal e muito parcial.¹¹³⁷

Entre os numerosos exemplos dos “ordenamentos normativos especiais” ou “leis aditivas”,¹¹³⁸ contam-se a Lei das Sociedades Anónimas,¹¹³⁹ a Lei da Falência e da

marcadamente subjectivo: abre o Livro II (Do Direito de Empresa) com a definição de empresário – num recorte menos nítido, relativamente aos outros profissionais, do que a noção clássica de comerciante (art. 966) -, equiparando-lhe a sociedade empresária (cfr. COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial – Direito da Empresa*, cit., págs. 15 e ss.); distingue “empresa” de “estabelecimento”, considerado objectivamente, no sentido de *fonds de commerce*. No Livro I (Direito das Obrigações) foram incluídos alguns dos tradicionalmente denominados contratos especiais de comércio (comissão: arts. 693-709; agência: arts. 710-721; corretagem: arts. 722-729; transporte: arts. 730-756; seguro: arts. 757-802) e os títulos de crédito (arts. 887-926), sendo que outros foram reconduzidos ao seu género civil (compra e venda, mútuo, mandato, por exemplo) e outros ainda, como a locação financeira, o *franchising* ou o *factoring* estão ausentes da codificação. [Quanto ao contrato de fomento comercial (*factoring*), que no Brasil, apesar de muito utilizado, continua sendo atípico, ver <http://www.anfac.com.br/v3/fomento.jsp#factoring> e <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19936> – acesso em 28.04.2015. Associando a conturbada história do instituto no direito brasileiro, aí descrita, com o facto de não ter sido considerado no Código Civil de 2002, só pode concluir-se não ter sido orientação do código a absorção do direito comercial, mesmo no campo contratual: a anunciada unificação do direito das obrigações (*infra*, no texto) revela-se, ela própria, parcial.]

¹¹³⁴ REALE, Miguel, *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, cit.

¹¹³⁵ REALE, Miguel, *Sanção da Lei N.º. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, que Institui o Novo Código Civil Brasileiro* (<http://www.miguelreale.com.br/> - acesso em 27.04.2015).

¹¹³⁶ CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., max. pág. 39.

¹¹³⁷ REALE, Miguel, *Visão Geral...*, cit. Sustentando que “não compromete a autonomia do Direito Comercial a opção do legislador brasileiro de 2002 no sentido de tratar matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil (Livro II da Parte Especial)”, COELHO, Fábio Ulhoa, ult. ob. cit., págs. 24-25.

¹¹³⁸ REALE, Miguel, *Visão Geral...*, cit.

¹¹³⁹ Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976.

Recuperação de Empresas,¹¹⁴⁰ a Lei das Letras e Notas Promissórias,¹¹⁴¹ a Lei da Propriedade Industrial,¹¹⁴² a Lei do Arrendamento Mercantil,¹¹⁴³ a Lei de Franquia Empresarial.¹¹⁴⁴

No que toca às ideias que presidiram ao código brasileiro de 2002, cremos merecerem especial reflexão as seguintes: - “o que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam”; - não devem os códigos ocupar-se de “matérias que envolvam questões que vão além dos lindes jurídicos, como é o caso das sociedades por ações, objeto de lei especial”; - “é próprio de um código albergar somente questões que se revistam de certa estabilidade, de certa perspectiva de duração, sendo incompatível com novidades ainda pendentes de maiores estudos”. Devendo o mais novo, ainda não consolidado ou mais sujeito à contingência dos tempos, ou dependente de conhecimentos científicos e técnicos específicos, ser deixado às leis aditivas ou complementares.¹¹⁴⁵

A opção legislativa consagrada em 2002 relativamente às matérias comerciais foi, todavia, posta em causa com a apresentação, na Câmara dos Deputados, em Junho de 2011, pelo deputado Vicente Cândido (PT/SP) do Projecto de Lei 1572/11 propondo um novo Código Comercial.¹¹⁴⁶ Em Maio de 2013 foi nomeada pelo Presidente do Senado Federal uma comissão de juristas encarregada da elaboração de um Anteprojecto de Código Comercial, incumbência de que se desempenhou com a entrega do trabalho em Novembro desse mesmo ano, dando origem ao Projecto de Lei do Senado nº 487 de 2013,¹¹⁴⁷ que se encontra em tramitação.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁰ Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, que revogou a anterior Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de Junho de 1945), a qual, em sintonia com o sistema do Código Comercial então vigente, sufragava a teoria (francesa) dos actos de comércio, substituindo-a, na delimitação do âmbito de aplicação do instituto falimentar, pela teoria (italiana) da empresa. Ver, quanto a esta transição no direito brasileiro, TADDEI, Marcelo Gazzì, *O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro*, nº 4 (<http://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro> - acesso em 28.04.2015).

¹¹⁴¹ Decreto nº 57.663, de 24 de Janeiro de 1966. (As notas promissórias correspondem às nossas livranças.)

¹¹⁴² Lei nº 9.279, de 14 de Maio de 1996.

¹¹⁴³ Lei nº 6.099, de 12 de Setembro de 1974 (a figura do arrendamento mercantil do direito brasileiro corresponde ao *leasing*: sobre o tema e numa perspectiva comparatística, TRAMONTINI, Pierre, *A Locação Financeira e os Aspectos Jurídicos do Valor Residual*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Dissertação de Mestrado), Porto, 2013 (<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/69943/2/13024.pdf> - acesso em 28.04.2013).

¹¹⁴⁴ Lei nº 8.955, de 15 de Dezembro de 1994. Cfr. ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira, *Notas sobre o Contrato de Franquia na Legislação Brasileira*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 11, 11855-11879.

¹¹⁴⁵ REALE, Miguel, *Visão Geral...*, cit.

¹¹⁴⁶ Projecto que teve a sua origem nas propostas do Professor FÁBIO ULHOA COELHO (cfr. *Princípios do Direito Comercial*, cit.). Sobre este projecto inicial e a polémica que logo o envolveu, ver o nosso *Breves notas...*, cit., págs. 13699 e ss.; e, para melhor sentir o ambiente da polémica num tom tipicamente brasileiro, FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial*, Revista Jurídica Consulex, Ano XVII, Nº 400, 15 de Setembro/2013, pp. 32-37 (www.consulex.com.br - acesso em 1.05.2015), que reproduz em anexo o Manifesto de um grupo de juristas contra o Projecto de Lei 1572/11, assinado por figuras reconhecidas como JUDITH MARTINS-COSTA ou GUSTAVO TEPEDINO.

¹¹⁴⁷ <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=141614&tp=1> (acesso em 28.04.2015).

¹¹⁴⁸ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115437 (acesso em 28.04.2015). [Ambos os projectos – da Câmara dos Deputados e do Senado – encontram-se em tramitação separada; a nossa análise incide sobre o Anteprojecto do Senado (posterior).]

O eventual novo Código Comercial brasileiro contém 1103 artigos, distribuídos por três partes: Parte Geral, dedicada à definição do seu âmbito de aplicação,¹¹⁴⁹ do sistema de fontes do direito comercial,¹¹⁵⁰ e dos “princípios do direito comercial”¹¹⁵¹ (Livro I), à pessoa do empresário¹¹⁵² e ao regime jurídico do empresário individual¹¹⁵³ (Livro II), aos

¹¹⁴⁹ Art. 1º.

¹¹⁵⁰ Art. 4º: merece destaque o § único, explicável pelo receio do exacerbado “ativismo judiciário” que se vem revelando no Brasil (ver nota seguinte).

¹¹⁵¹ Os “princípios do direito comercial” são o prato forte da argumentação de FÁBIO ULHOA COELHO, principal impulsionador deste projecto legislativo (cfr. *Princípios do Direito Comercial*, cit.; *Relatório Final* da Comissão de Juristas Para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no Âmbito do Senado Federal, págs. 8-11 - <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131119-03.pdf>, último acesso em 29.01.2016). A enunciação legal de princípios comerciais é defendida como meio de iluminar o intérprete na solução dos casos concretos, pois é seu objectivo “contextualizar cada regra em argumentos mais amplos, fundados em preceitos principiologicos” (*Relatório Final*, cit., pág. 10) – preceitos estes que correspondem a “normas abertas”, a “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (MIGUEL REALE, *apud* Relatório Final, cit., pág. 8), a “comandos de optimização” preferidos às regras que “obedecem à lógica tudo-ou-nada” (Idem, pág. 9) -, promovendo a segurança das transacções comerciais e, como corolário, a confiança dos agentes económicos (Idem, pág. 10). Defendendo que, pelo contrário, a utilização do método de “legislar por princípios”, equiparada à das cláusulas gerais, é “produtor[a] de insegurança”, “podendo acarretar o vício do *arbitrio judicial*”, MARTINS-COSTA, Judith, *O Projeto de Código Comercial: desnecessário e inoportuno*, Letrado - Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 98, p. 16-17, 2012. O ponto aqui – que julgamos de especial interesse porque se prende com a escolha da técnica ou método legislativo – é o da tensão (e necessidade de articulação) entre o método casuístico e o método das cláusulas gerais e dos princípios, com as suas vantagens e desvantagens “polarmente opostas”, sabendo-se ser o primeiro, expresso em “previsões normativas firmes”, o que melhor salvaguarda a segurança jurídica (CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012, págs. 143 e ss.); mas como o Direito não visa apenas a segurança mas também a justiça (mesmo no campo comercial) e esta remete quer para uma tendência generalizadora quer para uma tendência individualizadora, há que equilibrar, de maneira “sempre prudente e cautelosa” (JUDITH MARTINS-COSTA), o uso dos dois métodos. Isto mesmo cremos ter sido assumido pelos autores do anteprojeto que, todavia, o concretizaram de modo infeliz: o § único do art. 4º mata, à nascença, pura e simplesmente, o ímpeto “principiológico” do código (“*Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra.*”)

¹¹⁵² O conceito de empresário corresponde ao conceito clássico de comerciante (art. 49.), obedecendo a sua delimitação a diferentes critérios: inscrição no registo (arts. 49., § 2º e 50.), natureza da pessoa (art. 49., § 3º, sobre a sociedade cooperativa – cfr. Lei nº 5.764, de 16.12.1971 -, considerada de natureza civil - art. 4º desta lei -, ainda que prossiga objecto comercial - art. 5º do mesmo diploma) ou da actividade (art. 52.) ou ainda organização empresarial da actividade (art. 52., § único). De notar, também, a distinção entre “empresário formal” (arts. 50. e 66.) e “empresário informal” (art. 68.), bem como as disposições que visam estimular a “formalização” do empresário (arts. 68., § único e 69.).

¹¹⁵³ Arts. 80. e ss., que criam a figura do “exercício da empresa em regime fiduciário”, sucedânea da actual EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (cfr. o nosso *A empresa individual no direito comercial da lusofonia*, cit., págs. 18 e ss.).

bens do empresário¹¹⁵⁴ e à sua actividade¹¹⁵⁵ (Livro III), aos negócios jurídicos empresariais¹¹⁵⁶ (Livro IV); Parte Especial, que abrange as sociedades¹¹⁵⁷ (Livro I), as

¹¹⁵⁴ Nome empresarial (arts. 86. e ss.), cuja inclusão sistemática no âmbito dos *bens do empresário* não lhe retira, perante o texto do art. 86., a concepção subjectiva clássica no nosso direito (embora possa não ter sido essa a intenção do legislador material – cfr. *Relatório Final*, cit., pág. 14 – e salvaguardada a consideração do seu indisputado conteúdo económico - CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, cit., max. págs. 258 e ss.), e estabelecimento empresarial (arts. 101. e ss.), em cujo tratamento avultam as notas seguintes: - distinção entre *empresa* (art. 2º) e *estabelecimento* (art. 101.), à italiana; - reconhecimento da unidade jurídica do estabelecimento (art. 101., § único); - disciplina de direitos de gozo (usufruto: art. 111.) e negócios sobre o estabelecimento (trespasse: arts. 103. e ss.; e locação, designada “arrendamento”: art. 111.); - no regime do trespasse, salta à vista a disposição do art. 112. sobre o conhecido problema da cessão da posição contratual do arrendatário no âmbito de um contrato de trespasse do estabelecimento instalado no local arrendado, cuja solução, não dispensando a autorização do locador, é de estranhar num código que se quer de comerciantes e entre comerciantes (arts. 113., § 2º e 381.), sabendo-se que o locador não contrata necessariamente na qualidade de empresário nem o fará por via de regra; - regime do comércio electrónico ou virtual (arts. 113. e ss.).

¹¹⁵⁵ Escrituração, contabilidade e prestação de contas (arts. 120. e ss.) e concorrência desleal e parasitismo (arts. 149. e ss.).

¹¹⁵⁶ Qualificados subjectivamente (art. 155.) ou objectivamente (art. 155., § único). As disposições sobre esta matéria visam reforçar a autonomia das partes, segundo o espírito de base que detectámos no direito anglo-saxónico: os empresários são pessoas esclarecidas e responsáveis, pelo que, quando se obrigam, ficam obrigados nesses exactos termos, só lhes restando suportar plenamente as consequências dos seus actos. Visão própria de um liberalismo que parece (ou se pretende) renascente em terras brasileiras (arts. 5º e 6º) – sendo que “o Brasil se tornou um país liberticida” (MEZZOMO, Rodrigo, *Novo Código Comercial à vista: preparem-se para mais intervenção!*, Instituto Liberal, 2014 - <http://www.institutoliberal.org.br/blog/novo-codigo-comercial-vista-preparem-se-para-mais-intervencao/>, acesso em 1.05.2015) -, porventura por contágio da proximidade económica com os Estados Unidos, apenas minorado, como se verá, pela consideração dos pequenos empresários; e segundo a qual a defesa da *eficiência do sistema capitalista* constituiria a mais nítida distinção entre o direito comercial e o direito civil (COELHO Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial*, cit., págs. 28-29, Autor que, revelando uma lúcida apreciação do capitalismo – um mal necessário, “um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes” mas sem substituto à vista -, entende que o direito comercial e a legislação que constitui a sua principal fonte devem assumir como objectivo prioritário proporcionar o seu melhor funcionamento).

¹¹⁵⁷ Sendo de referir, a este respeito, a supressão da sociedade simples (art. 1099.), correspondente à nossa sociedade civil e actualmente admitida no Código Civil (com o propósito de eliminar a diferenciação de tratamento, civil e comercial, das sociedades: cfr. art. 178.), a questão dos “tipos menores” (COELHO Fábio Ulhoa, ult. ob. cit., págs. 136-137 [cfr. o nosso *Breves notas ...*, cit., nota 93]; dando conta do debate havido no seio da comissão de juristas sobre a conveniência da sua manutenção ou pura e simples eliminação e respectiva conclusão salomónica - manutenção da sociedade em nome colectivo e eliminação da sociedade em comandita -, *Relatório Final*, cit., págs. 24-25), a apresentação sistemática dos tipos sociais segundo o critério da estrutura do capital (arts. 227. e ss.), a clarificação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (arts. 196. e ss.; *Relatório Final*, cit., págs. 19 e ss.; considerando que o projecto veio criar confusão a este respeito, para além das incorrecções técnicas que ostenta, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o direito societário (ii)*, Migalhas, 2012 - <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI153738,61044>, acesso em 1.05.2015), a inclusão da sociedade profissional (arts. 324. e ss.; *Relatório Final*, cit., págs. 23 e ss., esclarecendo que não se trata de um novo tipo social mas de “uma *qualificação* da sociedade”, na medida em que pode adoptar qualquer um dos tipos previstos na lei), a restrição a esta última da admissibilidade de contribuições de indústria (art. 178., § 3º), a introdução da unipessoalidade, originária e superveniente, na sociedade limitada (arts. 302. e 308.), a tipificação da sociedade em conta de participação (arts. 314. e ss.), a qual, tendo embora património comum (art. 320.) e repartição de lucros (art. 314.), se apresenta como um tipo muito imperfeito, mais se assemelhando ao nosso contrato de associação em participação - não tem actividade comum (art. 314.), não está sujeita a forma (art. 316.), o contrato constitutivo não produz efeitos em relação a terceiros (art. 317.), não tem personalidade jurídica (arts. 314., § único e 317) -, a exclusão do regime da sociedade anónima, deixado à lei especial respectiva (art. 323.), a tipificação do contrato de consórcio no âmbito das sociedades e restrito a estas (arts. 379. e ss.).

regras gerais sobre as obrigações dos empresários,¹¹⁵⁸ a responsabilidade civil,¹¹⁵⁹ os contratos empresariais¹¹⁶⁰ e os títulos de crédito¹¹⁶¹ (Livro II), o agronegócio¹¹⁶² (Livro III), o direito comercial marítimo¹¹⁶³ (Livro IV) e o processo empresarial¹¹⁶⁴ (Livro V); e Parte Complementar, com as disposições finais e transitórias.¹¹⁶⁵

¹¹⁵⁸ De sublinhar, quanto a este ponto: - o princípio de que o código comercial só se aplica às relações profissionais entre empresários (art. 381. – cfr. o nosso *Breves notas...*, cit., nota 91), que sofre importantes desvios (art. 381., § 1º); - a delimitação relativamente ao direito do consumidor (art. 381., § 3º), devendo entender-se, cremos, apesar da formulação adoptada, que se afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações *entre* empresários; - como curiosidade, a definição de dia útil (art. 385.); - o extremo rigor na penalização do empresário inadimplente (art. 387.); - a liberdade de estipulação de juros moratórios entre empresários (art. 391.); - a expressa possibilidade de cumulação da cláusula penal com a indemnização pelos danos sofridos pelo credor (art. 393.), o que significa que se tem aqui em vista a cláusula penal de escopo *puramente coercitivo*, de índole *exclusivamente compulsivo-sancionatória*, “acordada como um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não cumprimento.” (MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., págs. 604-605), matéria que, todavia, está tratada com manifesta imprecisão (cfr. art. 395.); - a especial protecção do microempresário ou empresário de pequeno porte (art. 395., § único) – cfr., quanto a estes conceitos, a Lei Complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006.

¹¹⁵⁹ Arts. 397. e ss.

¹¹⁶⁰ Arts. 402. e ss. Para além da noção e regras gerais, incluem-se os seguintes tipos contratuais: compra e venda mercantil (arts. 428. - 446.), fornecimento (arts. 447. - 448.), compra e venda em leilão (arts. 449. - 455.), *contratos de colaboração empresarial* – mandato mercantil (arts. 460. - 476.), gestão de negócios do empresário (art. 477. - 480.), comissão mercantil (arts. 481. - 486.), agência (arts. 487. - 488.), distribuição (arts. 489. - 492.), concessão mercantil (arts. 493. - 499.), franquia empresarial (arts. 500. - 503.), venda directa (arts. 504. - 506.) -, *contratos de logística* – armazenamento (arts. 507. - 516.) e transporte de cargas (arts. 517. - 527.) -, *contratos financeiros* (arts. 528. - 536.) – com disposições específicas sobre mútuo financeiro, abertura de crédito, depósito bancário e fiança bancária -, contrato de investimento conjunto (arts. 537. - 539.), contrato fiduciário (arts. 540. - 553.) – num registo semelhante ao do fideicomisso dos direitos argentino e boliviano (*supra*, notas 1055 e 1079) -, contrato de fomento comercial (arts. 554. - 560.) – com um desenho peculiar, diferente do contrato de cessão financeira do direito português -, contrato de *shopping center* (arts. 561. - 564.).

¹¹⁶¹ Disposições gerais (arts. 565. - 573.), destacando-se a admissibilidade e regulamentação de suporte electrónico, o que revela a adesão à perspectiva obrigacional dos títulos de crédito; actos cambiários (arts. 574. - 622.); duplicata (título constituído pelo duplicado da factura: arts. 623. - 645., actualmente regulado pela Lei nº 5.474, de 18.07.1968, que o anteprojecto se propõe revogar – art. 1102., IV); títulos armazeneiros (conhecimento de depósito e *warrant*: arts. 646. - 663.); conhecimento de transporte de cargas (arts. 664. - 680.). A disciplina das letras, notas promissórias e cheques mantêm-se nas leis avulsas (cfr. *supra*, nota 1141; e, para o cheque, a Lei nº 7.357, de 2.09.1985).

¹¹⁶² Definições e regras gerais (arts. 681. - 688.), contratos agrários (arrendamento rural e parceria agrícola, pecuária, agroindustrial ou extractivista: arts. 689. - 692.), contrato de integração agro-industrial (arts. 693. - 700.), contrato de depósito de produtos agro-pecuários (arts. 701. - 709.), títulos de crédito do agronegócio (disposições gerais: arts. 710. - 711.; cédula de produto rural, física e financeira: arts. 712. - 737.; títulos armazeneiros do agronegócio, depósito agropecuário e *warrant* agro-pecuário: arts. 738. - 756.; títulos vinculados a direitos creditórios originários do agronegócio, certificado de direitos creditórios do agronegócio, letra de crédito do agronegócio e certificado de recebíveis do agronegócio (arts. 757. - 776.).

¹¹⁶³ Arts. 777. - 947., revogando a parte ainda em vigor do Código Comercial de 1850 (art. 1102, I).

¹¹⁶⁴ Contém regras que visam acentuar o carácter dispositivo do processo comercial (art. 950.), alargar o leque dos meios probatórios (art. 955.), disciplinar alguns processos especiais (como, por exemplo, a “acção de superação de impasse” nas sociedades comerciais (arts. 981. - 991.), que parece contradizer os anseios de autonomia e autorregulação de que o anteprojecto se pretende paladino e, tal como está redigido, pode provocar grave atropelo aos direitos dos sócios: cfr., em perspectiva crítica, MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, *A quem interessa um novo Código Comercial?*, FÓRUM ABRASCA, Revista RI, Fevereiro 2014, pág. 45), bem como a falência e a recuperação judicial transnacionais (arts. 1059.- 1080.), e ainda juízos (ou secções) de competência especializada em matéria comercial (art. 1081.).

¹¹⁶⁵ De que se destacam as disposições sobre o Registo Público de Empresas (arts. 1083. - 1086.) e as relativas a situações especiais (microempreendedor individual, microempresário, empresário de pequeno

Chegam-nos ecos de acesa polémica relativamente a este projecto legislativo, a qual, sob a espuma das questões menores que inevitavelmente surgem nestas ocasiões, vem recolocar o problema da “própria necessidade de se instituir um Código Comercial e, assim, reafirmar-se a dicotomia legislativa entre direito civil e direito comercial” ao mesmo tempo que provoca a “reflexão sobre os dispositivos do projeto de Código Comercial, analisando detalhadamente (a) se eles são inovadores em relação ao direito vigente e (b) se a inovação é desejável ou indesejável.”^{1166 1167}

2. Direito moçambicano

País independente desde 1975, Moçambique sofreu os efeitos dos “ventos da História” adoptando um sistema socialista estatizante que abandonaria mais tarde por imposição das organizações financiadoras internacionais.¹¹⁶⁸

Com a paz alcançada em 1992 abriram-se novas perspectivas para o desenvolvimento económico, surgindo a necessidade de adequar o direito privado da economia, assente ainda no Código de Veiga Beirão mas com nova legislação avulsa, designadamente quanto à estrutura do empresariado local – onde florescia o sector informal – e à atracção de investimento privado estrangeiro.¹¹⁶⁹

Após consulta aos empresários, o governo fixou os objectivos da reforma: - facilitar a concentração empresarial, as coligações de empresas e as alianças estratégicas com empresas estrangeiras; - promover a “formalização” dos empresários informais; - mantendo embora “a sua raiz assente sobre o sistema romano germânico”, aproximar o direito comercial moçambicano do direito anglo-saxónico adoptado pelos países vizinhos; - reunir num corpo normativo ordenado e sistemático “todas as novas figuras contratuais modernas que de forma dispersa se achavam reguladas no mercado nacional”.¹¹⁷⁰

O processo reformador consumou-se com a publicação, em 2005, do Código Comercial, posteriormente revisto,¹¹⁷¹ que revogou parcialmente o Código de 1888.¹¹⁷²

porte e sociedades de grande porte): arts. 1087. – 1089. De notar, também, o art. 1093, que manda preferir as normas do Código Comercial às do Código Civil na aplicação subsidiária do direito privado aos contratos administrativos quando for empresário o contratante com a Administração.

¹¹⁶⁶ CAVALLI, Cássio, *O Debate em torno do Projeto de Código Comercial*, 2012 (<http://www.cassiocavalli.com.br/?p=144> – acesso em 3.05.2015).

¹¹⁶⁷ Pois sempre deverá o legislador precaver-se contra “inovações desnecessárias e inconvenientes, e que resulta[va]m, as mais das vezes, ou do desejo de originalidade, ou da cópia servil de modelos alienígenas que destoa[v]m de nossas tradições.” (ALVES, José Carlos Moreira, *Lições de um Código Atual - O Código Civil Português*, 1969, pág. 208 – <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66590/69200>, acesso em 2.05.2015.)

¹¹⁶⁸ DUARTE, Açucena/MACARINGUE, João/NHATITIMA, Pedro, *Revisão do Código Comercial de Moçambique*, Projecto de Cooperação CE-PALOP de Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários, Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, *Workshop 3 – Direito Comercial*, cit.

¹¹⁶⁹ Ibidem.

¹¹⁷⁰ Ibidem.

¹¹⁷¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro, e alterado pelo Decreto n.º 2/2009, de 24 de Abril. Quanto às vicissitudes da preparação do código, ver o nosso *Breves notas...*, cit., nota 112.

¹¹⁷² Mantendo em vigor a matéria relativa às cooperativas e ao comércio marítimo (Decreto-Lei n.º 2/2005, art. 2º, 1).

O código tem 838 artigos distribuídos por quatro livros: Livro I – Exercício da Empresa Comercial;¹¹⁷³ Livro II – Sociedades Comerciais;¹¹⁷⁴ Livro III – Contratos e Obrigações Mercantis;¹¹⁷⁵ Livro IV – Títulos de Crédito.¹¹⁷⁶

Da análise do código e da exposição das respectivas directrizes e objectivos, pode alcançar-se que: - o legislador se preocupou apenas com a opção entre codificação e descodificação do direito comercial, o que revela o grau de assimilação, pela comunidade jurídica moçambicana, da ideia da sua autonomia em relação ao direito civil, em termos de dualidade de códigos; - a codificação foi um meio de garantir uma maior acessibilidade e inteligibilidade da lei mercantil, reforçando a segurança jurídica, condição indispensável para um país que almeja atrair investidores estrangeiros, bem como uma oportunidade para rever, repensar e actualizar o tratamento jurídico dos instrumentos do exercício da actividade económica; - está bem presente a ideia de Miguel Reale: “no Código, aquilo que é duradouro; na ‘legislação aditiva – lei complementar’, a matéria sujeita a transformações”; - se mantém uma grande proximidade literal ao Código de Veiga Beirão, o que propicia incongruências e contradições evitáveis numa reforma desta magnitude; - não se aproveitou a oportunidade da elaboração de um novo código para abandonar definitivamente a velha teoria dos actos de comércio, recentrando o direito comercial na “categoria fundante” da empresa, antes se manteve, a par de referências estruturantes a esta última,¹¹⁷⁷ a noção de “acto de comércio”¹¹⁷⁸ e a presunção de comercialidade dos actos dos comerciantes/empresários, em termos tão próximos aos do art. 2º do Código de Veiga Beirão que sugerem a clássica relação tautológica entre ambas as noções (de acto comercial e de comerciante/empresário comercial);¹¹⁷⁹ - o art. 5º

¹¹⁷³ Arts. 1-81: inclui normas quanto à delimitação do âmbito da lei comercial, às noções de empresário comercial e empresa comercial, ao estatuto jurídico do empresário, aos auxiliares do empresário, aos lugares destinados ao comércio, ao estabelecimento comercial.

¹¹⁷⁴ Arts. 82-457.

¹¹⁷⁵ Arts. 458-633: define contrato mercantil e as regras gerais, como as da solidariedade passiva, da onerosidade e dos juros comerciais, regula as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão, tipifica um conjunto de contratos - compra e venda mercantil, reporte, escambo ou troca, fornecimento, prestação de serviços mercantis, agência, transporte (incluindo o transporte multimodal), associação em participação, consórcio. “No tocante ao Direito das obrigações, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra. Em diversos domínios há que operar a sua harmonização com o Código Comercial de 2005, o qual contém matéria genérica, como a relativa às cláusulas contratuais gerais.” (CORDEIRO, António Menezes, *O Sistema Lusófono de Direito*, cit.). Na ausência de regulamentação desta matéria no Código Civil moçambicano – que é o Código Civil português de 1966 sem as alterações introduzidas em Portugal após 1975 e com as resultantes da Lei da Família (Lei nº 10/2004) e da Lei de Terras (Lei nº 19/1997) -, foi ela incluída no Código Comercial: arts. 467º-473º para as cláusulas contratuais gerais e 474º-476º para os contratos de adesão. Em Portugal a matéria foi, como se sabe, objecto de regulamentação em legislação avulsa (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro) - para uma apreciação crítica deste diploma, ver VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., págs. 260 e ss. No Brasil as normas gerais encontram-se nos arts. 423 e 424 do Código Civil, sendo que o anteprojecto de novo Código Comercial contém regras que as complementam nos arts. 412-414.

¹¹⁷⁶ Arts. 634-838.

¹¹⁷⁷ V.g., art. 3º.

¹¹⁷⁸ Art. 4º.

¹¹⁷⁹ Art. 4º, 2: “Os actos praticados por um empresário comercial consideram-se tê-lo sido no exercício da respectiva empresa, se deles e das circunstâncias que rodearam a sua prática não resultar o contrário.” De notar que, nos termos do art. 2º, são empresários comerciais, para além das sociedades comerciais, as pessoas singulares ou colectivas que, em seu nome, por si ou por intermédio de terceiros, exercem uma empresa comercial. A relação tautológica não é, assim, tão clara como no código português (acto de

reproduz literalmente o art. 99º do Código Comercial português, sujeitando ao direito comercial todos os intervenientes no chamado acto misto, solução, como vimos, tradicional nos códigos oitocentistas, mas de que se afasta o anteprojecto de novo Código Comercial brasileiro (de salientar que, inexistindo, ao que sabemos, jurisdição comercial em Moçambique, o texto deveria ter sido corrigido); - no domínio da estrutura jurídica da empresa, se personaliza a empresa unipessoal através da figura da sociedade unipessoal por quotas¹¹⁸⁰ e se altera o quadro tradicional dos tipos societários pela introdução da sociedade de “capital e indústria”;¹¹⁸¹ - no último livro, relativo aos títulos de crédito, se seguiu de perto o legislador macaense de 1999: o tratamento da matéria abre com uma teoria geral dos títulos de crédito (inspirada no Código Civil brasileiro de 2002), incorporando depois as leis uniformes resultantes das Convenções de Genebra; - depois de uma hesitação inicial, ainda visível na epígrafe do art. 459º,¹¹⁸² se mantém o princípio comercial da liberdade de língua, uma das mais expressivas manifestações da histórica universalidade do direito mercantil (se bem que se imponha a tradução dos documentos redigidos em língua estrangeira por tradutor público ajuramentado como condição do seu valor probatório.)¹¹⁸³

Retomando o que já escrevemos sobre as tendências das recentes alterações legislativas no âmbito do direito comercial lusófono, podemos concluir:

- Há uma opção clara pela autonomia do direito comercial, na sua manifestação mais visível de dualidade de códigos, mantendo a velha tradição portuguesa;

comércio: art. 2º, 1ª parte » comerciante: art. 13º » acto de comércio: art. 2º, 2ª parte) mas a fórmula poderia e deveria ter sido evitada.

¹¹⁸⁰ Art. 328º.

¹¹⁸¹ Arts. 82º e 278º. O art. 82º, 1, consagra a noção de *sociedade comercial pela forma*, fazendo desaparecer a figura da sociedade civil em forma comercial (cfr. o art. 5º do DL 2/2005), norma que está em flagrante contradição com o artigo seguinte, que considera como condição essencial da comercialidade das sociedades a prática de “um ou mais actos de comércio”. Aliás, é patente a semelhança deste art. 83º com o art. 104º do Código de Veiga Beirão. A sociedade de capital e indústria é um tipo *sui generis*, com uma hibridez inspirada na sociedade em comandita, mas conteúdo radicalmente diferente: os sócios capitalistas, como o seu próprio nome indica, estão obrigados a contribuição de capital, e respondem limitadamente (tal como os comanditários), mas os sócios de indústria “apenas ingressam na sociedade com o seu trabalho e (que) estão isentos de qualquer responsabilidade perante os credores sociais.” (art. 278º, 1, b) – o que, destruindo a tradicional relação *sócio de indústria – responsabilidade “ilimitada”*, abre porventura novas perspectivas nesta matéria (*supra*, nota 743). [Note-se, todavia, que, apesar de desconhecida no actual direito português, a sociedade de capital e indústria não é uma inovação do legislador moçambicano, pois constava já do Código Comercial brasileiro de 1850 (arts. 317-324), tendo sido suprimida pelo Código Civil de 2002, com a diferença de que os sócios de capital não gozavam do benefício da limitação da responsabilidade (art. 320), que tudo indica a recebera de idênticas disposições do Código de Ferreira Borges (arts. 557 – 564).]

¹¹⁸² É a seguinte a epígrafe do art. 459º: “Adopção do idioma oficial”.

¹¹⁸³ Cfr. o art. 96º do Código de Veiga Beirão, praticamente transcrito no nº 1 do citado art. 459º. A restrição do nº 2 deste último artigo segue a linha actual segundo a qual a liberdade de língua é a regra no direito privado (e não só no direito comercial) quando estão em causa actos entre particulares, exigindo-se a língua oficial, em geral, nos actos públicos (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 548 e ss.).

- Esta autonomia, para além de legislativa (formal), é substancial ou jurídica, na medida em que releva da percepção de que as relações da vida económica contemporânea reclamam respostas diferenciadas;
- Autonomia que irradia da “categoria fundante” da empresa, reconhecendo que a experiência do século XXI, em vez de acentuar a “niveleção da zona privatística”, implica o reforço das características próprias das actividades económicas (pro-fissionalidade, dimensão, abertura territorial) que crescentemente as distinguem e exigem soluções jurídicas adaptadas;
- Assumindo, nesta perspectiva, primordial importância a consagração expressa, pelo legislador macaense, do direito de propriedade sobre a empresa, na esteira da visão unitária tão longamente defendida pela melhor doutrina portuguesa quanto ignorada pelo nosso legislador.¹¹⁸⁴

§ 4º - Outras experiências: os casos da Áustria, da Holanda e da Ucrânia

1. Direito austríaco

A Áustria tem uma tradição codificadora tão antiga quanto importante: o *ABGB* - *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de 1811, ainda em vigor, foi considerado à altura do *Code Civil* de que não recebeu grande influência.¹¹⁸⁵ Tradição que abrange a dualidade de códigos de direito privado, civil (comum) e comercial (especial).¹¹⁸⁶

Mas se no direito civil a opção codificadora precedeu em muito o direito alemão, já no domínio do direito comercial – e ao contrário do que sucedeu neste último e no de muitos outros países, em que o código comercial é anterior ao código civil – haveria que esperar pelo *ADHGB* de 1861,¹¹⁸⁷ adoptado pela Áustria em 1863,¹¹⁸⁸ que se manteria em vigor até ao *Anschluss* de 1938, por força do qual o *HGB*¹¹⁸⁹ passou a vigorar em território austríaco.

Preservado da ideologia nazi, o *HGB* foi mantido em vigor após o fim da II Guerra Mundial, pelo que, entre 1945 e 1998, o código comercial austríaco foi praticamente

¹¹⁸⁴ *Breves notas...*, cit., págs. 13714-13715. A falta de consagração legal de um direito de propriedade sobre o estabelecimento comercial traduz-se em manifesta insegurança jurídica, deixando menos acauteladas situações de crise da titularidade da empresa, como as resultantes de desapossamento involuntário (lembramos as ocupações de empresas) ou de constituição de garantias reais sobre ele (cfr., sobre a admissibilidade da figura do penhor de estabelecimento comercial, DUARTE, Rui Pinto, *O penhor de estabelecimento comercial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 63-77).

¹¹⁸⁵ *Supra*, nota 12. O texto actual do código civil austríaco, com a indicação e consolidação de todas as actualizações, pode ser consultado em <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (acesso em 6.05.2015).

¹¹⁸⁶ FOSTER, Nigel, *Austrian Legal System & Laws*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003, págs. 175 e ss.

¹¹⁸⁷ *Supra*, Cap. II, § 3º, 2.

¹¹⁸⁸ *Supra*, nota 196.

¹¹⁸⁹ *Supra*, Cap. II, § 3º, 3.

idêntico ao alemão.¹¹⁹⁰ A tal ponto que a reforma do *HGB*, em 1998,¹¹⁹¹ provocou o repensar do código austríaco, processo que culminaria, em 2006, com a sua revisão e redenominação para *UGB – Unternehmensgesetzbuch*.¹¹⁹²

O *UGB* substituiu o comerciante por “empresário” e “empresa”, abrindo com as respectivas definições: empresário é o que explora uma empresa,¹¹⁹³ constituindo esta uma organização que exerça, de modo estável e independente, uma actividade económica, ainda que sem fim lucrativo¹¹⁹⁴ - conceito delimitado pela exclusão dos profissionais liberais,¹¹⁹⁵ dos agricultores e silvicultores,¹¹⁹⁶ pela inclusão das sociedades¹¹⁹⁷ e pelo registo voluntário.¹¹⁹⁸

Continua-se, assim, o sistema subjectivo próprio do código alemão, tendo-se tentado ampliar o âmbito do tradicional direito comercial recorrendo à figura central da empresa, entendida como *organização* (donde os requisitos de estabilidade e autonomia) cujo fim é o exercício de qualquer actividade económica (material), independentemente de visar o lucro. Empresa que é aqui tomada como elemento aglutinador central do direito comercial, na linha de KARSTEN SCHMIDT,¹¹⁹⁹ sendo esta, porventura, a maior contribuição do *UGB*.¹²⁰⁰

2. Direito holandês

Uma outra experiência digna de relevo, para o propósito que nos vem ocupando, é a do actual código civil holandês, “a última codificação europeia do século XX”.¹²⁰¹

Pode dizer-se que a codificação moderna entrou na Holanda pela mão de Napoleão com o seu *Code Civil* que, após algumas hesitações, aí foi mandado aplicar em 1811,¹²⁰² regendo até 1838, ano em que foi substituído pelo primeiro código civil holandês. Apesar de muito criticado logo após a sua aprovação, este manteve-se, com as inevitáveis alterações, por mais de um século, pois, iniciado o processo de revisão em 1947 com a

¹¹⁹⁰ SIEMS, Mathias M., *The Divergence of Austrian and German Commercial Law: What Kind of Commercial Law Do We Need in a Globalised Economy?*, *International Company and Commercial Law Review*, Sweet & Maxwell, Issue 9, 2004, pág. 273.

¹¹⁹¹ *Supra*, Cap. II, § 3º, 3.

¹¹⁹² Código das Empresas. Pode ser consultado em <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001702> (acesso em 6.05.2015).

¹¹⁹³ § 1. (1).

¹¹⁹⁴ § 1. (2).

¹¹⁹⁵ § 4. (2).

¹¹⁹⁶ § 4. (3).

¹¹⁹⁷ § 2.

¹¹⁹⁸ §§ 3 e 4.

¹¹⁹⁹ SIEMS, Mathias M., cit., pág. 274; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 304.

¹²⁰⁰ Mesmo que a alteração possa ser mais terminológica do que substancial (SIEMS, Mathias M., cit., pág. 275, comparando o *UGB* com o *HGB* pós-1998 – e é-o sem dúvida, pois o foco na empresa está neste último bem claro: *supra*, Cap. II, § 3º, 3.), traduz a consagração legal da empresa como “elemento aglutinador” ou “bússola” do direito comercial.

¹²⁰¹ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 77.

¹²⁰² BERLEE, Anna, *A Matter of Honour, in Which a Small People Can Be Great – the Dutch Codification Efforts in Brief*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, cit., pág. 289.

solicitação de um anteprojecto ao professor EDUARD MEIJERS, o primeiro livro do novo código só entraria em vigor em 1970.¹²⁰³

O actual código civil (*Burgerlijk Wetboek*) é composto por dez livros, que vêm surgindo faseadamente, desde 1970,¹²⁰⁴ constituindo um dos seus traços essenciais a unificação dos direitos civil e comercial:¹²⁰⁵ o Código Comercial de 1838 (*Wetboek van Koophandel*) mantém-se parcialmente em vigor mas, à medida que o seu conteúdo é absorvido pelo código civil, vai-se progressivamente esvaziando até à extinção final.¹²⁰⁶

O direito comercial holandês encontra-se no código civil (funcionando como lei geral e também como lei especial para as partes já transferidas), no que resta do código comercial em extinção e nas leis avulsas.¹²⁰⁷

A unificação, porém, é, também aqui, vista como meramente formal (modo de organização e sistematização das normas jurídicas respectivas), sendo que a existência (e aumento recente) da legislação comercial avulsa e a pressão externa (europeia e internacional) que a motiva são razões da permanência do direito mercantil como “a specific field of law with its own specialist practitioners”.¹²⁰⁸

¹²⁰³ Ibidem. MEIJERS ter-se-á inspirado em parte no *Code Civil* e em parte no *BGB*. A este propósito, CLAUS-WILHELM CANARIS manifesta estranheza quanto ao facto de, tendo procurado “uma síntese entre elementos dos direitos francês e alemão”, o código civil holandês actual se tenha decidido contra a criação de uma “Parte Geral” (*Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 24). [Do ponto de vista do nosso estudo, tal síntese ficou ao lado, porquanto quer uma quer outra dessas ordens jurídicas mantêm a dualidade de códigos, civil e comercial.]

¹²⁰⁴ BERLEE, Anna, cit., pág. 291: dos dez livros que constituem o plano do código, só foram aprovados até agora nove – o primeiro (direito das pessoas e da família), como ficou anotado, em 1970, o segundo (pessoas jurídicas) em 1976, o oitavo (direito do transporte) em 1991, os terceiro (direito patrimonial em geral), quinto (direito de propriedade), sexto (das obrigações em geral), sétimo (direito dos contratos) e sétimo-A (direito dos contratos) em 1992, o quarto (direito das sucessões) em 2003 e o décimo (direito internacional privado) em 2012. O facto de normalmente se datar o código de 1992 deve-se ao ano em que cinco dos dez livros começaram a reger. [Para a descrição detalhada do conteúdo do código, A. e ob. cit., págs. 292 e ss.]

¹²⁰⁵ Devendo notar-se que se integraram no código civil, também, o direito do consumidor (Livros 6 e 7) e o direito do trabalho (Livro 7, Título 10): Idem, págs. 301 e 314.

¹²⁰⁶ Transferidos para o código civil os contratos comerciais, as sociedades anónima e por quotas, o direito dos seguros e dos transportes e parte substancial do direito marítimo, estão ainda no código comercial as disposições gerais sobre comerciantes e actos de comércio, os outros tipos de sociedades, bolsas e corretores, títulos de crédito e algumas normas sobre direito marítimo (Idem, págs. 298-299).

¹²⁰⁷ Como as leis sobre propriedade industrial, determinados aspectos das sociedades (simplificação dos *start-up's* empresariais, estilo *GmbH Light*; ou os recentes *Corporate Governance Act* e *Financial Markets Act 2013*, destinados a reforçar a governação das sociedades, cotadas e não cotadas, e a restringir o “activismo” dos investidores, através, entre outras medidas, da restrição do exercício de determinados direitos a sócios que detenham participações iguais ou superiores a um patamar definido, ou da possibilidade de identificação, pela sociedade, dos seus “investidores finais”), falência ou registo comercial, por exemplo. Relativamente à propriedade industrial, está prevista a inclusão no código civil (Livro 9) em conjunto com o direito de autor e direitos conexos sob a epígrafe “propriedade intelectual”; no entanto, parece que completar o código civil segundo o plano inicial deixou de ser uma prioridade (Idem, pág. 296).

¹²⁰⁸ HUIZINK, J. B., *Commercial Law*, CHORUS, Jeroen/GERVER, Piet-Hein/HONDIUS, Ewoud (ed.), Introduction to Dutch Law, fourth edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2006, pág. 205.

3. Direito ucraniano

Antigo membro da União Soviética, a Ucrânia ascendeu ao actual estatuto de independência em 1991, ano da desintegração do bloco comunista¹²⁰⁹ - estatuto consolidado pela aprovação da Constituição de 1996, do Código Civil de 2003 e do Código Económico do mesmo ano (os dois últimos vigentes desde 1 de Janeiro de 2004).¹²¹⁰

A independência política coincidiu, como se sabe, com a alteração substancial da concepção da sociedade e do Direito: da sociedade socialista (se bem que perdido já o ideal do estágio final da sociedade da plena igualdade e fraternidade, sem Estado e sem Direito) à sociedade de modelo ocidental assente na liberdade individual e na economia de mercado, do direito como instrumento da organização das forças económicas e de transformação das convicções e comportamentos dos cidadãos, com vista à implantação da sociedade comunista,¹²¹¹ ao Direito como ordem normativa assente no homem (na sua imane dignidade e liberdade) e preordenada a uma harmonia social justa, apesar de todos os desvios próprios da natureza humana.¹²¹²

Ideias que, destinadas a germinar naquele determinado ambiente histórico, psicológico e social, vieram informar a nova Constituição¹²¹³ e, por seu intermédio, as principais leis.¹²¹⁴

O ordenamento jurídico ucraniano assenta, no campo do direito privado, no Código Civil, que é considerado a lei geral ou comum, subsidiariamente aplicável às relações comerciais,¹²¹⁵ cuja disciplina se acolhe a um diploma próprio – o Código Económico.¹²¹⁶
1217

¹²⁰⁹ MAKUCH, Andrij, *Ukraine (Ukrayina)* - <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/612921/Ukraine> (acesso em 8.05.2015).

¹²¹⁰ A Constituição ucraniana pode ser consultada em http://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2013/11/08/constitution_14.pdf, o Código Civil em <http://www.lawkneu.org.ua/wp-content/pravo/Civil%20Code.pdf>, o Código Económico em <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6158> e as leis em geral em http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_country=UKR&p_classification=01.03&p_origin=SUBJECT (acesso em 7.05.2015).

¹²¹¹ DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, cit., pág. 142.

¹²¹² MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito...*, cit., págs. 7-62.

¹²¹³ A Constituição conforma a Ucrânia como um Estado de Direito democrático e social (art. 1), coloca o Homem no centro da ordem jurídica (art. 3), garante a propriedade privada (art. 41) e a liberdade de empresa (art. 42).

¹²¹⁴ Apesar das conhecidas dificuldades na transição, fortemente condicionada pela situação geográfica do país: ver, sobre as questões geoestratégicas que envolvem a Ucrânia, o comentário de GEORGE SOROS *The new Russia, the new Ukraine, and Europe's future* (3.02.2015) - http://www.ecfr.eu/article/commentary_the_new_russia_the_new_ukraine_and_europes_future417 (acesso em 8.05.2015).

¹²¹⁵ Ver, por exemplo, o art. 332. do Código Económico, quanto à aplicação subsidiária da lei civil às relações “económicas”. Quanto à relação direito comum-direito especial, cfr., por exemplo, os conceitos de empresa do Código Civil (art. 191.) e do Código Económico (art. 62.).

¹²¹⁶ Sobre esta matéria, ver OPRYSJKO, Dariia, *Enterprise and Union of Enterprises in Ukraine*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 Nº 1, pp. 351 - 365 [2014], que seguimos de perto (<http://derecho.uc.cl/Revista-Chilena-de-Derecho>).

¹²¹⁷ No período anterior à entrada em vigor destes códigos (2004), estas matérias eram reguladas pelo Código Civil de 1963 (de estilo soviético) e por leis especiais, como as leis de 1991 sobre a actividade empresarial e as empresas.

Redigido num estilo muito minucioso e casuístico que o aproxima dos “códigos” anglo-saxónicos, o Código Económico¹²¹⁸ excede largamente os limites tradicionais de um código comercial, abrangendo a disciplina de um vasto conjunto de matérias, de direito privado e de direito público (administrativo, fiscal, penal), constituindo expressão legislativa de um “direito económico” ou de um “direito do mercado”.¹²¹⁹ Desdobra-se em oito secções, subdivididas em capítulos: - princípios gerais da actividade económica (regras gerais, defesa da concorrência, actividades não comerciais, empresa¹²²⁰); - propriedade e outros títulos de utilização dos meios de produção (direito de “gestão económica” e direito de “gestão operacional”), incluindo um capítulo sobre sociedades;¹²²¹ - obrigações económicas (regras gerais: sobre as fontes, constituição, validade, cumprimento e não cumprimento, extinção; contratos económicos; contratos com o Estado; contratos de adesão; contratos celebrados em bolsas, feiras e leilões; normas sobre a formação e regulação de preços); - responsabilidade pelo exercício da actividade económica (incluindo sanções administrativas e penais); - sectores de actividade económica (classificação dos sectores de actividade económica; definição de diversos contratos enquadrados nesses sectores: fornecimento de produtos, incluindo produtos agrícolas (arts. 265.-274.), fornecimento de energia (arts. 275.-277.), locação comercial, incluindo locação de empresas ou suas divisões, arrendamento de terrenos e/ou edifícios e aluguer de bens para o exercício de actividade económica, aquisição pelo locatário de empresas públicas objecto de locação/privatização (arts. 283.-291.), *leasing* (art. 292.), troca ou escambo (art. 293.), depósito em armazém (art. 294.), agência (arts. 295.-305.), transporte de mercadorias, ferroviário, rodoviário, marítimo, aéreo e por *pipeline*, incluindo o transporte intermodal (arts.306.-315.), expedição (art. 316.), empreitada (arts. 317.-324.), desenvolvimento e transferência de tecnologia (art. 331.), concessão comercial (arts. 366.-376.), direito bancário (arts. 333.-351.),¹²²² direito dos seguros (arts. 352.-355.),¹²²³ direito dos valores mobiliários (arts. 356.-361.),¹²²⁴ normas sobre entidades e serviços de auditoria (arts. 362.-365.); - actividade económica estrangeira (exercício por empresas nacionais de actividade económica no estrangeiro, investimento estrangeiro na Ucrânia e contratos relacionados, regime aduaneiro e fiscal); - regimes especiais de exercício de actividade económica (zona económica exclusiva, zonas económicas especiais – *off-shores*); - disposições finais.

¹²¹⁸ Que, podendo não ser um “bloco de leis”, não é, rigorosamente, um código.

¹²¹⁹ Direito de uma categoria de organização, a empresa, e do quadro jurídico em que essa organização actua e evolui, o mercado, ou direito económico (VOGEL, Louis, cit., pág. 5; CUNHA, Paulo Olavo, cit., págs. 6-7 e nota 7 – *supra*, nota 1026). Voltamos, assim, a uma concepção próxima da defendida por DOMAT e VITAL ROUX, recusada pelo *Code de commerce* na linha do direito francês anterior (*supra*, nota 157) – regresso a que, para além da tendência já surpreendida (*supra*, nota 859), não será alheio o específico contexto político da Ucrânia.

¹²²⁰ Definindo e regulamentando as diversas espécies de empresas: privadas, municipais, estatais, de economia mista, de propriedade social (arts. 62. e ss.)

¹²²¹ Mas excluindo a propriedade industrial, que tem leis próprias (cfr. <http://www.uipv.org/en/legislation.html> - acesso em 8.05.2015).

¹²²² Compreendendo o direito institucional e regulatório.

¹²²³ *Idem.*

¹²²⁴ *Idem.*

§ 5º - As grandes linhas da codificação comercial na actualidade

Se é certo que das ordens jurídicas analisadas só cerca de metade dispõe hoje de um código comercial, a unificação das matérias mercantis no código civil é, em regra, formal e parcial.¹²²⁵ E há que ter em conta os novos projectos, como o espanhol ou o brasileiro (ambos tão próximos de nós), que apontam no sentido da dualidade de códigos.

Exceptuando os sistemas anglo-saxónicos, a consideração do direito comercial como direito privado especial é unânime, mesmo nos ordenamentos que procederam à unificação¹²²⁶ e nos que alargaram o perímetro jurídico-mercantil muito para além do que é tradicional.¹²²⁷

Por outro lado, a fragmentação do direito comercial, expressa na dispersão das suas normas, é uma tendência geral, que se verifica tanto nos sistemas de *civil law* como nos de *common law*.

A superação da teoria dos actos de comércio e a sua substituição pela visão da empresa como elemento aglutinador da matéria mercantil é, também, uma linha de evolução que se generaliza¹²²⁸ e, com ela, um retorno, se não a uma concepção subjectiva do direito comercial, pelo menos a um “ponto de partida” subjectivo para um sistema que se mantém misto.¹²²⁹

Exclui-se, geralmente,¹²³⁰ a tutela do consumidor do âmbito do direito comercial, dividindo-se as soluções entre a codificação autónoma,¹²³¹ ou lei específica,¹²³² e a integração no código civil.¹²³³

¹²²⁵ Vejam-se os casos paradigmáticos de Itália ou do Brasil.

¹²²⁶ Por exemplo, no Brasil e na Argentina fala-se em “microssistemas” do “macrossistema” representado pelo código civil unificado para designar áreas específicas do direito comercial; no Paraguai a Lei do Comerciante revela bem essa especialidade.

¹²²⁷ Como o Código Económico da Ucrânia (que, como vimos, integra normas de direito público) e, em menor grau, o projecto espanhol. Quanto ao âmbito material do direito comercial, as diversas soluções concretas estão longe de ser uniformes, sendo que se observa uma tendência recente para o alargar a actividades económicas tradicionalmente excluídas (agricultura, artesanato, profissões intelectuais) – caso da proposta de novo código comercial de Espanha – e mesmo às actividades económicas não lucrativas (códigos da Áustria e da Ucrânia) – tendência esta que anda a par com a assunção da empresa como centro ou ponto focal do direito comercial, pois o elemento distintivo estaria aí, na *empresa*, e não na natureza da actividade seu objecto. A delimitação das fronteiras do direito comercial é, assim, um problema em aberto (*supra*, nota 1037).

¹²²⁸ HGB pós-1998, Código Comercial de Macau, Código Comercial de Moçambique, UGB austríaco, projectos espanhol e brasileiro. A elevação da empresa a “bússola do sistema”, sobrepondo-se à natureza da actividade prosseguida, traz consigo a eficácia constitutiva do registo (condição da sua comercialidade) e a necessidade de tratamento diferenciado das pequenas empresas e pequenos empresários para os libertar de obrigações que constituíssem ónus desproporcionados (cfr., quanto ao projecto de novo código comercial brasileiro, *supra*, nota 1165; uma área em desenvolvimento em que se impõe a consideração especial das pequenas e médias empresas é a da governação societária: ver SANTOS, Fernando Teixeira dos, *Discurso do Ministro de Estado e das Finanças*, AA.VV., A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, cit., pág. 13).

¹²²⁹ Com a vantagem da eliminação da relação tautológica entre os conceitos de “acto de comércio” e de “comerciante”.

¹²³⁰ Com excepção do Uniform Commercial Code (*supra*, notas 227 e 806; e também, quanto ao direito quebequiano, nota 788).

¹²³¹ Brasil, França, Itália.

¹²³² Caso do Japão (*supra*, nota 875).

¹²³³ Alemanha (*supra*, nota 227), Espanha (em perspectiva).

Desenha-se uma tendência para incluir no código comercial a disciplina da concorrência,¹²³⁴ incluindo a concorrência desleal, que é assim retirada do seu contexto clássico (propriedade industrial).¹²³⁵

A jurisdição comercial foi, em geral, abandonada enquanto jurisdição de classe, mas nota-se a opção crescente por tribunais de competência especializada cujo preenchimento material não corresponde, por via de regra, ao âmbito do direito comercial respectivo.¹²³⁶ Verifica-se, ainda, um renovado apelo à codificação, tanto no direito comercial como no civil, reconduzindo-se certas matérias, descodificadas ou originariamente avulsas, aos códigos, antigos ou novos¹²³⁷ - apelo que, na esteira do Uniform Commercial Code e como aspecto da mais geral aproximação ao *civil law*, ganha adeptos no mundo anglo-saxónico.¹²³⁸

Para além destas linhas tendenciais, a análise empreendida revela outras questões que, julgamos, não podem deixar de ser ponderadas quando se considera o problema da codificação do direito comercial português: - no domínio da política legislativa, é essencial o compromisso político, ao mais alto nível de decisão, com a reforma, de modo a torná-la possível, de qualidade, duradoura e imune às contingências políticas;¹²³⁹ - na área da técnica legislativa, um código só fará sentido se for “*a flexible framework*” e não a “*straitjacket*”;¹²⁴⁰ - no plano formal-sistemático, haverá que evitar as recodificações desfiguradoras¹²⁴¹ ou o desejo de refazer um código comercial à antiga, sendo de respeitar as disciplinas que se autonomizaram de modo coerente e consistente, alicerçadas na elaboração doutrinária e jurisprudencial,¹²⁴² mas não perdendo a oportunidade de examinar com atenção recolocações de matérias que cortam com uma longa tradição.¹²⁴³

¹²³⁴ Código Comercial de Macau (*supra*, § 1º, 8.2.).

¹²³⁵ *Supra*, notas 947 e 1077.

¹²³⁶ *Supra*, nota 239.

¹²³⁷ Alemanha, relativamente ao BGB; Espanha, na proposta de novo Código de Comercio.

¹²³⁸ *Supra*, Cap. III. Se bem que o termo *code* é, aí, usado, como sabemos, no sentido de compilação/consolidação; mas a via está aberta.

¹²³⁹ Contingências políticas que se revelam, por exemplo, no *modelo actual de redacção difusa da lei* (*supra*, nota 997) e na utilização das reformas como “‘arma de arremesso’ político-partidária” (PINTO, Paulo Mota, *O Código Civil Português: “De uma possível tendência para o esvaziamento a uma também possível necessidade de reforma”?* *Algumas reflexões*, Themis, 2008, Edição Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, pág. 38).

¹²⁴⁰ *Supra*, nota 888.

¹²⁴¹ Estilo *codification à droit constant*: cfr. *supra*, § 1º, 4.

¹²⁴² Caso, entre nós, indiscutivelmente, do direito das sociedades: ver, por exemplo, AA.VV., *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, cit.

¹²⁴³ Como é o exemplo, já referido, da concorrência desleal – que suscita, também, a questão da descriminalização de comportamentos em matéria comercial (*supra*, nota 947; *infra*, Parte II, Cap. III, § 4º, 2.3.).

PARTE II
O direito comercial português

Capítulo I – O estado da legislação comercial

“Compilar e redigir um código qualquer é sem dúvida a mais árdua tarefa do jurisconsulto”

José Ferreira Borges¹²⁴⁴

§ 1º - Breve recapitulação do período de formação do nosso direito comercial

Podem distinguir-se, no período de formação do nosso direito comercial, três fases: “a primeira vai desde o início da nacionalidade até às Ordenações Afonsinas; a segunda começa com estas Ordenações para terminar imediatamente antes da Lei da Boa Razão; a terceira estende-se desde a Lei da Boa Razão até ao advento do Código de 1833.”¹²⁴⁵

a) Da fundação da nacionalidade até às Ordenações Afonsinas

No primeiro dos períodos históricos assinalados,¹²⁴⁶ a economia portuguesa era fundamentalmente agrária. Nos meios rurais a agricultura era a única actividade económica, destinada à subsistência dos produtores e ao pagamento dos meios de produção (essencialmente a utilização da terra que, em regra, não pertencia ao produtor agrícola) e dos impostos. “Não se produzia com a ideia de obter excedentes destinados a negócio, ou para obter lucros. Quando muito, haveria alguns géneros ou algumas cabeças de gado dispensáveis para efeitos de troca por outros bens.”¹²⁴⁷

Nos meios urbanos o panorama era diferente: as populações das vilas e cidades precisavam dos produtos agrícolas produzidos pelos camponeses dos arrabaldes, o que estimulava o negócio, quer pela permuta directa de mercadorias (troca ou escambo) quer pela compra e venda (com intervenção do dinheiro). Nas povoações urbanas (as de maior dimensão) aparece, assim, o *mercado* periódico, destinado ao abastecimento corrente, em que os lavradores vizinhos e os mercadores de passagem vendem os seus produtos; em, algumas delas, como Lisboa, a par do mercado diário, havia tendas permanentes, que, depois da conquista, passaram a pertencer ao rei – tendas em que estavam estabelecidos, mediante arrendamento, pequenos comerciantes e artífices.

Nas povoações portuárias do litoral, frequentadas por embarcações estrangeiras, iniciou-se o comércio marítimo, exportando-se sal, vinho e azeite, e importando-se tecidos.

Os *mercadores* estabeleciam o contacto entre a economia das várias povoações, e do país com o estrangeiro, percorrendo “os caminhos com as mercadorias carregadas em azêmolas, armados para se defenderem de assaltos, e frequentando castelos, senhorios,

¹²⁴⁴ *A Sua Magestade Imperial o Senhor D. Pedro Duque de Bragança*, cit.

¹²⁴⁵ OLAVO, Fernando, cit., pág. 25, que aqui se segue de perto.

¹²⁴⁶ É geralmente considerado o ano de 1446 como a data da elaboração da primeira compilação do direito pátrio, as Ordenações Afonsinas: cfr. CAETANO, Marcello, cit., págs. 534-535.

¹²⁴⁷ *Idem*, págs. 196-197.

feiras e mercados onde vendiam os artigos do seu sortido, pagando o tributo devido pelas transacções – a *portagem* – que os forais fixavam para cada concelho. A conveniência de fomentar o comércio levou os reis a conceder facilidades aos mercadores ambulantes, bem como aos *recoveiros* que mantinham as comunicações entre lugares distantes, transportando os recados e as encomendas que lhes eram confiadas.”

“Quanto às actividades que podemos chamar industriais, nas zonas rurais por via de regra, eram desempenhadas pelos próprios lavradores, que ocorriam às suas necessidades cozendo o pão, curtindo as peles, fazendo o vestuário, construindo a casa. Nos domínios senhoriais havia servos especializados em cada uma dessas actividades que exerciam por encargo do senhor, como *ministeriales*. Mas é nos meios urbanos que os artífices aparecem como homens livres.”

“No foral de Lisboa, de 1179, por exemplo, faz-se referência aos ferreiros, aos tratadores de peles (peliteiros), aos padeiros, aos oleiros e aos sapateiros. Também nas povoações costeiras se individualizam os pescadores. As actividades artesanais eram consideradas de inferior condição, talvez por serem servos os que inicialmente as desempenhavam.”

“Em toda a economia da época se nota a sujeição dos produtos à coroa e às classes senhoriais. Nos domínios agrários, essa sujeição resulta da raridade das propriedades alodiais¹²⁴⁸ e do facto de a maior parte das terras exploradas serem rendeiças ou foreiras, incidindo sobre elas vários encargos. Por toda a parte se encontram monopólios da coroa ou dos senhores, respeitantes a actividades de que os particulares estão banidos e que por isso correspondem ao exercício do que mais tarde, por influência estrangeira, se chamaria *direitos banais*: os lavradores não podiam fazer vinho ou azeite senão nos lagares senhoriais, tinham de ir moer os cereais aos moinhos ou azenhas do rei ou do senhor e de nos fornos destes cozer o seu pão, etc.”¹²⁴⁹

“Havia um período a seguir às vindimas, a época do *relego*, em que só o rei podia vender vinho, tendo os outros produtores que esperar que esse período terminasse para venderem o deles.”

“Nos forais os vizinhos dos concelhos eram por vezes isentos de alguns desses monopólios, mas outros encargos subsistiam, embora fixados pela carta como regime colectivo do município.”¹²⁵⁰

Nesta época é o comércio que valoriza os núcleos populacionais, que desenvolve relações com o resto da península ibérica e com países estrangeiros, por via marítima, em especial com a Itália, a França, a Inglaterra.

Os reis, reconhecendo a importância das feiras, fomentam-nas, especialmente a partir de D. Afonso III, através das *cartas de feira*, em que se garantia a segurança e a liberdade dos feirantes, a *paz da feira*.

¹²⁴⁸ A propriedade alodial ou alodio correspondia aos casos (muito raros) em que a propriedade plena da terra pertencia a um plebeu (Idem, pág. 196).

¹²⁴⁹ *Direitos banais* que só viriam a ser suprimidos pela Lei de 22 de Junho de 1846 (cfr. ANTHERO, Adriano, cit., pág. 636).

¹²⁵⁰ CAETANO, Marcello, cit., págs. 197-198.

O comércio contribui para o desenvolvimento da indústria, das actividades artesanais de transformação de matérias-primas em bens úteis ao consumidor; e também para a intensificação do uso e circulação da moeda.¹²⁵¹

No começo da nacionalidade, o comércio regia-se fundamentalmente por usos e costumes, por normas consuetudinárias, para além de umas quantas disposições de direito romano, visigótico e canónico.

Em 1211 começam a surgir leis gerais, como a célebre *Lei dos arrojos* de D. Afonso II, que proibia a apropriação dos objectos arremessados à costa, “ou seja, o Rei determinava que fossem entregues aos seus donos quaisquer mercadorias de navios naufragados nas costas ou portos portugueses.”¹²⁵² A que se seguem outras leis, como, por exemplo, a lei de D. Afonso III que fomentou e protegeu as feiras e mercados,¹²⁵³ as leis marítimas de D. Dinis, a lei de D. Afonso IV sobre o fretamento e carga dos navios, as leis de D. Fernando relativas às *bolsas marítimas* (instituições de seguro marítimo mútuo) e ao registo de navios.

b) Das Ordenações Afonsinas à Lei da Boa Razão

Pode dizer-se que o grande problema económico português na transição para a época moderna foi o abastecimento de alimentos à população: “O Reino no seu conjunto, não tem em si pão bastante com que possa viver”.¹²⁵⁴ Daqui resultou uma intervenção pública de regulamentação dos mercados e dos ofícios, incluindo a criminalização de comportamentos considerados especulativos.

Com os descobrimentos, “o comércio português alarga-se à costa africana do atlântico com a instalação da feitoria-fortaleza de S. Jorge da Mina e a colonização das ilhas de S. Tomé e Cabo Verde”, estendendo-se depois à Índia, “iniciando os portugueses no Oriente o ‘comércio e trato’, onde fundaram novas feitorias e cria[ra]m a rota do Cabo...”¹²⁵⁵

Na economia portuguesa da época moderna, o comércio destaca-se de entre as actividades produtivas, desenvolvendo-se com a colocação dos produtos coloniais nos mercados estrangeiros; e, após um período de declínio correspondente à Restauração, retoma a prosperidade com a exploração do ouro do Brasil – situação favorável que terminaria com a quebra da exploração do ouro brasileiro, depois de 1750.

Em suma, pode dizer-se que, no quadro económico moderno, o comércio externo, alimentado pela exploração dos produtos coloniais e enquadrado pela aliança com a

¹²⁵¹ Idem, págs. 275-278.

¹²⁵² MESQUITA, Amílcar da Costa P., *O Direito Comercial até à Lei da Boa Razão no Quadro Económico Português*, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem Aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata), pág. 193.

¹²⁵³ Lei de Almotacaria: cfr. MALTEZ, José Adelino, *Crónica do Pensamento Político, editada em Dili, na ilha do nascer do sol, finais de 2008* - <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/1250-1299/1253.htm> - acesso em 1.06.2015). Sobre a importância desta lei, em aspectos como a consideração do interesse público do abastecimento das populações, o tabelamento dos preços, a defesa dos economicamente mais desfavorecidos, o combate à fraude, em particular no que tocava aos pesos e medidas, o sistema público de fiscalização pelos almotacés, etc., ver MESQUITA, Amílcar da Costa P., cit., págs. 193-195.

¹²⁵⁴ Idem, pág. 196.

¹²⁵⁵ Idem, pág. 197.

Inglaterra,¹²⁵⁶ foi a base da economia portuguesa. Base protegida e reforçada pela política económica pombalina que, inspirada pelas doutrinas mercantilistas, a nacionalizou e monopolizou, essencialmente através das companhias majestáticas – a do Grão-Pará e Maranhão (1755), a da Agricultura dos Vinhos do Alto Douro (1756) e a do comércio de Pernambuco e Paraíba (1759) -, conseguindo que Portugal reassumisse a posição de um grande entreposto do comércio euro-atlântico, situação que se manteve até às invasões francesas.¹²⁵⁷

As Ordenações Afonsinas, primeira compilação e sistematização do direito vigente em Portugal, recorreram largamente ao direito romano e canónico e recolheram as leis anteriores e os costumes nacionais e locais – costumes estes que assim se converteram em leis gerais.

As Ordenações Manuelinas – publicadas em 1514 e revistas em 1521¹²⁵⁸ – conservaram o mesmo sistema, espírito e princípios gerais das anteriores, actualizando-as e aperfeiçoando-as. Incluíram, designadamente, regras sobre a *quebra dos comerciantes, comércio externo e marítimo e contrato de câmbio*.

Merece, neste período, referência especial o Tratado de Seguros de Pedro de Santarém (ou Santerna), cuja primeira edição foi publicada em 1552.

No reinado de D. Sebastião publica-se a Lei de 1564 sobre a *compra de mercadorias a crédito* bem como as leis de 16 de Janeiro e 30 de Julho de 1570 que introduziram restrições ao mútuo – restrições que, “pelo seu próprio carácter anti-natural,”¹²⁵⁹ não duraram muito.

O Cardeal D. Henrique cria o tribunal do consulado, destinado às questões mercantis, tendo Filipe I confirmado esta decisão e dotado este tribunal de um regimento próprio em 1594.¹²⁶⁰ Este tribunal foi abolido pelo alvará de 13 de Fevereiro de 1602, sendo certo

¹²⁵⁶ Acerca dos benefícios económicos e políticos da aliança luso-britânica, particularmente em resultado do Tratado de Methuen, cujo balanço é altamente favorável para a Inglaterra e desfavorável para Portugal, MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., págs. 181-182 (nota 90); NUNES, A. J. Avelãs, *Os Sistemas Económicos*, BCE XVI (separata), Coimbra, 1975, pág. 76.

¹²⁵⁷ MESQUITA, Amílcar da Costa P., cit., págs. 198-199. Sobre a introdução tardia do mercantilismo em Portugal, cfr. MARTÍNEZ, Soares, ult. ob. cit., págs. 179-183; GODOY, Arnaldo Moraes, *A Completude do Ordenamento Jurídico na Lei da Boa Razão: A Teoria de Norberto Bobbio e a Experiência Jurídica Pombalina*, Scientia Iuris, v. 2/3 (1998/1999), pág. 201 (<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/issue/view/418> - acesso em 2.06.2015), Autor que refere o desenvolvimento das indústrias de luxo, na linha do mercantilismo clássico, e a promoção do comércio que de “sordida arte” passou a “profissão nobre” (ob. cit., pág. 202).

¹²⁵⁸ Ao contrário das Ordenações Afonsinas, manuscritas – o que dificultou a sua divulgação e utilização -, as Ordenações Manuelinas já foram impressas (CAETANO, Marcello, cit., págs. 620 e ss.). As Ordenações Manuelinas introduziram em Portugal a *communis opinio doctorum* que, como aconteceu nos outros países da Europa, passou a vigorar entre nós como direito subsidiário (MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., pág. 15 e nota 21). Ver, também, sobre a influência das escolas italianas medievais em Portugal, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, BFD XXXVI, 1960, pág. 24, e *La Présence d’Accurse dans l’Histoire du Droit Portugais*, BFD XLI, 1965, pág. 48.

¹²⁵⁹ OLAVO, Fernando, cit., pág. 31.

¹²⁶⁰ O tribunal do consulado desempenhou um papel muito importante na génese do direito comercial português. Tratava-se de uma jurisdição comercial com duas instâncias, constituída por juizes mercadores (um prior e dois cônsules), um letrado assessor, um juiz de apelações e quatro conselheiros, julgando segundo a equidade e sem dependência de formas solenes. O seu regimento continha normas de direito adjectivo e de direito substantivo, como, por exemplo, relativas a matrícula de comerciantes, seguro marítimo, falência, câmbio e corretores. A definição da competência material do tribunal do consulado – assente não apenas nos negócios praticados pelos mercadores mas em “todas e quaesquer couzas tocantes,

que, não obstante, as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, continuam a referir-se ao Prior e aos Cônsules, como existentes ainda, com competência para conhecer de quebras. E parece que os comerciantes de Lisboa mantiveram sempre um tribunal com algumas das atribuições do tribunal do consulado, a *Meza do Bem Comum dos Homens de Negócio*, que viria a ser substituída pela Junta do Comércio, criada em 1788.

As Ordenações Filipinas são uma recompilação e actualização das Ordenações Manuelinas – função que estas haviam desempenhado em relação às Ordenações Afonsinas -, tendo incluído as leis posteriores, principalmente as contidas na colecção de Duarte Nunes de Leão. Depois das Ordenações de 1603 publicaram-se leis extravagantes em matéria mercantil, designadamente sobre letras de câmbio, seguros, corretores, contrato de risco marítimo e empréstimo.¹²⁶¹

c) Da Lei da Boa Razão ao advento do Código de 1833

A proliferação destas leis extravagantes, a estrutura do ordenamento jurídico nacional constante das Ordenações Filipinas – em cujo quadro das fontes do direito se incluíam o *ius proprium* (Leis do Reino, Estilo da Corte e Costume, quer geral quer local) e, como direito subsidiário, os “Sagrados Cânones” e as “Leis Imperiais”;¹²⁶² e as inúmeras lacunas das leis mercantis,¹²⁶³ porventura resultantes da falta de conhecimento e de compreensão dos legisladores relativamente às novas realidades económicas – lacunas que não podiam, naturalmente, ser colmatadas com recurso nem ao direito canónico nem ao direito romano, não servindo para isso de ajuda nem as glosas de Acúrcio nem as opiniões de Bártolo –, conduziram a uma situação de grande desadequação do direito vigente à realidade económica do tempo, pautada pelo comércio euro-atlântico e pelos esforços pombalinos no desenvolvimento industrial.

Acresce que as referidas leis extravagantes alteravam continuamente a legislação estabelecida – “e de tal modo se avolumou o numero dessas leis, e tão grande foi a anarchia que com as suas alterações ellas vieram estabelecer na ordem jurídica, que, no dizer de Coelho da Rocha, não era licito aspirar, não já a conhecer com segurança o regimen estabelecido sobre qualquer ponto, mas simplesmente a organizar uma collecção completa dos diplomas em vigor.”¹²⁶⁴

conservantes, e dependentes de Mercancia”- é apontada como um germen da concepção objectiva do direito comercial (OLAVO, Fernando, cit., pág. 32). Sobre o tribunal do consulado e a jurisdição comercial da época em geral, ver uma descrição mais pormenorizada em COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 4 e ss.

¹²⁶¹ O empréstimo foi um negócio a que se prestou sempre muita atenção, tanto nas várias Ordenações como em leis extravagantes, dado o melindre da questão do juro e da usura perante o Direito Canónico. O Alvará de 17 de Janeiro de 1757 é disso um bom exemplo ao limitar o juro à taxa de 5% ao ano (OLAVO, Fernando, cit., pág. 34). Sobre a questão do juro e da usura numa perspectiva histórica, MARTÍNEZ, Soares, ult. ob. cit., págs. 149-150.

¹²⁶² MESQUITA, Amílcar da Costa P., cit., págs. 199-200. Quadro ou sistema de fontes constante do Título LXIV do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas: cfr. sobre o ponto CABRAL, Gustavo César Machado, *A Lei da Boa Razão e as Fontes do Direito: Investigações sobre as Mudanças no Direito Português do Final do Antigo Regime*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, pág. 6117 (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GCabral.pdf - acesso em 2.06.2015).

¹²⁶³ OLAVO, Fernando, cit., pág. 35.

¹²⁶⁴ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 3.

Para estabelecer uma “certa ordem no direito pátrio”,¹²⁶⁵ o Marquês de Pombal faz promulgar a Lei de 18 de Agosto de 1769, “crismada no século XIX de Lei da ‘Boa Razão’”.¹²⁶⁶

A Lei da Boa Razão não é uma lei revolucionária, não representa uma ruptura com o direito anterior, não é ainda o corte da ponte mas está já “pejada de modernidade”:¹²⁶⁷ na interpretação autêntica, na racionalização do direito romano,¹²⁶⁸ na laicização do sistema normativo, no condicionamento do costume¹²⁶⁹ e na conciliação das leis nacionais não só com os seus contextos originais, como com as novas correntes.¹²⁷⁰

Em matéria comercial, dispunha a Lei da Boa Razão que, nos casos omissos, se deveriam aplicar as *leis económicas, mercantis e marítimas das nações civilizadas*. Tem esta lei o mérito de distinguir o direito comercial do civil e de salientar o carácter cosmopolita do primeiro. No entanto, em vez de introduzir ordem na legislação, veio a constituir, ela própria, um elemento perturbador, já porque se levantavam dúvidas sobre o que fossem as *leis económicas*, já porque “cada juiz recorria às leis estrangeiras que melhor conhecia ou que considerava mais justas, aumentando-se assim a incerteza. Ao caos legislativo seguia-se, pois, o caos jurisprudencial, que não pôde sequer ser remediado pelos assentos da Casa da Suplicação.”^{1271 1272} Acresce que, nesta época, foram publicadas numerosas leis extravagantes, como o diploma de 7 de Setembro de 1769, que permitiu “estabelecer Capellas em dinheiro de juros”, o alvará de 16 de Janeiro de 1793, que legalizou as “letras da terra”, e o alvará de 12 de Outubro de 1808, que criou no Rio de Janeiro o primeiro banco público português.¹²⁷³

¹²⁶⁵ OLAVO, Fernando, cit., pág. 35.

¹²⁶⁶ MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 160; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 357.

¹²⁶⁷ MARQUES, Mário Reis, ult. ob. e loc. cit.

¹²⁶⁸ A Lei da Boa Razão apelida de “inadmissível jurisprudência” a prática seguida até à sua publicação de interpretar restritivamente ou extensivamente o direito pátrio segundo o critério da compatibilidade com as “leis imperiais”: MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., pág. 17 e nota 24.

¹²⁶⁹ Sobre as novas condições (restritivas) de validade do costume impostas pela Lei da Boa Razão, ver CRUZ, Guilherme Braga da, *Obras Esparsas*, II, 2ª parte, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1981, págs. 401 e ss., nota 2.

¹²⁷⁰ MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 161.

¹²⁷¹ OLAVO, Fernando, cit., págs. 35-36, que acrescenta que, à sombra da Lei da Boa Razão, se recorria, por exemplo, à Ordenança de Catarina II da Rússia e à Ordenança de Marinha de Luís XIV em matéria de direito marítimo, ou à Ordenança de Comércio, também de Luís XIV, em matéria de letras de câmbio.

¹²⁷² Sobre o ponto, COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 3, e MARQUES, Mário Reis, ult. ob. cit., págs. 164-165. Por um lado, a lei pombalina aposta no progresso, ao convocar as leis das nações iluminadas e polidas, apelo a que não é, naturalmente, estranha a necessidade de adequar o direito às novas exigências do comércio internacional bem como a constatação de que nesses circuitos de ‘conveniência’ o direito romano de cepa bartolista já de nada servia; por outro, essa mesma convocação subsidiária não estava isenta de dúvidas, bem pelo contrário – não se indicam os países “iluminados” nem sequer um critério de hierarquização entre esses direitos potencialmente concorrentes. Sintomática, a este respeito, a apreciação de CORRÊA TELLES, citado por FERNANDO OLAVO (ult. ob. e loc. cit.): “Porém podendo, e devendo com justa razão ter-se por civilizadas todas as Nações da Europa, só se exceptuarmos a Turquia; e tendo cada huma os seus Estatutos; muitas vezes nos acontece e achamos disposições encontradas sobre o mesmo caso. Eis aqui aberta a porta ao arbitrio dos Julgadores, que podem conformar-se a esse ou aquelle Estatuto, como lhe parecer (...). Melhor fora talvez, que a nossa Lei nos casos omissos mandasse recorrer às Leis Mercantis, e Marítimas de tal ou tal Nação: conseguir-se-ha assim mais certeza, e menos arbítrio”.

¹²⁷³ OLAVO, Fernando, cit., págs. 36-37. A versão digitalizada da publicação original deste Alvará, que cria o primeiro “Banco Nacional” para “animar o commercio”, pode ser consultada em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-40256-12-outubro-1808-572428-publicacao>

§ 2º - A codificação

1. Enquadramento histórico e económico

Por decreto de D. Maria I, de 31 de Março de 1778 – em plena época de Despotismo Esclarecido¹²⁷⁴ –, foi criada uma comissão com o objectivo de elaborar um Novo Código (geral, incluindo direito público e privado, designadamente comercial)¹²⁷⁵ que substituísse a velha legislação constituída pelas Ordenações Filipinas e pelas leis extravagantes, trabalhos em que participaram juristas de relevo como DUARTE ALEXANDRE HOLBECHE, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE e ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS.

O projecto do Novo Código fracassou, tendo sido dirigida, em 1808, ocupado o país pelo exército de Junot, uma petição (“supplica”) a Napoleão, solicitando, entre outras coisas, a outorga de uma constituição e que o *Code Napoléon* aqui fosse posto em vigor, para o que chegou a ser traduzido¹²⁷⁶ - desiderato que não chegou a ser cumprido. E, como se sabe, foi preciso esperar mais de meio século pelo nosso primeiro código civil.¹²⁷⁷

As invasões francesas (1807-1811) arruinaram a economia nacional: o país sofreu pesadas perdas em vidas, saques e destruições, viu-se reduzido ora a um protectorado inglês ora a uma colónia brasileira e sujeito à política reaccionária da regência que, mantendo intactos os antigos métodos de governação, continuou a perseguição feroz a todos os liberais. Tal o ambiente em que fermentou a revolução: às primeiras horas da manhã de 24 de Agosto de 1820, o exército revoltou-se no Campo de Santo Ovídio, no Porto.¹²⁷⁸

original-95547-pe.html - acesso em 15.06.2015; ver tb. a nota histórica sobre o Banco do Brasil, remetendo para o “Banco Nacional” ou “Banco Público” a origem daquele, em Ministério da Justiça do Brasil, Coordenação-Geral de Gestão de Documentos, Memória da Administração Pública Brasileira (MAPA) - <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=3820> (acesso em 15.06.2015).

¹²⁷⁴ O Despotismo Esclarecido começou em Portugal, como é sabido, com o reinado de D. José, sobretudo a partir de 1755, tendo como grande criador o Marquês de Pombal, e manteve-se, como doutrina geral de governo, até à Revolução Liberal de 1820. (MARQUES, A. H. de Oliveira, *História de Portugal*, Edições Ágora, Lisboa, 1973, pág. 551.)

¹²⁷⁵ MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., págs. 92 e ss.

¹²⁷⁶ Idem, págs. 106-108: as causas imediatas do fracasso do projecto codificador setecentista português foram: as divergências de opiniões, a que não eram estranhas as circunstâncias ideológicas do tempo: “o conflito entre absolutismo e os novos princípios do liberalismo impediu a sua redacção final.” (MARQUES, A. H. de Oliveira, cit., pág. 552.); a repercussão da Revolução francesa; as preocupações do governo acerca da situação no Brasil; e a morte de MELO FREIRE. Cfr. tb. CUNHA, Paulo Ferreira da, *A Polémica da “História do Direito Civil Português” de Paschoal de Mello Freire (Seguindo um manuscrito de António Pereira de Figueiredo)*, ROA 1994 (Ano 54), III, págs. 957-971, max. nota 2. Outras das pretensões constantes da “supplica” eram que o “poder judicial seja independente (...) e as sentenças proferidas com justiça, publicidade e prontidão.”

¹²⁷⁷ Período em que a nossa doutrina se foi familiarizando com o direito francês, o que viria a influenciar o VISCONDE DE SEABRA: CORRÊA TELLES, primeira figura-chave da pré-codificação de SEABRA, teve o papel importante de divulgar, em língua portuguesa, os grandes nomes da pré-codificação francesa: DOMAT e POTHIER (CORDEIRO, António Menezes, *O Sistema Lusófono de Direito*, cit., 15. III).

¹²⁷⁸ MARQUES, A. H. de Oliveira, cit., págs. 580-581. Comparando a Constituição de 1822 com a Constituição de Cádiz, SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela, *O Constitucionalismo Espanhol e Português durante a primeira metade do século XIX (Um Estudo Comparado)*, Historia Constitucional, n. 11, 2010, págs. 237-274 (<http://www.historiaconstitucional.com>).

À Revolução Liberal segue-se um período conturbado de luta armada entre liberais e absolutistas que viria a terminar em 1834, com a vitória das forças liberais formalizada na Convenção de Évora-Monte.

O ano de 1834 representa, assim, a data em que “a burguesia liberal portuguesa assume deliberadamente o poder.”¹²⁷⁹ Facto político que se vai traduzir em importantes reformas legislativas: as reformas de Mouzinho da Silveira (1832), o Código Comercial de 1833, os Códigos Administrativos de 1836 e 1842, o Código Penal de 1852, as Reformas Judiciárias (1832; 1836-37; 1841), o Código Civil (1867).¹²⁸⁰

A economia portuguesa do primeiro quartel do século XIX é condicionada por acontecimentos político-militares (invasões e ocupação estrangeira),¹²⁸¹ alterações da estrutura político-colonial (ascensão do Brasil à independência), transformações resultantes da Revolução Industrial,¹²⁸² alterações estruturais da economia¹²⁸³ – eventos que determinaram a eclosão de profunda crise económica e financeira.

A contracção da produção industrial aumentou consideravelmente a necessidade de recorrer às importações para satisfação das necessidades de consumo interno e, em consequência, de obter meios de pagamento ao exterior.

A burguesia portuguesa, em particular a do Porto - o mais forte núcleo produtor do país cuja prosperidade estava ligada ao comércio de importação e reexportação de produtos brasileiros para a Inglaterra, à exportação de produtos nacionais (das regiões do Minho e Douro) e ao comércio de importação de artigos manufacturados -, foi seriamente afectada pelos tratados com a Inglaterra.

Em 1832, ainda no exílio, Mouzinho da Silveira foi nomeado ministro da Fazenda e Justiça; a sua acção legislativa vir-se-ia a orientar no sentido da desoneração da terra e

¹²⁷⁹ MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo...*, cit., pág. 223.

¹²⁸⁰ O Código Civil de 1867 estabelece um marco fundamental na vida jurídica portuguesa do séc. XIX, a partir do qual se abre o período áureo da codificação portuguesa: o Código de Processo Civil de 1877, o Código Comercial de 1888, os Códigos de Processo Comercial de 1895 e de 1896, o Código de Falências de 1899, os Códigos Administrativos de 1878, de 1886 e de 1895-96, as reformas do direito penal de 1867 e 1884 e o Código Penal de 1886, o Código Militar de 1875. (Idem, págs. 224-225.)

¹²⁸¹ As invasões francesas destroem a estrutura produtiva nacional; e o auxílio político-militar inglês tem um custo elevadíssimo, pela imposição de uma série de concessões com graves efeitos bloqueadores do desenvolvimento do sector manufactureiro nacional: a Carta Régia de 1808, que abre os portos do Brasil ao comércio de todas as nações amigas (isto é, ao comércio inglês), marca a extinção da articulação do sistema colonial português (África - Brasil - Metrópole) - e do monopólio luso-afro-brasileiro que permitia “enfrentar as dificuldades de colocação internacional dos produtos ultramarinos e promover uma maior complementaridade entre a economia metropolitana e a economia ultramarina.” (MESQUITA, Amílcar da Costa P., cit., pág. 198) - ainda antes da independência do Brasil. O tratado comercial de 1810, integrado, tal como a Carta Régia de 1808, no quadro de expansionismo inglês em busca de fontes de matérias-primas e mercados para o escoamento dos seus produtos, abre o mercado nacional aos produtos ingleses, dificultando o desenvolvimento da indústria nacional (cfr. sobre este ponto e, em geral, sobre a economia portuguesa de oitocentos, ANTHERO, Adriano, *A Historia Economica*, cit., págs. 607 e ss., max. 626 e ss.; PEREIRA, José Manuel, *O Caixeiro e a Instrução Comercial no Porto Oitocentista - Percursos, práticas e contextos profissionais*, Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Dissertação de Mestrado em História Contemporânea), Porto, 2001, págs. 40 e ss. – repositorio-aberto.up.pt/.../2/3980TM01C JosManuelPereira000080477.pdf, acesso em 9.06.2015).

¹²⁸² Para uma análise das causas, processos e consequências da revolução industrial, NUNES, A. J. Avelãs, cit., págs. 90 e ss.

¹²⁸³ As profundas transformações operadas pelas inovações técnicas dos finais do séc. XVIII, que introduziram produtos, fundamentalmente oriundos da Inglaterra – a pátria da Revolução Industrial -, a preços com os quais Portugal não podia competir, determinaram a contracção da produção industrial.

ocupação das parcelas úteis e da reorganização financeira e administrativa do país.¹²⁸⁴ Desenvolve-se a indústria, reapetrechada pelo aumento do número de máquinas a vapor instaladas¹²⁸⁵ e pelo estabelecimento de novas fábricas.¹²⁸⁶

A vitória liberal permitirá o acesso ao poder da burguesia financeira para a qual se transferirá a propriedade até aí nas mãos do clero ou da aristocracia tradicional. Detentora de títulos de dívida dos governos liberais, adquiridos ainda no período de exílio e combate contra os absolutistas, será com eles que comprará os bens nacionais, a que se juntarão os bens das ordens religiosas extintas em 1834 postos em hasta pública a partir desse mesmo ano.

A tradicional posição de dependência do país face à Inglaterra¹²⁸⁷ vai, no entanto, continuar, em consequência do apoio político-económico que esta dera aos liberais no exílio e do seu domínio sobre o comércio de importação e exportação e dos transportes. Assim, em 1835, o tratado de 1810 é renovado por um prazo de dez anos. Renovação que é contrária aos interesses da pequena e média burguesia mercantil, interessada na criação do mercado nacional (desenvolvimento dos transportes, integração dos territórios coloniais), e da burguesia industrial, que reclama o proteccionismo ameaçado pelo tratado com os ingleses.

As dificuldades financeiras do Estado colocam-no, entretanto, na dependência da burguesia financeira cujos representantes ascenderão ao governo em 1840.

Nos últimos dez anos da primeira metade do século XIX dá-se um novo surto industrial, localizado fundamentalmente na região de Lisboa, abrangendo os sectores dos bens de consumo. Aparecem novos sectores produtivos – fósforos, produtos químicos, sabão, tabacos - e intensifica-se o uso da energia a vapor.

Na segunda metade do século, agricultura e indústria deixam de se desenvolver sincronicamente: aquela especializa-se na produção para exportação, sofre esta forte importação de produtos industriais nas novas condições de livre concorrência internacional. A aposta no sector (menos dinâmico) da agricultura acabou por liquidar, no quadro de uma política de liberdade comercial, as possibilidades de desenvolvimento da indústria portuguesa.¹²⁸⁸

¹²⁸⁴ A organização administrativa do território, de inspiração napoleónica (centralizadora) – e que terá tido, pelo menos, um precedente -, foi feita pelo Decreto nº 23, de 16 de Maio de 1832: SÁ, Victor de, *A Reforma Administrativa Liberal que precedeu a de Mouzinho da Silveira*, Revista da Faculdade de Letras (Universidade do Porto), História, série II, vol. 02, 1985, pág. 201. Cfr. também SILVA, Henrique Dias da, *Reformas Administrativas em Portugal desde o Século XIX*, JURISMAT, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 65-97. Quanto à reforma fundiária, de extrema importância para o relançamento da agricultura, ver ANTHERO, Adriano, cit., pág. 636.

¹²⁸⁵ De 1835 a 1845, 25 na metrópole e ilhas. Fonte: <http://csh.no.sapo.pt/textos/economia.pdf> - acesso em 1.06.2015 -, texto que, nesta parte, seguimos de perto.

¹²⁸⁶ Passa-se da criação de 19 estabelecimentos/ano no período de 1826 a 1834 para 46 estabelecimentos/ano no período de 1835 a 1845. Fonte: idem.

¹²⁸⁷ Reconhecida em termos indecorosos (mas, infelizmente, realistas) para Portugal: cfr. SIDERI, S., *Trade and Power: Informal Colonialism in Anglo-Portuguese Relations*, Rotterdam University Press, 1970.

¹²⁸⁸ “Ao longo de todo o século XIX o sector industrial aparece num lugar secundário na nossa economia, ultrapassado pelos efeitos de políticas que protegem ora os interesses da burguesia financeira, ora os da burguesia agrária, em aliança, uma e outra, à burguesia comercial ligada ao comércio com a Inglaterra. De resto, é precisamente a forma revestida pelas relações económicas com a Inglaterra que explica o carácter secundário e a subalternidade do desenvolvimento industrial.” (<http://csh.no.sapo.pt/textos/economia.pdf> - acesso em 1.06.2015.) *Supra*, nota 1281.

O projecto Regenerador, de cariz liberal, dará um forte impulso no sentido da libertação da iniciativa privada da direcção estatal, realizando também o saneamento financeiro, impulsionando o programa de construção de infraestruturas necessárias à formação do mercado interno e tentando, pelo alargamento da base social de apoio, a estabilidade governativa imprescindível ao desenvolvimento e consolidação do capitalismo.

Todavia, os últimos anos do século XIX português são anos de profunda e complexa crise cujas causas têm origem externa e interna.

As causas externas podem sintetizar-se da seguinte forma: - a Conferência de Berlim de 1885¹²⁸⁹ e a sua doutrina da ocupação efectiva dos territórios coloniais que, correspondendo aos interesses das nações mais poderosas, essencialmente a Inglaterra e a Alemanha, interessadas em novos mercados, não já tanto para o escoamento de produtos como para a colocação de capitais, exerceu uma insuportável pressão sobre Portugal, país com reduzidíssimas capacidades humanas e materiais para uma tal colonização; - a abolição da escravatura no Brasil, com as suas consequências económicas negativas pelo aumento do custo da mão-de-obra, e a subsequente implantação da República, eventos que provocaram, em função da crise que lhes sucedeu, a diminuição das remessas dos imigrantes portugueses para o seu país.

E as causas internas foram: - a perda dos mercados externos dos produtos agrícolas por incapacidade de concorrer em mercados que se abrem a novos actores; - a consequente deterioração da balança comercial e agravamento do seu saldo; - a incapacidade do mercado interno, por falta de dimensão, para absorver os produtos que deixaram de poder ser exportados; - o desemprego e a emigração.¹²⁹⁰

Nos finais do século, a situação financeira e económica do país agrava-se ainda mais em resultado, fundamentalmente, do endividamento público originado pelos grandes investimentos do fontismo,¹²⁹¹ não compensado, dada a estrutura da nossa economia, pelo aproveitamento por parte da produção nacional das novas facilidades de transporte e integração de mercados - e dos remédios que o Estado foi sendo forçado a adoptar e respectivas consequências: aumento dos impostos, inconvertibilidade da moeda em ouro, emissão de papel-moeda fictício, inflação, dificuldades nos câmbios e nas importações, redução do poder de compra, desemprego.¹²⁹²

¹²⁸⁹ Cfr. <http://www.socgeografialisboa.pt/historia/conferencia-de-berlim>

¹²⁹⁰ Interessante notar que a emigração (e a sua tradução financeira: as remessas dos emigrantes) tem sido uma constante da história portuguesa, o que traduz (mais) uma vertente da nossa crónica dependência do exterior.

¹²⁹¹ Como é sabido, a política de Obras Públicas do período da Regeneração foi designada por fontismo devido à acção do ministro Fontes Pereira de Melo. Infelizmente, o seu exemplo – obras públicas financiadas com empréstimos contraídos pelo Estado como motor de desenvolvimento da economia, esperando que as novas facilidades de transportes e comunicações venham a promover a prosperidade futura – tem vindo a ser seguido, apesar dos resultados que obteve e que se repetem.

¹²⁹² SANTOS, Luís Aguiar, *A Crise Financeira de 1891: Uma Tentativa de Explicação*, Análise Social, vol. XXXVI (158-159), 2001, 185-207 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726298J7kLR2hh1En65AF7.pdf> - acesso em 1.06.2015.)

2. O Código Comercial de 1833

Estando já à vista a assunção do poder pela burguesia liberal – que se consolida com a Convenção de Évora-Monte -, sob o impulso reformador de Mouzinho da Silveira, reconhecida a urgência de “pôr termo ao estado cahotico e anarchico a que (...) havia chegado a nossa legislação comercial, e de a fazer corresponder ás necessidades peculiares do trafico mercantil”,¹²⁹³ surge o primeiro código comercial português, da autoria de JOSÉ FERREIRA BORGES,¹²⁹⁴ aprovado pelo Decreto de 18 de Setembro de 1833, tendo entrado em vigor em 14 de Janeiro de 1834.

Por Decreto de 5 de Fevereiro de 1822, o Governo tinha feito o convite a “qualquer sábio português” para apresentar um projecto de código comercial. Foi criada uma comissão composta por três letrados e quatro negociantes matriculados, escolhidos pelos comerciantes de Lisboa e do Porto, para avaliarem os projectos apresentados, tendo sido aprovado o de FERREIRA BORGES. O mesmo autor já havia feito um dicionário de direito comercial que o ajudou na elaboração do código. Como ele afirmou “a nenhuma sociedade é dado existir sem leis; ou com leis incertas prosperar;” por isso, é necessário que qualquer sociedade tenha um sistema de leis, que ligue os usos e costumes do comércio, tanto terrestre como marítimo.¹²⁹⁵

O *Código de Ferreira Borges* inaugura a codificação em Portugal,¹²⁹⁶ marcando o início do moderno direito comercial português como ramo autónomo de direito privado, “representando um corpo organico de regras especiaes destinadas a reger as relações a que dá logar o exercicio da actividade commercial e industrial.”¹²⁹⁷

¹²⁹³ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 7.

¹²⁹⁴ Sobre JOSÉ FERREIRA BORGES (Porto, 1786-1838), ver [http://www.infopedia.pt/\\$jose-ferreira-borges](http://www.infopedia.pt/$jose-ferreira-borges) – acesso em 3.06.2015.

¹²⁹⁵ Associação dos Amigos da Torre do Tombo - <http://www.aatt.org/site/index.php?op=Nucleo&id=1424> – acesso em 3.06.2015.

¹²⁹⁶ O triunfo do liberalismo vintista é o triunfo da burguesia comercial e industrial – daí que o primeiro código português (“deixando de lado as constituições, pois estas não deixam de ser códigos”: MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 201) seja o código comercial. Para além da consagração político-jurídica da liberdade de acção, indispensável no mundo dos negócios, o Novo Regime significava, para a burguesia, a possibilidade de ascensão social que o Antigo sempre lhe negara: o exercício do comércio e da indústria impossibilitavam a nobilitação – porventura vestígios da Idade Média, quando as artes e ofícios eram considerados de inferior condição, “talvez por serem servos os que inicialmente as desempenhavam” (CAETANO, Marcello, cit., pág. 198). Esta tradicional diminuição social do comércio, que o liberalismo haveria de inverter pelas razões aduzidas no texto (*supra*, ponto 1. deste §) e pelos empréstimos feitos pela grande burguesia ao Estado (cfr. FARIA, Miguel Figueira de/MENDES, José Amado (coord.), *Dicionário de História Empresarial Portuguesa – Séculos XIX e XX*, I, 1ª edição, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2013, Entrada “Banco Burnay”) – apesar de ser possível detectar um embrião desta nova prática na política pombalina: cfr. FURTADO, Júnia Ferreira, *Nobilitação dos homens de negócio no Ultramar português: Pombal e os contratadores dos diamantes*, Comunicação ao Congresso Internacional Pequena Nobreza nos Impérios Ibéricos do Antigo Regime, Lisboa 18 a 21 de Maio de 2011, <http://www.iict.pt/pequenalanobreza/arquivo/Doc/p4-02.pdf>, acesso em 5.06.2015; *supra*, nota 1257, *in fine* -, poderá estar na origem da continuada incompatibilidade entre o comércio e as suas instituições e as chamadas “profissões nobres” (veja-se a impossibilidade legal das sociedades de advogados adoptarem a forma comercial: DL n.º 229/2004, de 10 de Dezembro, arts. 1º e 2º) – o que não é exclusivo português (cfr. *supra*, nota 218).

¹²⁹⁷ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 7-8, citando AZEVEDO E SILVA, EDUARDO SALDANHA e CAEIRO DA MATTA (nota 1).

“Obra de uma só mão”, contrariamente ao que viria a acontecer com o seu sucessor, teve como fontes as leis comerciais estrangeiras “que ao tempo haviam atingido maior grau de perfeição”,¹²⁹⁸ a obra e experiência profissional do Autor e, provavelmente, os *Princípios de Direito Mercantil* de JOSÉ DA SILVA LISBOA.^{1299 1300}

As tentativas de revisão e substituição do Código começam logo no ano seguinte ao seu aparecimento,¹³⁰¹ o que faz nascer a polémica com o Autor, bem ilustrada na sua obra *Das fontes, especialidade, e excellencia da administração commercial segundo o Codigo Commercial Portuguez*, especialmente no *Appendix III (Documentos Relativos ao Codigo Commercial Portuguez)*. Convém lembrar, a este respeito, as circunstâncias da época, em que a vitória sobre o absolutismo deu lugar às divisões internas dos liberais em facções que se entretiveram a denegrir, reciprocamente, a obra e os méritos.¹³⁰²

O valor deste código acabou por ser apreciado, como quase sempre acontece, com a distância do tempo, vindo FERREIRA BORGES a ser considerado “o maior comercialista português”¹³⁰³ e o seu código enaltecido por representar o início do direito comercial português como um ramo autónomo do direito privado, consagrar a liberdade de comércio, pôr fim ao “caos jurisprudencial” resultante da Lei da Boa Razão, explicitar

¹²⁹⁸ Ibidem. Como o próprio FERREIRA BORGES declara na conhecida carta de apresentação do código (*Código Commercial Portuguez*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1833). Tal qual sucedeu com outros intelectuais liberais portugueses dos inícios de oitocentos, FERREIRA BORGES tomou, com os exílios, contacto com as ideias e a cultura jurídica dos países europeus mais desenvolvidos, ficando assim em excelente posição para trabalhar numa base comparada.

¹²⁹⁹ Obra de fôlego, publicada entre 1801 e 1808 e dividida em oito Tratados Elementares. Sobre JOSÉ DA SILVA LISBOA, que se distinguiu como comercialista, tendo-se também ocupado de questões económicas, ver MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., pág. 213, nota 147, e DIAS, José Henrique Rodrigues, *José Ferreira Borges – Política e Economia*, cit., pág. 21 e nota 14, que sustenta ter SILVA LISBOA sido o “principal inspirador ou mesmo guia de toda a [sua] posterior obra de publicista em matéria jurídico-comercial” de FERREIRA BORGES.

¹³⁰⁰ Para o conteúdo do Código de Ferreira Borges pode ver-se COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 8-9, e CORDEIRO, António Menezes, *Direito Commercial*, cit., págs. 97-98.

¹³⁰¹ E em 1839 foi publicado o *Digesto do direito comercial*, um projecto anónimo de Código Comercial (MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 206, nota 385).

¹³⁰² Salientando a luta política em que FERREIRA BORGES estava envolvido como causa da rápida erosão do prestígio do seu código, CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 99. Falando da “violenta crítica” dirigida contra o Código de Ferreira Borges, “em que nem sempre se graduaram os limites de uma rigorosa apreciação científica”, COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 10.

¹³⁰³ BARBOSA DE MAGALHÃES, citado por CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 95 e nota 207.

os direitos e deveres dos comerciantes, regular com precisão o foro mercantil.^{1304 1305} De todo o modo, basta pensar, para além das contingências políticas do tempo, na inexistência de um código civil (que só viria a aparecer em 1867)¹³⁰⁶ e de uma cultura jurídico-mercantil (com escassa comercialística e sem o ensino *ex professo* do direito comercial na Universidade, que só se inauguraria em 1836)¹³⁰⁷ para se poderem avaliar as dificuldades e méritos da obra de FERREIRA BORGES. Como sublinha MENEZES CORDEIRO, o Código de 1833, como primeiro código português – antecedendo o Código Civil em mais de trinta anos - marcou o futuro do nosso direito comercial, imprimindo-lhe a matriz da dualidade de códigos de direito privado, comercial e civil, e dando “aos comercialistas portugueses[,] uma base teórica, prática e cultural para um labor especializado.”¹³⁰⁸

¹³⁰⁴ Sintetizando, podemos apontar como méritos do Código de 1833: inaugurou a codificação moderna em Portugal; instituiu entre nós o direito comercial como ramo especial do direito privado; operacionalizou os princípios de liberdade comercial e industrial consagrados na Constituição de 1822 e na Carta Constitucional de 1826; retirou aos juízes a excessiva liberdade que lhes havia sido conferida pela Lei da Boa Razão; definiu os direitos e obrigações dos comerciantes. E como defeitos: apesar da influência dos códigos estrangeiros, o excessivo apego às leis antigas; o carácter excessivamente casuístico; o número imoderado de definições e de princípios gerais; a falta de clareza; a invasão de matérias civis; e a inclusão, a par de normas substantivas, de normas processuais e de organização judiciária (Livro III). Cfr. COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 10 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 100 e nota 230. Considerando o “pecado original” deste Código “ter sido edificado a partir de uma compilação das mais importantes disposições dos direitos das nações cultas que serviam de direito subsidiário nos tribunais portugueses” (*supra*, nota 1271), facto que “marcou, apesar do progresso que representou, toda a sua vigência.”, MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 206. Repete-se aqui, no fundo pelas mesmas razões, a experiência do *Code de commerce* (*supra*, Parte I, Cap. II, § 1º e nota 148), parecendo condenados os primeiros códigos comerciais a “olhar para trás” – pioneirismo e conservadorismo, contraditórios embora, revelam-se, assim, duas marcas originárias do direito comercial moderno.

¹³⁰⁵ Entre os méritos do Código de Ferreira Borges inclui-se a sistematização, pela primeira vez entre nós, do instituto que hoje designamos por insolvência: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 48 e nota 78.

¹³⁰⁶ A ausência de um código civil e, portanto, de um direito civil actualizado obrigou FERREIRA BORGES a entrar nesses domínios, pois não faria sentido apresentar uma disposição especial (ou excepcional, como entendia o Autor do Código o direito comercial) sem se saber qual era a regra geral de referência. Por outro lado, houve também o cuidado de preparar o trabalho de codificação do direito civil, estabelecendo os fios de ligação entre o código comercial e o futuro código civil – cfr. BORGES, José Ferreira, *Carta a D. Pedro*, cit.; COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 11; MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., págs. 204-205.

¹³⁰⁷ O liberalismo procedeu a uma profunda reforma do ensino do direito em Portugal, unificando as Faculdades de Leis e de Cânones na Faculdade de Direito (Decreto de 5 de Dezembro de 1836) e introduzindo no plano de estudos desta faculdade novas cadeiras: Economia Política, Direito Constitucional, Administrativo e Comercial. Este último, incluindo o direito marítimo, passou a constituir a 11ª cadeira do curso, sendo ministrada no quarto ano – ano lectivo exclusivamente dedicado ao direito pátrio -, tendo MACHADO DE ABREU como seu primeiro professor (MERÊA, Paulo, *Como nasceu a Faculdade de Direito*, BFD, Suplemento XV, I, 1961, págs. 153 e ss.). De notar, quanto ao material de apoio ao ensino da disciplina, que “o livro de texto era o próprio Código de Ferreira Borges, que o professor comentava, confrontando-o com outros códigos modernos e utilizando os tratadistas da especialidade.” (Idem, pág. 163.) Estes “códigos modernos” eram o *Code de commerce* e o *Código de Saínz de Andino*, a que se juntaria, um pouco mais tarde, o Código Comercial brasileiro (Ibidem, nota 3). Pode dizer-se que o Código de Ferreira Borges teve, para além dos méritos já assinalados (*supra*, notas 1304 e 1305), o de ser a base do reformado ensino universitário (MARQUES, Mário Reis, *O liberalismo...*, cit., pág. 227). Note-se, ainda, que FERREIRA BORGES se declara ele próprio um autodidacta, pois na Universidade nunca ouvira sequer falar do direito comercial: MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 202, nota 372.

¹³⁰⁸ Ult. ob. cit., pág. 101.

As contingências políticas, as deficiências do código e, acima de tudo, as profundas alterações da vida económica – particularmente decorrentes do desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, pela aplicação do vapor e da electricidade -, que despoletaram uma “poderosa revolução jurídica”,¹³⁰⁹ estão na origem das sucessivas, importantes e numerosas alterações que se lhe introduziram,¹³¹⁰ dos diversos diplomas que passaram a regular, de forma autónoma, matérias nele não previstas e, mesmo, do desiderato de uma remodelação completa do código.¹³¹¹

3. O Código Comercial de 1888

Desiderato que viria a tomar corpo com a nomeação, pelo decreto de 13 de Julho de 1859, de uma comissão “para rever todo o código, e elaborar um projecto de reforma geral, que deveria abranger também, mas em trabalho separado, o processo comercial.”¹³¹² Comissão que não chegaria a qualquer resultado, sucedendo-se diversas outras comissões para o mesmo fim, também sem qualquer resultado, até que o ministro da Justiça VEIGA BEIRÃO (1841-1916)¹³¹³ chamou a si o encargo da reforma, não nomeando desta vez

¹³⁰⁹ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 12 e nota 1.

¹³¹⁰ Lembre-se, pela sua importância para o estabelecimento de um quadro jurídico facilitador do desenvolvimento das empresas, a Lei de 22 de Junho de 1867 sobre as sociedades anónimas, que libertou a respectiva fundação da autorização governamental específica (casuística) – “sistema da concessão” - imposta pelo Código de Ferreira Borges (art. 546.), alteração que colocou o direito português das sociedades “à la pointe même du progrès” [expressão de PIERRE CANAT, referida na Introdução ao Código Penal constante do DL 400/82, de 23 de Setembro, a propósito do(s) Projecto(s) de EDUARDO CORREIA], pois foi o segundo ordenamento a consagrá-la (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 79). Ver, sobre o impacto económico da Lei de 22 de Junho de 1867, na perspectiva do investimento directo estrangeiro em Portugal, MATA, Maria Eugénia, *Sociedades Anónimas: Regulação e Economia*, BCE, XLI, 1998, págs. 347-372; no que toca ao desenvolvimento do sector bancário, REIS, Jaime, *Introdução*, FARIA, Miguel Figueira de/MENDES, José Amado (coord.), *Dicionário de História Empresarial Portuguesa – Séculos XIX e XX*, cit.; e para a falência das sociedades anónimas, DUARTE, Rui Pinto, *A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade?*, SERRA, Catarina (coord.), I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 158.

¹³¹¹ COELHO, José Gabriel Pinto, ob. e loc. cit.; MARQUES, Mário Reis, *História do Direito Português...*, cit., pág. 206. Ver uma breve nota crítica sobre o Código de Ferreira Borges em ROCHA, M. A. Coelho da, *Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal*, 7ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896, Suplemento, § 326, págs. 240-241.

¹³¹² COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 12 - assim se obviando um dos defeitos imputados ao Código de Ferreira Borges, misturar direito substantivo e direito adjectivo (Idem, págs. 9-10). Não devemos, todavia, esquecer que o direito comercial tem uma forte raiz processualista (*supra*, nota 151), por um lado, e, por outro, que não se afigura possível nem desejável separar completamente estes dois planos, pelo menos em relação a determinados institutos, como a insolvência, por exemplo (sendo que este é um caso limite, pois estamos em presença de pontos substantivos numa malha essencialmente processual: *vide*, por todos, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, desde logo no elenco das considerações gerais introdutórias, págs. 11-22; razão pela qual o seu tratamento pelos nossos dois códigos comerciais implicou, mesmo no segundo e apesar das críticas dirigidas contra o primeiro, a inclusão de regras adjectivas, o que esteve na base da sua rápida autonomização – cfr. *infra*, ponto 4.).

¹³¹³ Cfr. [http://www.infopedia.pt/\\$veiga-beirao](http://www.infopedia.pt/$veiga-beirao) (acesso em 4.06.2015).

qualquer comissão para o efeito mas distribuindo matérias por diferentes personalidades, sob sua coordenação pessoal, e tomando outras para si próprio.^{1314 1315}

O Código Comercial de 1888, ou de Veiga Beirão, foi aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888,¹³¹⁶ culminando um processo de elaboração especialmente cuidado.¹³¹⁷

As suas fontes próximas são os códigos mais recentes: o italiano de 1882 e o espanhol de 1885,¹³¹⁸ não esquecendo, todavia, os usos e tradições nacionais.¹³¹⁹

Publicado um pouco mais de vinte anos após a entrada em vigor do Código de Seabra,¹³²⁰ o Código de 1888 pôde corrigir¹³²¹ um dos defeitos apontados ao seu predecessor, clarificando as relações entre o direito comercial e o direito civil: “o Codigo Civil, permita-se a expressão, ficará sendo a regra, o Codigo Commercial a excepção: d’aqui a impossibilidade de novos conflictos, a unificação do nosso direito, a simplicidade da lei”.¹³²²

É conhecida a estrutura do Código de 1888, originalmente repartida por quatro livros: I – Do comércio em geral; II – Dos contratos especiais de comércio; III – Do comércio marítimo; IV – Das falências.

O legislador de 1888, posto perante a persistente dificuldade em determinar com rigor a esfera de acção da legislação comercial, problema considerado como um dos mais complexos da ciência jurídica moderna,¹³²³ pretendeu oferecer uma solução clara e segura, que reduzisse ao mínimo as questões que viessem a ser suscitadas pela aplicação do código: recusou, por isso, o sistema da definição ampla (estilo cláusula geral) do seu

¹³¹⁴ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 13. Cfr. tb. OLAVO, Fernando, cit., págs. 40 e ss.; e CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 101 e ss.

¹³¹⁵ A história da revisão do Código Comercial de 1833 corresponde na perfeição ao aforismo segundo o qual *quando se quer decidir, decide-se, quando não se quer, nomeia-se uma comissão...* A primeira comissão para revisão do Código Comercial foi nomeada em 13 de Julho de 1859, ainda antes da publicação do Código Civil, a última em 17 de Junho de 1870, até que, em provável desespero de causa, o Ministro da Justiça Veiga Beirão resolve assumir, ele próprio, em Junho de 1886, o projecto, preferindo o método de ir solicitando a “pessoas competentes a sua cooperação, separada, para todas as partes da reforma”. (MARQUES, Mário Reis, ult. ob. cit., págs. 206 e ss.)

¹³¹⁶ Recorrendo ao sistema da determinação directa do momento da entrada em vigor do Código Comercial, o art. 2º da Carta de Lei de 28 de Junho de 1888 teve em vista evitar as dificuldades de interpretação que se levantaram aquando da promulgação do Código Civil e do Código de Processo Civil: cfr. COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 16-17 e nota 1.

¹³¹⁷ Idem, págs. 13 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 101 e ss. (com ampla indicação bibliográfica: pág. 104, nota 243).

¹³¹⁸ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 16 e 50.

¹³¹⁹ Ibidem; CORDEIRO, António Menezes, cit., pág. 103 – Autor que chama a atenção para o facto de se manter a tradição pombalina do recurso aos direitos dos povos civilizados e cultos da Europa do mesmo passo que se inicia, “ainda que de forma lenta, a emancipação do modelo napoleónico, já envelhecido.” É interessante reter, a este propósito, as directrizes definidas por VEIGA BEIRÃO para os trabalhos preparatórios: “ - conservando da legislação comercial existente as disposições que merecessem ser conservadas, introduzir nella todas as reformas que a jurisprudência, o commercio e a pratica houvessem aconselhado -.” (COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 15.) Está, aqui também, presente a ideia de que o direito comercial é um direito eminentemente prático ou feito pela prática, “a users' law”: *supra*, notas 357 e 376.

¹³²⁰ Que se considerou ter entrado em vigor em 22 de Março de 1868 (COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 17, nota 1).

¹³²¹ Entre outros: *supra*, nota 1304.

¹³²² Do relatório ministerial que acompanhou o Código Comercial de 1888: cfr. MARQUES, Mário Reis, ult. ob. cit., pág. 208 – nota 391.

¹³²³ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 39.

objecto (os actos de comércio) bem como o da enumeração explícita; e privilegiou uma solução próxima (se bem que não inteiramente coincidente) da do código espanhol de 1885,¹³²⁴ que, no seu entender, resolveria o problema sem margem para dúvidas: “O systema proposto corta cerce toda a questão, pois o caso se limita a ver se o acto de que se trata tem ou não legislação no código comercial. Nada mais”.¹³²⁵

A este objectivo de oferecer uma solução nítida para o controverso problema da delimitação do direito comercial – que a existência do código civil viera tornar mais agudo – juntou o legislador o da manutenção futura da estrutura sistemática do código, redobrado sinal de que prezava, acima de tudo, o interesse da segurança jurídico-mercantil: - o código encerraria toda a lei comercial, o seu critério de definição do objecto e de delimitação do direito civil era claro, a sua estrutura formal era lógica e simples e deveria ser mantida, mesmo quando viessem a ser julgadas necessárias alterações às suas normas.^{1326 1327}

A determinação do legislador do Código Comercial de 1888 não foi respeitada:¹³²⁸ logo em 1899, revoga-se o seu livro IV, substituído por uma primeira lei avulsa, o Código das Falências;¹³²⁹ pouco depois, a Lei de 11 de Abril de 1901, que introduziu entre nós o tipo da sociedade por quotas, sendo a matéria das sociedades regulada então pelo código,¹³³⁰ ficou também avulsa, e assim sucessivamente, numa sua (não terminada) “depredação insistente e obsessiva”.¹³³¹

Apesar de muito diminuído, o Código de Veiga Beirão subsiste como matriz ou “bússola sistematizadora” do direito comercial português,¹³³² o que significa que este se recorta objectivamente com referência à teoria dos actos de comércio – embora o sistema que o caracteriza tenha claros momentos de subjectividade, configurando um sistema misto com um ponto de partida objectivo -¹³³³ e, mais importante do que isso, que continua a dispor, se não já de um perímetro bem delimitado, pelo menos de uma base de referência para essa delimitação.

¹³²⁴ Art. 2º, 1ª parte.

¹³²⁵ Ult. A. e ob. cit., pág. 49 – Autor que refere a diferença relativamente ao legislador espanhol: enquanto este procurara uma fórmula prática, sem pretensões científicas, e flexível ou elástica, “que permitisse a aplicação do código às novas combinações de futuro” [flexibilidade que conduzira à expressa consagração da analogia na qualificação dos actos comerciais], o legislador português tinha em mente apenas a segurança jurídica, *cortar cerce toda a questão* da determinação do objecto ou campo de aplicação do código, evitando “todas as questões, considerando commerciaes todos os actos que estivessem regulados no código commercial.” (Ibidem.) [Nitidez (rigidez) que o terá levado a não contemplar a analogia prevista no art. 2º do Código espanhol. Cfr. *supra*, nota 1016 e *infra*, nota 1435.]

¹³²⁶ Art. 4º da Carta de Lei de 28 de Junho de 1888; *supra*, nota 3.

¹³²⁷ Segurança que, na questão fundamental da delimitação da matéria mercantil, a 2ª parte do mesmo art. 2º veio pôr em causa, dadas as dificuldades de interpretação deste preceito que logo se colocaram (cfr. COELHO, José Gabriel Pinto, cit., págs. 60 e ss.).

¹³²⁸ Podendo tê-lo sido: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 106 e 112.

¹³²⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, ult. ob. cit., pág. 58; FURTADO, J. Pinto, *Disposições Gerais do Código Comercial*, cit., pág. 5.

¹³³⁰ Arts. 104º a 223º.

¹³³¹ FURTADO, J. Pinto, ob. e loc. cit.

¹³³² CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 112; e não apenas do direito comercial português: *supra*, nota 1127.

¹³³³ Aliás, a história jurídico-mercantil mostra que não existem sistemas “puros”, objectivos ou subjectivos: *supra*, nota 165.

4. O processo comercial

A jurisdição comercial, com carácter geral, foi introduzida em Portugal com o Código de Ferreira Borges,¹³³⁴ que procedeu à reorganização dos tribunais comerciais e à modernização da legislação processual,¹³³⁵ dedicando à matéria o Livro III da primeira parte.¹³³⁶

Foi esta inclusão, como vimos,¹³³⁷ um dos mais graves defeitos apontados ao nosso primeiro código comercial, sendo todavia que o processo mercantil, abandonado às “maximas, usos e costumes do commercio” sem o crivo depurador e sistematizador da ciência jurídica, constituía uma lastimável fonte de incerteza,¹³³⁸ razão que plenamente justificava a intervenção do legislador-codificador.

Na carta de apresentação do código FERREIRA BORGES invoca a originalidade das soluções encontradas neste ponto¹³³⁹ e os princípios gerais que o nortearam (simplificação processual, contraditório, publicidade), acolhendo também a experiência inglesa do júri especial.

Expurgado, em geral, o código de 1888 das matérias processuais e de organização judiciária,¹³⁴⁰ viria a publicar-se, em 1895, o primeiro código de processo comercial,¹³⁴¹ republicado, com ligeiras alterações, em 1896.¹³⁴²

O art. 5º da Carta de Lei de 13 de Maio autorizava o governo a legislar sobre a falência e a reorganizar os tribunais comerciais de Lisboa e Porto; e no uso dessa autorização legislativa foi aprovado o Código das Falências de 1899,¹³⁴³ primeira lei comercial descodificadora, pois que substituiu o Livro IV do Código de Veiga Beirão.¹³⁴⁴ Por seu

¹³³⁴ Relatório do Decreto nº 21:694, de 29 de Setembro de 1932.

¹³³⁵ COELHO, José Gabriel Pinto, cit., pág. 10.

¹³³⁶ Arts. 897. e ss.

¹³³⁷ *Supra*, ponto 2.

¹³³⁸ COELHO, José Gabriel Pinto, ob. e loc. cit.

¹³³⁹ “Aqui a ninguém tive a pedir d’emprestimo, salvo a nossas instituições existentes, e á pratica pessoal forense, que tive como advogado.” A opção pela jurisdição especial é justificada com a natureza das causas comerciais, detendo-se o Autor a justificar a sua constitucionalidade perante o art. 145, § 16º da Carta Constitucional de 1826 (“À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiais nas Causas Cíveis, ou Crimes.”).

¹³⁴⁰ *Supra*, nota 1312.

¹³⁴¹ Decreto de 24 de Janeiro de 1895, publicado no Diário do Governo nº 21, de 26 de Janeiro de 1895. Ver, quanto ao processo de elaboração e princípios orientadores do Código de Processo Comercial de 1895, REIS, Alberto dos, *Processo Ordinário Civil e Commercial*, I, Coimbra, Imprensa Académica, 1907, págs. 28 e ss. Aí se refere que o código seguia de perto a estrutura e princípios do código de processo civil (que se applicava subsidiariamente), sendo que, em ambos, as ideias mestras eram *simplicidade* e *brevidade* do processo.

¹³⁴² Como explica ALBERTO DOS REIS, a republicação deveu-se ao facto de o decreto de 24 de Janeiro de 1895 ter sido promulgado em ditadura, tendo o governo posteriormente solicitado a sanção parlamentar e obtido a aprovação de ambas as câmaras, com ligeiras modificações, resultando no Código de Processo Comercial de 1896, promulgado pela Carta de Lei de 13 de Maio desse ano (ob. cit., pág. 30). Para a (turbulenta) vida política do último quartel do séc. XIX português, ver ALMEIDA, Pedro Tavares de, *Comportamentos eleitorais em Lisboa (1878-1910)*, *Análise Social*, vol. XXI (85), 1985-1.º, 111-152, *max.* págs. 120 e ss.; SARDICA, José Miguel, *Os partidos políticos no Portugal oitocentista (discursos historiográficos e opiniões contemporâneas)*, *Análise Social*, vol. Xxxii (142), 1997 (3.º), 557-601.

¹³⁴³ Decreto de 26 de Julho de 1899.

¹³⁴⁴ *Supra*, ponto 3.

turno, o art. 3º do Decreto de 26 de Julho de 1899 determinara que se viesse a proceder à incorporação do Código das Falências no Código de Processo Comercial, o que foi feito e deu lugar ao Código de Processo Comercial de 1905,¹³⁴⁵ em que a matéria falimentar passou a constituir a secção IV do título IV.¹³⁴⁶

Extinta a jurisdição comercial em 1932,¹³⁴⁷ manter-se-ia um código de processo comercial separado do civil durante mais algum tempo, até que, na reforma do processo civil de 1939, se unificou a legislação processual civil e comercial,¹³⁴⁸ passando o direito privado português a configurar um sistema de dualidade de códigos (civil e comercial) servidos pelo mesmo código de processo e aplicados pelos mesmos tribunais.¹³⁴⁹

§ 3º - O século XX português e o direito comercial

1. Quadro económico e político

Vimos já que a história económica e política portuguesa do séc. XIX é uma história de crises.

O século seguinte será dominado, ao estilo da época, pela busca de remédios para esse mal, que, a partir do fim da Grande Guerra, foi generalizadamente visto como produto do liberalismo. Remédios que muitos identificaram com a socialização¹³⁵⁰ – que faria do séc. XX o “século do povo”¹³⁵¹ – e outros tentaram numa “terceira via”, numa liberdade económica condicionada e vigiada pelo Estado.¹³⁵²

¹³⁴⁵ Decreto de 14 de Dezembro de 1905. Tem interesse notar, por um lado, o papel determinante do instituto da falência – especialmente sensível às conjunturas - no desenvolvimento da legislação comercial e, por outro, que a intenção do legislador de 1899 não terá sido “depredar” o Código Comercial mas tão-só aperfeiçoá-lo, libertando-o de matéria essencialmente adjectiva, que melhor caberia num código de processo. Percorrendo o fio histórico da nossa legislação processual comercial sob o ângulo da questão fundamental da continuidade da empresa insolvente, DUARTE, Rui Pinto, *A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade?*, cit., max. págs. 159 e ss.

¹³⁴⁶ SANTOS, Luís Lima, *A propósito de falências: teorização de problemas contabilísticos*, Revista de Contabilidade e Comércio, nº 213, Vol. LIV, Ano 1997, pág. 99.

¹³⁴⁷ Pelo Decreto nº 21:694, de 29 de Setembro de 1932, já referido (*supra*, nota 1334).

¹³⁴⁸ Reforma operada pelo Decreto-Lei nº 29:637, de 28 de Maio de 1939, que aprovou o segundo Código de Processo Civil português, tendo o seu art. 3º revogado, entre outros diplomas, o Código de Processo Civil de 1876 e o Código de Processo Comercial de 1905.

¹³⁴⁹ Ressalvando a relativamente recente opção por tribunais de competência especializada para certas matérias mercantis: cfr. *supra*, nota 239.

¹³⁵⁰ GODINHO, José Magalhães, *Prefácio*, SILVA, António Maria da, *O Meu Depoimento*, I, República, Lisboa, 1974, págs. 18-19, continuando uma visão que vinha já, pelo menos, de meados do século anterior (ANTHERO, Adriano, cit., págs. 147 e ss.).

¹³⁵¹ <https://historiativanet.wordpress.com/2010/09/01/o-seculo-do-povo-documentario-sobre-o-seculo-xx/> (acesso em 12.06.2015).

¹³⁵² SALAZAR, *Antologia – Discursos, Notas, Relatórios, Teses, Artigos e Entrevistas, 1909-1953*, Editorial Vanguarda, Lisboa, 1954, págs. 127 e ss., max., 132 e ss. Lembrando que o corporativismo português se pretendeu assumir “como uma espécie de dupla *terceira-via* que tanto visava superar o capitalismo e o socialismo, como responder aos desafios dos totalitarismos fascista e comunista”, escolhendo sempre, “dentro da contraditória genealogia das ideias a que poderia recorrer, (...) as influências da *doutrina social* da Igreja Católica e do *socialismo catedrático*”, MALTEZ, José Adelino, *Corporativismo*, Tópicos Jurídicos e Políticos, estruturados em Dili, na ilha do nascer do sol, finais de 2008, revistos no exílio procurado da Ribeira do Tejo, começos de 2009 (<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Corporativismo.htm> - acesso em 15.06.2015).

Esta foi a via do Estado Novo que, para o bem e para o mal, haveria de marcar, pelo menos, todo o séc. XX português. Concretizada, no plano institucional, pela organização corporativa, e, nos planos legislativo e administrativo, pelo regime do condicionamento industrial e pelo sistema de regulação bancária.

No quadro corporativo, as empresas associavam-se nos grémios nacionais que representavam os seus interesses e detinham o exclusivo da contratação laboral colectiva. Os grémios filiavam-se na respectiva corporação, que era considerada um órgão político e estava representada na Câmara Corporativa.¹³⁵³

Por outro lado, o Estado controlava, através do regime do condicionamento industrial, isto é, da necessidade de autorização prévia, pelo governo, da abertura de novas fábricas, a iniciativa privada e a concorrência interna.¹³⁵⁴

E a mesma orientação se reflectiu no sector da banca, sendo de destacar a reforma da Caixa Geral de Depósitos, transformando-a num banco de fomento da economia, metropolitana e ultramarina, e o controlo da banca privada, no sentido de assegurar a sua solidez, regular a concentração e limitar a entrada de novos actores.¹³⁵⁵

A economia portuguesa deste período, pautada pelos objectivos habituais de estabilidade da moeda, das finanças públicas e da balança comercial, segundo o paradigma do equilíbrio orçamental e monetário,¹³⁵⁶ apresentou nos “anos de ouro” de 1953 a 1973 índices assinaláveis de crescimento, concentração e internacionalização. Crescimento estimulado pela industrialização do segundo pós guerra e orientado pela introdução, com os Planos de Fomento, da planificação como instrumento privilegiado da política

¹³⁵³ Constituição da República Portuguesa de 1933, arts. 14º, 16º, 18º, 31º, 32º, 33º, 34º, 35º, 37º, 39º, 102º-105º. Cfr., também, a título de exemplo, o Decreto-Lei nº 48 261, de 28 de Fevereiro de 1968, que condicionou o exercício de diversas actividades comerciais (exportação, importação, comércio armazenista e retalhista, dos feirantes, vendedores ambulantes, negociantes e agentes comerciais) a autorização prévia da Corporação do Comércio (art. 2º, 1).

¹³⁵⁴ O regime do condicionamento industrial consta de um conjunto de diplomas legislativos que testemunham a sua origem, desenvolvimento, apogeu, desmobilização e fim: Decreto nº 19 354, de 14 de Fevereiro de 1931, Decreto nº 19 409, de 4 de Março de 1931, Lei nº 1956, de 17 de Maio de 1937, Lei nº 2052, de 11 de Março de 1952, Decreto-Lei nº 39 634, de 5 de Maio de 1954, Decreto-Lei nº 46 666, de 24 de Novembro de 1965, Decreto nº 393/70, de 19 de Agosto, Lei nº 3/72, de 27 de Maio, Decreto-Lei nº 481/72, de 28 de Novembro, Decreto-Lei nº 75/74, de 28 de Fevereiro, e Decreto-Lei nº 533/74, de 10 de Outubro. O condicionamento industrial exprime a desconfiança, ao mais alto nível, da elite do Estado Novo relativamente aos industriais e aos capitalistas em geral: essa mesma elite revia-se, sobretudo, num ruralismo tradicionalista capaz de manter as virtudes nacionais. A partir da II Guerra Mundial, porém, em face das dificuldades no comércio internacional, passou a ser necessário produzir internamente os bens de consumo, o que abriu uma janela de oportunidade para os designados industrialistas, cujo expoente, no governo, foi o Engº Ferreira Dias. Cfr., sobre este ponto, ROSAS, Fernando, *Estado Novo e desenvolvimento económico (anos 30 e 40): uma industrialização sem reforma agrária*, *Análise Social*, vol. XXIX (128), 1994 (4º), págs. 871-887 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223377862S2yDZ6ad3Zv90JB8.pdf> - acesso em 12.06.2015); e MADUREIRA, Nuno Luís, *O Estado, o patronato e indústria portuguesa (1922-1957)*, *Análise Social*, vol. XXXIII (148), 1998 (4º), págs. 777-822 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221844152N2aLM8di5Rd95LR3.pdf> - acesso em 12.06.2015).

¹³⁵⁵ REIS, Jaime, *A Caixa Geral de Depósitos como instrumento de política económica: o período entre as duas guerras*, *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2º), págs. 255-277. Ver tb. MENDES, José Amado, *A Empresa Bancária em Portugal no Séc. XX: Evolução e Estratégias*, *Gestão e Desenvolvimento*, 11 (2002), 39-56, max. págs. 50 e ss. Deve, todavia, lembrar-se que o controlo mais rigoroso da banca havia começado já no período final da I República com a Lei Bancária de 1925: REIS, Jaime, *Introdução*, cit.

¹³⁵⁶ Paradigma que se viria a perder, primeiro com os “excessos de Abril”, mais tarde, sob o influxo das ajudas comunitárias, com o retorno às políticas de dinamização da economia através dos grandes investimentos públicos.

económica,¹³⁵⁷ concentração empresarial que, apesar de vista sempre com alguma reserva, viria a ser permitida e, em certa medida e para certos destinatários, inclusivamente facilitada através do mecanismo do condicionamento industrial, como resultado das transformações económicas subsequentes à II Guerra Mundial¹³⁵⁸ – concentração dirigida e crescente a partir de 1960, de que resultaram duas consequências que haveriam de marcar a economia, a sociedade e a política (com inevitáveis reflexos no direito positivo) nacionais até aos nossos dias: a dependência geral dos empresários e das empresas do proteccionismo estatal e a proeminência do capital financeiro sobre cuja base se formaram e consolidaram os grupos económicos existentes até 1974-75 e se (re)organizaram os grupos financeiros a partir de meados da década de oitenta; e internacionalização evidenciada e promovida com a adesão à EFTA, como membro fundador, em 1960¹³⁵⁹ e com o acordo de comércio com a CEE em 1972¹³⁶⁰ – internacionalização que familiarizou o país com os novos problemas da integração internacional, nomeadamente do investimento externo.¹³⁶¹

Apesar da ruptura política iniciada em 1974, o desmantelamento formal do sistema corporativo foi lento¹³⁶² e deixou marcas substanciais na mentalidade e comportamentos assumidos pelos novos protagonistas aos mais diversos níveis¹³⁶³ – situação que a adesão à CEE e a integração posterior na União Europeia não logrou ultrapassar, apesar de ter modificado significativamente a economia, a sociedade, a política e o direito nacionais.

¹³⁵⁷ O ano de 1963 representou o marco fundamental do desenvolvimento económico: pela primeira vez, o valor da produção industrial superou o da produção agrícola (NORONHA, Ricardo Vieira de Campos de Abreu, *A nacionalização da banca no contexto do processo revolucionário português (1974-75)*, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, Junho de 2011 (Dissertação de Doutoramento), pág. 16 e nota 20 – http://resistir.info/livros/ricardo_nacionalizacao_banca.pdf, acesso em 15.06.2015).

¹³⁵⁸ Cfr. a Lei nº 2005, de 14 de Março de 1945.

¹³⁵⁹ ANDRESEN-LEITÃO, Nicolau, *O convidado inesperado: Portugal e a fundação da EFTA, 1956-1960*, *Análise Social*, vol. XXXIX (171), 2004, 285-312.

¹³⁶⁰ PINTO, Fernanda Maria Reis da Fonseca Ferreira, *A Integração de Portugal nas Comunidades Europeias*, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2011 (Dissertação de Mestrado), págs. 33 e ss. (<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19158/1/A%20Integra%C3%A7%C3%A3o%20de%20Portugal%20nas%20Comunidades%20Europeias%20-%20Fernanda%20Pinto.pdf> – acesso em 15.06.2015). Como resulta deste estudo, mau grado as características do regime político deposto em 1974 – que sobreviveu largamente ao fim da II Guerra Mundial e à imediata perda de credibilidade dos regimes não parlamentares com excepção dos comunistas -, a ideia do total isolamento de Portugal nesse período histórico, normalmente referido como o período do “orgulhosamente sós” (frase, aliás, frequentemente retirada do contexto em que foi proferida), está longe de corresponder à realidade: Portugal foi membro fundador da OECE (1948), da OCDE (1960), da EFTA (1960) – págs. 24 e ss. -, para além da NATO (1949), no campo político-militar (TEIXEIRA, Nuno Severiano, *Portugal e a NATO: 1949-1989*, *Análise Social*, vol. xxx (133), 1995 (4.º), 803-818).

¹³⁶¹ NORONHA, Ricardo Vieira de Campos de Abreu, cit., págs. 16-76.

¹³⁶² LUCENA, Manuel de, *A revolução portuguesa: do desmantelamento da organização corporativa ao duvidoso fim do corporativismo*, *Análise Social*, vol. XIII (51), 1977-3.º, 541-592.

¹³⁶³ *Supra*, nota 61.

2. A reforma do direito privado

Ao lançar a reforma do direito privado, em 1944,¹³⁶⁴ o governo deu, naturalmente, prioridade ao direito civil mas considerou igualmente necessitado de profunda revisão o direito comercial, deixando em aberto o problema, então muito discutido, da sua autonomia.¹³⁶⁵

No entanto, a magnitude da tarefa de elaboração de um novo código civil, que se estendeu por mais de vinte anos e absorveu a elite dos juristas nacionais,¹³⁶⁶ acabou por não deixar espaço para o direito comercial, assente num código manifestamente desactualizado, “reliquia venerável do movimento codificador oitocentista”, cuja “reforma (...), ampla e de raiz, [que] a todo o momento se torna mais necessária.”¹³⁶⁷

No final dos anos 60, concluído o Código Civil de 1966, foi nomeada uma comissão, presidida por VAZ SERRA, para rever apenas a legislação sobre sociedades comerciais;¹³⁶⁸ e, em 1977, nova comissão se designa para, sob a presidência de FERRER CORREIA, “meter ombros a uma revisão completa do nosso direito mercantil”¹³⁶⁹ – comissão que, “posto que jamais formalmente dissolvida, tem sido praticamente ignorada nos últimos anos. De facto, extinguiu-se. Teve a sorte da primeira.”¹³⁷⁰

Pode dizer-se que o notável esforço doutrinal realizado resultou, essencialmente, na reforma do direito societário, mais dinâmico, mais exposto à pressão da economia e da prática comercial e ao objectivo de uniformização europeia – comprometendo até hoje a revisão global do Código Comercial.¹³⁷¹ O CSC representa, assim, a codificação comercial do século XX, recolhendo, sistematizando, refundindo e modernizando (europeizando) o vasto material jurídico-societário existente, mas deixando intocados os conceitos comerciais de base, cristalizados no Código de Veiga Beirão.¹³⁷² Ele foi, aliás, desde logo considerado (apenas) “uma fase, sem dúvida muito importante, no *iter* da reforma da lei mercantil.”¹³⁷³

¹³⁶⁴ Decreto-Lei nº 33 908, de 4 de Setembro de 1944.

¹³⁶⁵ Ponto 8 do Relatório do Decreto-Lei nº 33 908; artigo 6º da Portaria nº 10 756, de 10 de Outubro de 1944. Quanto ao problema da autonomia do direito comercial, ver *infra*, Cap. II.

¹³⁶⁶ MAGALHÃES, Barbosa de, *A Revisão Geral do Código Civil, a Autonomia do Direito Comercial e o Problema da Codificação*, cit., pág. 11.

¹³⁶⁷ CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., pág. 25.

¹³⁶⁸ Relatório do DL n.º 262/86, de 2 de Setembro, ponto 2; OLAVO, Fernando, cit., pág. 59.

¹³⁶⁹ CORREIA, A. Ferrer, ob. e loc. cit.

¹³⁷⁰ *Idem*, pág. 26.

¹³⁷¹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 145 e ss., que recorda o processo de elaboração do CSC.

¹³⁷² *Idem*, pág. 149.

¹³⁷³ *Código das Sociedades (Projecto)*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1983, pág. 7. Interessante notar, para além de questões de fundo que adiante se referirão (*infra*, ponto 5), as contingências políticas do processo legislativo e a referência dos principais juristas envolvidos naquela fase: RAÚL VENTURA, FERNANDO OLAVO, ANTÓNIO AGOSTINHO CAEIRO.

3. A legislação mercantil avulsa

Como foi já referido e é um dado comum,¹³⁷⁴ ao lado do Código Comercial existe hoje uma panóplia imensa de legislação avulsa, descodificante, complementar e consolidante. Na primeira categoria inserem-se todos os diplomas que regulam matérias originalmente constantes do código, substituindo-o;¹³⁷⁵ na segunda, legislação que foi sendo consagrada a matérias não previstas no código;¹³⁷⁶ e na última, leis que consolidam ou mesmo codificam matérias tratadas de modo avulso, descodificadas ou não.^{1377 1378}

O direito comercial português apresenta-se, assim, sob o ponto de vista formal, como pioneiro da codificação nacional, único que ainda mantém um código oitocentista, apesar de enfraquecido, e pioneiro e campeão absoluto da descodificação.¹³⁷⁹

4. As normas materialmente comerciais do Código Civil

Na grande reforma do direito privado português do século passado, deu-se, como vimos,¹³⁸⁰ prioridade ao Código Civil – o que bem se compreende: primeiro o geral, depois o especial -, tendo este visto a luz do dia na vigência do velho Código de Veiga Beirão.

Esta circunstância explica que o legislador civil, consciente das questões que, na prática dos tribunais, iam suscitando maiores dificuldades, tivesse aproveitado a ocasião para, a talho de foice, ir disciplinando algumas matérias indiscutivelmente comerciais: fê-lo nos

¹³⁷⁴ *Supra*, Apresentação.

¹³⁷⁵ Por exemplo, o Código do Registo Comercial, o Código das Sociedades Comerciais, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o DL 231/81, de 28 de Julho (na parte da hoje designada associação em participação), ou o DL 72/2008, de 16 de Abril.

¹³⁷⁶ É o caso, também a título exemplificativo, do DL 248/86, de 25 de Agosto, ou do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

¹³⁷⁷ Como, por exemplo, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o Código da Propriedade Industrial ou o Código das Sociedades Comerciais.

¹³⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 106 e ss.

¹³⁷⁹ Para além de exibir uma acentuada instabilidade normativa, expressa nas múltiplas e frequentes alterações a que as leis comerciais, mesmo as qualificadas como códigos, têm sido sujeitas: lembre-se, sempre a título de exemplo, o CSC (44 alterações em quase 29 anos, uma de fundo, a introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de Março, “a grande reforma do Direito das sociedades” – CORDEIRO, António Menezes/CÂMARA, Paulo, *Apresentação*, AA.VV., A Reforma do Código das Sociedades Comerciais..., cit., pág. 9), o CPI (três códigos, aprovados respectivamente pelos Decreto-Lei n.º 30 679, de 24 de Agosto de 1940, Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro e Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, sendo que este último, em vigor, sofreu já 7 alterações e duas republicações: L 16/2008, de 1 de Abril e DL 143/2008, de 25 de Julho – cfr. *infra*, nota 1698) e o CIRE (aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março, com 9 alterações, sendo uma de relevo - Lei n.º 16/2012, de 20/04 -, que representou uma “mudança de paradigma” ou “quebra extrema”). [Dados actualizados a 17.06.2015.]

¹³⁸⁰ *Supra*, ponto 2.

casos do trespasse¹³⁸¹ e da locação do estabelecimento comercial,¹³⁸² da consignação de rendimentos de títulos de crédito nominativos,¹³⁸³ da evicção de coisa comprada a comerciante,¹³⁸⁴ da comunicabilidade das dívidas contraídas pelo comerciante no exercício do comércio,¹³⁸⁵ por exemplo.

São estes, manifestamente, preceitos de direito comercial,¹³⁸⁶ se bem que formalmente civis porque pertencentes ao Código Civil – são normas materialmente comerciais do Código Civil.

As fontes legais do direito comercial português dispersam-se, hoje, pelo que resta do Código Comercial, pelas leis mercantis avulsas ou extravagantes e pelas normas materialmente comerciais do Código Civil.^{1387 1388}

¹³⁸¹ Art. 1118º, correspondente, no essencial, ao actual art. 1112º. Certamente pelo facto de se tratar de matéria considerada exógena ao direito civil, o legislador do Código de 1966 não se preocupou em definir e traçar o regime do contrato de trespasse, seus pressupostos e efeitos, limitando-se a tratar de um aspecto específico relacionado com a hipótese de transmissão da titularidade do estabelecimento instalado em prédio arrendado (problema que suscitava, ao tempo, dificuldades apreciáveis: MESQUITA, António Pedro Pinto de, *Os direitos do senhorio no caso de trespases de estabelecimentos comerciais (Relatório)*, ROA, Ano 2 (1942), I e II, págs. 154-160) – hipótese, aliás, que se enquadrava sistematicamente na matéria aí disciplinada: transmissão da posição do arrendatário no arrendamento para fins não habitacionais. Isto explica, sem dúvida, o carácter parcelar do tratamento jurídico dispensado a esta figura, obrigando a doutrina a elaboração complementar: cfr. CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 602 e ss., *Anotação ao Acórdão do STJ, de 24 de Junho de 1975*, Direito das Empresas, cit., págs. 67 e ss.; e SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, I, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 334 e ss.

¹³⁸² Art. 1085º, cuja doutrina transitou - com melhoramentos significativos, a começar pela redacção da epígrafe em que o legislador abandona as “insólitas” expressões “cessão de exploração” ou “concessão de exploração” de estabelecimento comercial vulgarizadas na nossa doutrina e jurisprudência (CARVALHO, Orlando de, *Anotação...*, cit., pág. 71 e nota 4) - para o actual art. 1109º. Contrato de locação do estabelecimento cuja definição como contrato autónomo pode considerar-se uma das mais impressivas conquistas do direito comercial português do séc. XX, nos planos jurisprudencial, doutrinal e legislativo: cfr. CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., max. págs. 268 e ss. e notas 83 e ss.; CARDOSO, Augusto Lopes, *Locação de Estabelecimento Comercial*, Porto, 1989, max. págs. 14 e ss.

¹³⁸³ Art. 660º, 2.

¹³⁸⁴ Art. 1301º. Cfr. LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, III, 2ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 82-83; CUNHA, Paulo Olavo, *Venda de Bens Alheios*, ROA, Ano 47 (1987), II, págs. 421-472, max. págs. 462-463.

¹³⁸⁵ Art. 1691º, 1, d) – ponto em que a intervenção do legislador de 1966 (e depois do de 1977 quanto ao art. 15º do Código Comercial) deixou muito a desejar: cfr. o nosso *De novo sobre a responsabilidade do cônjuge do comerciante*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, 1029-1064 (anteriormente publicado em AA.VV., *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 209-237).

¹³⁸⁶ OLAVO, Fernando, cit., pág. 58; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 70.

¹³⁸⁷ Sem esquecer as normas materialmente comerciais de diplomas avulsos, normalmente considerados complementares do Código Civil (numa qualificação, pelo menos, discutível): temos em vista, por exemplo, os regimes das cláusulas contratuais gerais e do direito real de habitação periódica. E sem esquecer, naturalmente, as normas comerciais da Constituição: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, cit., págs. 53-54.

¹³⁸⁸ Note-se que aquelas normas assumem, no Código Civil, claramente, a natureza de normas especiais para situações específicas: por exemplo, o art. 1112º, perante uma hipótese tipicamente comercial – trespasse do estabelecimento comercial -, derroga as regras gerais relativas à cessão da posição contratual (arts. 424º e 1059º, 2)) em homenagem à unidade económica e jurídica da empresa, à liberdade do tráfico mercantil e à eficiência económica.

5. A evolução substancial do direito comercial: as grandes linhas, as grandes conquistas

Olhando agora para as soluções (ou critérios de solução) que o direito comercial português oferece aos seus destinatários (pois não é para isso que serve o direito, em particular o legislado?), tentemos surpreender as grandes linhas do seu perfil actual e as conquistas que, na sua concretização, foi obtendo.

5.1. Profissionalização, dimensão, internacionalização

O modelo económico contemporâneo, o capitalismo ou economia de mercado – que, apesar da concepção publicizante exarada na Constituição de 1976, sucessivamente mitigada, é o modelo que conforma a sociedade portuguesa –, quando objectivamente considerado, caracteriza-se pela propriedade privada dos bens, de consumo e de produção, pela criação de fontes de rendimento (capital) que geram rendimento sem trabalho para os respectivos proprietários, pela liberdade económica, pela afectação global dos recursos da economia através do mercado, pelo comportamento dos sujeitos económicos, movidos pelo lucro.¹³⁸⁹ Modelo económico que nasce gradualmente com a expansão comercial iniciada na Baixa Idade Média, a civilização urbana e a abertura dos mercados ultramarinos e se consolida com a revolução industrial e consequente expansão da produção industrial e dos serviços financeiros e suas instituições - linha evolutiva que assinala a sucessão dos centros da actividade económica: comércio, indústria, finança e que não podia deixar de se repercutir no direito comercial.¹³⁹⁰

Pode dizer-se que, nas últimas décadas, entre nós como no resto do mundo,¹³⁹¹ o sistema capitalista evoluiu, qualitativamente, em função de diversos factores: - a consagração definitiva da empresa como centro da actividade económica; - o progresso tecnológico, que desmaterializou o processo de contratação (o *e-commerce*, o *e-business*, o *b2b*, o *b2c*) e contribuiu para a massificação, padronização, simplificação e aumento da velocidade da oferta; - a desmaterialização da riqueza (a riqueza como *puro conceito*)¹³⁹² e a sua recepção no plano jurídico: a nova *alquimia* jurídica (os produtos financeiros, a *securitização*),¹³⁹³ o direito real de habitação periódica (os imóveis em multipropriedade), a autonomização da marca relativamente ao “produto”, transformado em mero suporte material daquela que, por sua vez, foi elevada ao *status* de verdadeiro produto que o empresário coloca no mercado e é fonte do seu lucro – sendo, ela própria, objecto de contratos de elevada importância económica, como a licença ou o *merchandising*; - a transição da empresa da dimensão nacional para a transnacional e desta para

¹³⁸⁹ FRANCO, A. L. Sousa, *Capitalismo*, Polis, 1, 1983, col. 720.

¹³⁹⁰ Recordámos já a génese do direito comercial, em geral: *supra*, Parte I, Cap. II.

¹³⁹¹ Agora que se converteu em modelo único por implosão do concorrente, se bem que a sua realização prática comportou, como sempre comportou, diferentes velocidades e facetas.

¹³⁹² GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pág. 17.

¹³⁹³ De nova *alquimia* financeira ou *alquimia* global de securitização nos fala CALVÃO DA SILVA em *Titul[ariz]ação de Créditos – Securitization*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 8; *alquimia* que, como sabemos, ampliou o problema norte-americano dos *subprime loans*, contribuindo para o transformar na crise financeira e económica que abala o mundo desde 2007.

multinacional ou global: da unidade empresarial para a fragmentação económica e jurídica de diversas actividades, exercidas em diferentes lugares do mundo sob a direcção estratégica da *holding*;¹³⁹⁴ - a descentralização do processo produtivo, transformando a tradicional estrutura hierárquica da empresa num feixe organizado de relações contratuais, o que torna mais previsíveis e controláveis os custos de produção do mesmo passo que flexibiliza a organização empresarial e facilita os ajustamentos à rápida – e tantas vezes inopinada – evolução do mercado;¹³⁹⁵ - a (re)mercantilização da economia (supremacia do capital mercantil sobre o capital industrial), característica da nossa era pós-industrial terciarizada: a grande distribuição e o domínio da indústria pelo comércio (a última fase: a “parceria” distribuidor/produzidor induzida e dominada pelo primeiro, em regra mais forte e organizado do que este);¹³⁹⁶ - o acesso global ao conhecimento: a formação de quadros multinacionais, a disponibilização dos resultados da investigação científica, a transferência de tecnologia.¹³⁹⁷

Uma tal evolução, em que a crescente complexidade das actividades económicas obrigou à profissionalização dos seus agentes, à dimensão (*massa crítica*) das suas estruturas de apoio e à contínua procura de mercados cada vez mais amplos,¹³⁹⁸ reclamou do direito comercial respostas várias, sendo, cremos, de destacar: - a entificação da empresa, base e motor da vida económica contemporânea, através da expressa aceitação da unipessoalidade originária da sociedade por quotas;¹³⁹⁹ - a renovação e consagração de

¹³⁹⁴ Sobre a estrutura sectorialmente diversificada do Grupo Fiat, cfr. GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., págs. 22-23.

¹³⁹⁵ Em que a subcontratação (*outsourcing*), os projectos partilhados, a incorporação no produto de partes adquiridas a terceiros, incluindo concorrentes, em substituição da produção própria (como é o caso da indústria automóvel) e a distribuição através de franquizados assumem uma importância fundamental. Quanto a este último aspecto, por exemplo, refira-se que dos 35.493 restaurantes da Macdonald's Corporation 28774 (81%) são franquizados (<http://www.franchise.org/mcdonalds-corporation-franchise>), havendo todavia empresas que dão preferência a outras fórmulas de crescimento, como é o caso da Inditex (https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/.../i18n/catalogo_imagenes/imagen.cmd?path=1073520&posicion=2; ver tb. ZANNONI, Silvio, *Posso aprire un negozio Zara?* - http://www.betheboss.it/IndustryExperts_march_2013/franchising-Zara229.cfm, acessos em 4.12.2015). Cfr. o nosso *O crédito, a actividade e o direito comercial*, Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha, Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 1999, págs. 244-245, nota 20.

¹³⁹⁶ O que é particularmente visível no sector alimentar, se bem que não se restrinja a ele: cfr. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, Outubro de 2010 (http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf - acesso em 29.06.2015). A terciarização da economia portuguesa – consequência da subalternidade tradicional da indústria – ressalta com clareza da análise da evolução da balança comercial: pelo menos desde 1996 que o saldo é negativo para os bens e positivo para os serviços, o que significa que importamos mais bens do que exportamos e exportamos mais serviços do que importamos, ou seja, produzimos mais serviços do que bens (cfr. <http://www.pordata.pt/Portugal/Balan%C3%A7a+comercial-2594> – acesso em 30.11.2015).

¹³⁹⁷ <http://www.enterpriseeuropenetwork.pt/info/investigacao/Paginas/transftec.aspx> (acesso em 29.06.2015).

¹³⁹⁸ BREDA, Zélia/COSTA, Carlos, *Redes e internacionalização no contexto das empresas de turismo Portuguesas*, Revista Turismo & Desenvolvimento, n.ºs 17-18, vol. 4, págs. 107-108 (<http://www.ua.pt/degei/rtd> - acesso em 19.06.2015).

¹³⁹⁹ A unipessoalidade originária, consagrada enfim em 1996, exprime claramente a entificação da empresa, elevada à categoria de pessoa jurídica na figura da sociedade unipessoal (por quotas), assim ultrapassando os escrúpulos de raiz conceitualista que durante tanto tempo condicionaram o nosso legislador (apesar de ter sido este, como se sabe, um meio técnico de afirmar a limitação da responsabilidade do comerciante singular e não o resultado do tratamento *ex professo* da empresa) – cfr. o nosso *A empresa individual no*

figuras dirigidas à cooperação empresarial (*joint venture*, associação em participação, consórcio, agrupamento complementar de empresas, agrupamento europeu de interesse económico, grupos de sociedades, entre outros);¹⁴⁰⁰ - os contratos de distribuição comercial, alguns dos quais “são contratos recentes e plenos de actualidade”;¹⁴⁰¹ - a contratação em massa (à distância, electrónica, automática, em auto-serviço);¹⁴⁰² - a importância crescente reconhecida aos elementos imateriais da economia, expressos nos bens da propriedade industrial e nos contratos que os têm por objecto.¹⁴⁰³

5.2. A era da socialização: estatização, regulação, responsabilização

Particularmente a partir do fim da II Guerra Mundial, perante a ineficácia das velhas receitas liberais e a necessidade de reconstrução dos principais países europeus, vieram as nacionalizações, passando o Estado a intervir directamente na economia.

A onda de choque de tais transformações chegou a Portugal em 1975, com a nacionalização em massa das empresas no que se considerou ser a “via portuguesa para o socialismo”. No ano seguinte, a Constituição possível consagrava um sistema económico colectivista que, com o tempo e a reafirmação da vocação europeia, acabaria

direito comercial da lusofonia, cit., *max.* págs. 10 e ss. E convocamos aqui a unipessoalidade originária para vincar a intenção deliberada do legislador de promover, mesmo que indirectamente, a falada entificação, já que a mera aceitação da unipessoalidade superveniente não representa mais do que uma unipessoalidade tolerada (CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., págs. 37 e ss.). Para além de que a dificuldade de se libertar daqueles escríptulos impediu o legislador pátrio de seguir outros exemplos, aceitando, em geral, a unipessoalidade das sociedades anónimas. Note-se, por outro lado, que a entificação assim obtida, se representa a personalização da empresa vazada na forma social, também traz consigo uma certa “despersonalização” (ou “des-subjectivação”) da mesma pelo maior afastamento relativamente ao comerciante/empresário.

¹⁴⁰⁰ Sobre os contratos de cooperação empresarial, cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., págs. 389 e ss.; sobre os grupos de sociedades, NETO, Francisco dos Santos Amaral, *Os Grupos de Sociedades*, ROA, Ano 47 (1987), II, pp. 589-613, ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, e, na perspectiva fiscal sempre determinante nas decisões empresariais, SÁ, Nuno Filipe Rodrigues de, *A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC*, Universidade Católica – Porto, Maio de 2014 (Dissertação de Mestrado) – <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16044/1/A%20Tributa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Grupos%20de%20Sociedades%20na%20mais%20recente%20Reforma%20do%20IRC.pdf>, acesso em 19.06.2015.

¹⁴⁰¹ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 28. Entre eles, assume especial relevância o contrato de franquia (Idem, págs. 119 e ss.), instrumento privilegiado da referida descentralização do processo produtivo (*supra*, nota 1395), “o mais relevante, heterogéneo e complexo contrato de distribuição comercial.” (ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 452.) Quando falamos de conquistas do direito comercial a este propósito, temos em vista, não apenas o direito legislado como o resultante das decisões jurisprudenciais amparadas no trabalho doutrinário (cfr. AA., obs. e loc. cit.), já que, com excepção da agência, estamos perante contratos atípicos.

¹⁴⁰² ANTUNES, José A. Engrácia, ult. ob. cit., págs. 141 e ss.

¹⁴⁰³ Pensamos, por exemplo, nos contratos de licença de marca e de *merchandising*: cfr. GONÇALVES, Luís M. Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 300 e ss. – levando-se a desmaterialização ao ponto de admitir a licença de marca não previamente usada pelo licenciante (ob. cit., pág. 162), o que significa que este poderá dedicar-se apenas ao negócio de criação e licenciamento de marcas, disponibilizando-as aos licenciados cujos produtos ou serviços serão, por assim dizer, o seu suporte material. A protecção através da propriedade industrial, em geral, é hoje considerada um dos aspectos da inovação sem a qual a economia europeia não tem solução: cfr. o elucidativo testemunho de Mario Moretti, fundador da Geox, em entrevista ao jornal Público de 6.07.2015.

por se transformar num sistema de economia mista, tripartido, em que coexistem os sectores económicos público, privado e social, e em que o primeiro foi perdendo a predominância inicial a favor do segundo, mantendo-se o outro residual.¹⁴⁰⁴

Com a vaga de nacionalizações de 1975, o Estado transformou-se, em Portugal, no maior empresário, assumindo directamente a função produtiva. Mais tarde, as privatizações inverteriam o cenário, mantendo-se todavia o Estado presente, já não como empresário mas como regulador.¹⁴⁰⁵

A redução da actividade empresarial pública, com o conseqüente aumento da liberdade de acção privada, não deixou de se reflectir em novas formas de responsabilização dos agentes económicos: aí temos o alargamento do direito penal económico¹⁴⁰⁶ e a polícia económica.¹⁴⁰⁷

A assunção pelo Estado da função empresarial trouxe consigo a publicização da empresa, que, tradicionalmente configurada como sociedade comercial (no caso da empresa colectiva), passaria a revestir a forma de empresa pública; e o refluxo da vaga colectivista possibilitaria o caminho inverso, passando o Estado a actuar em veste privada e a reger-se pelo direito comercial.¹⁴⁰⁸

Por seu turno, a passagem do Estado empresário ao Estado regulador impulsionou o “direito da regulação”, “conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas por meio das quais o Estado (ou, de forma mais ampla, os poderes públicos), por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento

¹⁴⁰⁴ Cfr. a evolução da redacção do art. 80º da Constituição da República Portuguesa (<http://www.pgdlisboa.pt/>) bem como da “Lei de Delimitação dos Sectores” de actividade económica (Lei 46/77, de 8 de Julho; Lei 88-A/97, de 25 de Julho). Ver, quanto a esta evolução, SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, cit., págs. 72 e ss. Evolução que, testemunhada pelo próprio articulado constitucional em resultado das várias revisões a que foi sujeito, vai mesmo para além dele, ora por impulso da realidade e dos valores constitucionais (*infra*, nota 1716), ora por acção do legislador ordinário desrespeitando, sem conseqüências de maior, parâmetros constitucionais, como no caso, relevantíssimo para a economia e para as empresas, do sistema fiscal: cfr. NABAIS, José Casalta, *Ainda fará sentido o artigo 104º da Constituição?*, AA.VV., Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 486 e ss.

¹⁴⁰⁵ SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, ob. e loc. cit.

¹⁴⁰⁶ DIAS, Augusto Silva, *O Direito Penal como Instrumento de Superação da Crise Económico-Financeira: Estado da Discussão e Novas Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 2014 (e-book). Assume particular interesse o debate actual sobre a adequação da criminalização de comportamentos assumidos no exercício de actividades económicas à protecção dos interesses em causa, reavivado pela actual crise económica e financeira e as tentativas de compreender e tratar os “ilícitos da crise” no âmbito do já qualificado como “capitalismo de casino”.

¹⁴⁰⁷ O DL n.º 194/2012, de 23 de Agosto, qualifica a ASAE como órgão de polícia criminal (art. 15º), atribuindo ao pessoal de inspecção e aos dirigentes dos respectivos serviços o direito de uso e porte de arma (art. 16º).

¹⁴⁰⁸ O DL 260/76, de 8 de Abril, que aprovou o regime jurídico das empresas públicas, concebeu-as como pessoas colectivas de direito público (arts. 1º a 4º), o que confirma a referida publicização e, considerando que as empresas nacionalizadas e convertidas em “empresas públicas”, directa ou indirectamente, eram, na sua grande maioria, comerciais, suscitou o debate sobre a sua eventual natureza de comerciante perante o art. 13º do Código Comercial (ver, por todos, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 128-130). Para uma análise do conceito de empresa pública no domínio do DL 260/76, ver ATHAYDE, Augusto de, *Empresa Pública*, Polis, 2, 1984, cols. 939-945. Posteriormente, o DL 558/99, de 17 de Dezembro, atribuiu à empresa pública a natureza (privada) de sociedade comercial (art. 3º, 1), concepção que se mantém (Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, art. 5º, 1).

de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis.”¹⁴⁰⁹

E mesmo aquém dos extremos da criminalização, a responsabilidade decorrente do exercício das actividades comerciais, nas suas múltiplas vertentes – do comerciante individual e do seu cônjuge, dos sócios e administradores das sociedades comerciais¹⁴¹⁰ –, foi guindada à ribalta do direito comercial contemporâneo.

Restará acrescentar, neste âmbito, uma referência à responsabilidade social das empresas e, de modo mais geral, à dimensão ou função social do direito comercial.

Situando-se num plano metajurídico mas que não deixa de se repercutir no direito, a responsabilidade social das empresas resulta de compromissos por esta voluntariamente assumidos (ou por pressão externa ou no quadro de uma política esclarecida de investimento no mercado) e tem a ver com questões como a coesão social e o equilíbrio ecológico, procurando compatibilizar as “exigences économiques et [d]es exigences de la collectivité et [à] offrir sa propre contribution à la protection de droits et d’intérêts individuels et collectifs sur lesquels se répercutent les choix, les comportements, les stratégies des activités économiques.”¹⁴¹¹

Podendo inserir-se embora numa linha estratégica reveladora de (mais uma) “flutuação” ou “máscara” do capitalismo, o facto da responsabilidade social da empresa ter vindo para a ordem do dia dá conta de uma dimensão social a que o direito comercial não pode furtar-se e que se traduz já, para além daquela, na *deontologia comercial* e na *ética nos negócios*: aceita-se comumente que os homens de negócios não são “meninos de coro”, tolerando-se-lhes sugestões, artifícios usuais e dissimulações, “considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico”,¹⁴¹² permitindo-se-lhes que negoceiem “até às fronteiras do engano...”¹⁴¹³ Mas o que a realidade actual cada vez mais nos revela é que, pelo contrário, “o exercício do comércio tem [tem de ter] a sua deontologia”: “um comerciante não pode enganar o seu cliente: isso equivale – para além dos relevantes

¹⁴⁰⁹ SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, cit., págs. 207 e ss., com a distinção de diferentes perspectivas, sucessivamente mais restritas, de regulação pública da economia.

¹⁴¹⁰ *Supra*, nota 702.

¹⁴¹¹ ALPA, Guido, cit., pág. 251 e nota 35; *supra*, nota 862. Cfr., a propósito de um estudo de caso em que o respeito pelo meio ambiente é apresentado como instrumento de competitividade empresarial, COSTA, Kelly Jackeline et al, *Competitividade e Sustentabilidade Empresarial: um Estudo sobre como a Visão de Sustentabilidade foi relevante para a Competitividade de uma Empresa Florestal*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 6, 819-858.

¹⁴¹² Código Civil, art. 253º, 2 (*dolus bonus*): cfr., sobre a matéria, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., pág. 524; PRATA, Ana, cit., pág. 118, nota 268, citando a crítica aberta de CASTRO MENDES a esta disposição (“Num período que porventura é de declínio de valores morais, o artigo 253º, nº 2, não virá combater esse declínio, mas favorecê-lo.”); numa perspectiva jusfilosófica, lembrando que os “homens de negócios” escapam à dicotomia comum “homens de boa-fé”/“homens de má-fé”, razão pela qual se lhes permitiria uma certa “malícia negocial”, MARTÍNEZ, Soares, *Filosofia do Direito*, cit., pág. 481.)

¹⁴¹³ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 545 – “conceção que tem, subjacente, uma ideia de degradação social e moral do estatuto do comerciante, própria de certa tradição nacional” e que marcaria, no fundo, a linha divisória entre a profissão comercial (“a vulgar gente dos negócios”) e as “profissões nobres” (*supra*, nota 1296).

aspectos morais – a erradicar novos negócios e, no limite, a esterilizar um segmento do mercado”.¹⁴¹⁴

A posição (e manutenção) da empresa no mercado depende, hoje, para além disto, da percepção e reconhecimento público de que a sua actuação, nas várias frentes (clientes, fornecedores, trabalhadores, Estado, comunidades locais), se pauta por valores moral e socialmente aceitáveis, por padrões éticos reconhecidos na(s) comunidade(s) em que se insere.¹⁴¹⁵

A função social do direito comercial envolve e sintetiza todas estas exigências e, cremos, preconiza novos desenvolvimentos, como o enquadramento do nóvel “direito do consumidor”.¹⁴¹⁶

5.3. A resposta à crise e a procura de novas frentes e oportunidades

Tendo como objecto actividades económicas, o direito comercial espelha os problemas associados à interminável crise que vivemos, designadamente a insuficiência da riqueza gerada e do emprego, assumindo como temas centrais a continuidade da empresa insolvente¹⁴¹⁷ e o fomento da iniciativa empresarial.¹⁴¹⁸

¹⁴¹⁴ *Ibidem*, Autor que reconduz a deontologia comercial (deveres especialmente impostos a quem exerce a profissão comercial) ao conceito indeterminado dos bons costumes cujas implicações considera assumir, “no Direito comercial, uma feição ainda mais exigente do que no civil.”

¹⁴¹⁵ Como o “caso Volkswagen” nos veio recentemente lembrar. “Seria um grave erro pensar que, em especial no mundo dos negócios e do exercício profissional, a ética está a mais.” (MOREIRA, José Manuel, *A Ética contextualizada - A pessoa, o profissional, a empresa, a organização*, Apresentação feita na Ordem dos Engenheiros em 5 de Novembro de 2004 – [http://www.apdsi.pt/uploads/news/id482/jos%C3%A9%20manuel%20moreira%20\(univ.%20aveiro\)_%C3%A9tica_1026_20041105.pdf](http://www.apdsi.pt/uploads/news/id482/jos%C3%A9%20manuel%20moreira%20(univ.%20aveiro)_%C3%A9tica_1026_20041105.pdf), acesso em 16.10.2015.)

¹⁴¹⁶ *Supra*, nota 227. No Brasil, país em que, no domínio da actual Constituição, as preocupações sociais estão na primeira linha de combate, um dos princípios do direito comercial, acolhido no art. 7º do Projecto de novo Código Comercial em discussão na Câmara dos Deputados e no art. 8º do Anteprojecto de Código Comercial em debate no Senado, é o da função social da empresa (cfr. COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial*, cit., pág. 37).

¹⁴¹⁷ A crise económica e financeira veio pôr a nu a falácia do pensamento que presidiu ao CIRE em 2004, constituindo a “mudança de paradigma” ou “quebra extrema” de 2012 a resposta possível, no plano legislativo, à necessidade de avaliar e ponderar, em cada caso concreto, a capacidade de sobrevivência da empresa insolvente, não a tratando como mera coutada dos credores, privados e públicos, mas olhando também à sua dimensão social: cfr. o nosso *Créditos do Estado...*, cit., e bibliografia aí indicada.

¹⁴¹⁸ Promoção da iniciativa empresarial que o direito comercial vem assumindo com clareza: - a desburocratização e simplificação dos processos de constituição de sociedades, a que se procedeu, no âmbito do Programa SIMPLEX, com os projectos “Empresa na Hora” e “Empresa On-Line”/“Marca na Hora”, materializados nos decretos-lei 111/2005, de 8 de Julho, e 125/2006, de 29 de Junho, respectivamente (cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, “*Empresas na Hora*”, cit., e *supra*, nota 745), bem como os programas “Licenciamento Zero” e “Balcão do Empreendedor”, instituídos pelo decreto-lei 48/2011, de 1 de Abril; - a liberdade de determinação do valor do capital das sociedades por quotas (*supra*, notas 742, 743 e 744); - a limitação da responsabilidade do comerciante singular. Não podendo deixar de se referir, em contraponto, os esforços do legislador fiscal em sentido contrário: cfr. <http://pme.pt/dados-empresendedorismo-portugal/> - acesso em 30.06.2015.

§ 4º - Problemas do sistema jurídico-mercantil

1. Problemas que decorrem da dispersão formal das suas normas

Lembrámos já o estado actual de dispersão formal das normas jurídico-mercantis, polarizadas em três núcleos: o Código Comercial, as leis avulsas e as normas materialmente comerciais do Código Civil ou de diplomas habitualmente qualificados como civis;¹⁴¹⁹ e sabemos que uma tal dispersão é em geral sentida como vulnerabilidade do sistema jurídico, que lhe reduz a aptidão para cumprir um objectivo essencial: garantir a acessibilidade das normas jurídicas e, por via desta, a previsibilidade e segurança das transacções.¹⁴²⁰

Acresce que o problema da qualificação das leis *mercantis* avulsas não se apresenta resolvido à partida, tornando-se necessário definir o critério ou critérios a adoptar nessa qualificação: em termos práticos, perante um dado diploma legal, como saber se é ou não comercial, fonte legal do direito comercial?¹⁴²¹

Vigorando ainda o Código Comercial e sendo possível conhecer o seu conteúdo original, parece sensato considerar como ponto de partida esse mesmo conteúdo, qualificando como comerciais todas as leis que, desde o Código das Falências de 1899, descodificaram matérias dele constantes – critério histórico-legal que permite facilmente qualificar como comercial um conjunto importante de leis.¹⁴²²

Por outro lado, é claro que devemos admitir como *mercantis* as leis que, mesmo não tratando matéria incluída no código, se qualificam como tais, quer directa quer indirectamente, na medida em que qualificam actos como comerciais ou disciplinam actos já qualificados (ou qualificáveis) como comerciais.¹⁴²³

O problema põe-se relativamente aos diplomas legais que não preenchem qualquer um dos critérios acabados de enunciar: nem tratam matéria originariamente integrada no Código de Veiga Beirão nem se autoqualificam como comerciais, por via directa ou

¹⁴¹⁹ *Supra*, § 3º.

¹⁴²⁰ *Supra*, Parte I, Cap. III, § 4º, 1.4.

¹⁴²¹ Sobre o ponto, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, cit., págs. 78 e ss.

¹⁴²² Cfr. uma indicação extensa, se bem que exemplificativa, em CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 106-112. Estamos aqui perante um critério histórico-legal e, por isso, eminentemente formal, não fazendo sentido, segundo cremos, excluir da qualificação mercantil actos que vieram substituir actos previstos no Código Comercial cujo âmbito se alargou a “actividades económicas” no quadro da generalização do uso dos institutos mercantis, na medida em que as suas matriz e função económica são, na essência, as mesmas – constituindo tal exclusão mais um elemento complicador desta já de si tão intrincada matéria e sendo de ter em conta que a questão da delimitação material do direito comercial está em aberto. Com opinião contrária, expressa em relação ao contrato de associação em participação *vis-a-vis* o antecessor contrato de conta em participação, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ob. cit., pág. 79.

¹⁴²³ Exemplo de leis que se autoqualificam como comerciais temo-lo no CSC (se bem que este já seria qualificável como tal pelo critério histórico-legal), de leis que qualificam actos comerciais não previstos no Código Comercial no DL 248/86, de 25 de Agosto, que instituiu a figura do Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada, e de leis que disciplinam actos já qualificados como comerciais no DL 178/86, de 3 de Julho, sobre o contrato de agência [qualificação feita em face da norma do art. 230º, 3º, do Código Comercial – sobre a qualificação como comerciais de todos os actos da empresa mercantil, já GUILHERME MOREIRA (cfr. SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., pág. 101)].

indirecta.¹⁴²⁴ Problema que, no estágio presente, só pode ser resolvido com recurso a um conceito de “comercialidade substancial”¹⁴²⁵ cujos critérios se terão de procurar no Código Comercial, que continua a ser, apesar de tudo, a “bússola sistematizadora do Direito Comercial português”¹⁴²⁶ – comercialidade que depende, assim, dos conceitos de “acto de comércio” e de “comerciante” e do conhecido jogo de interacções que entre eles se estabelece.

2. Problemas resultantes da definição da “bússola do sistema”

Como acabámos de referir e é bem sabido, os pontos cardeais da comercialidade são, no sistema actual do nosso direito, os conceitos de “acto de comércio” e de “comerciante”, consagrados nos arts. 2º e 13º do Código Comercial – perspectiva que se acolhe à chamada teoria dos actos de comércio.

Há muito que um dos maiores comercialistas portugueses assinou a certidão de óbito deste modo de conceber o direito comercial e de lhe delimitar o campo de acção,¹⁴²⁷ notoriamente insuficiente para a compreensão das realidades a que o nosso ramo jurídico se dirige e que o justificam e fonte de vícios de raciocínio e jogos de palavras que não o dignificam.

Representa ele uma visão datada (e por isso mesmo desfasada) da realidade económica,¹⁴²⁸ que a experiência dos quase 130 anos que nos separam da entrada em vigor do Código Comercial demonstrou não ser ultrapassável (só) por via doutrinária.¹⁴²⁹ São geralmente reconhecidos os pontos fracos da teoria dos actos de comércio: - objectivação dos actos comerciais como meio de garantir a liberdade de comércio, vista ainda pelo prisma da abolição dos privilégios e não no sentido actual de autodeterminação

¹⁴²⁴ Como é o caso – sempre a título de exemplo – da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho, que estabelece normas sobre a constituição e o regime dos agrupamentos complementares de empresas. Sobre esta figura, ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., págs. 412 e ss.

¹⁴²⁵ “Comercialidade substancial” ou “ideia substantiva de comercialidade” que, no fundo, é tão só formal, determinada no puro plano jurídico, já que “recorrer à economia para esclarecer o tema iria desde logo contundir com a natureza histórica do Direito mercantil.” (CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 140.)

¹⁴²⁶ *Idem*, pág. 112.

¹⁴²⁷ CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., págs. 28 e ss; cfr. tb. SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., max. págs. 140 e 155.

¹⁴²⁸ Mero “vestige du passé”: CRUZ, Branca Martins da, *A teoria geral do acto de comércio – Sua relevância actual na determinação da matéria comercial*, AA.VV., *As Operações Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 123, citando VAN RYN e HEENEN (*Principes de Droit Commercial*, obra maior da Escola Belga de Direito Comercial – cfr. Centre Perelman de Philosophie du Droit, *Le Droit selon l'École de Bruxelles, Précurseurs, grandes figures et introduction à la conception du droit de l'École de Bruxelles*, 2013, pág. 32 - http://www.philodroit.be/IMG/pdf/ppt_introduction_BF_ecole_bxl.pdf, acesso em 3.12.2015).

¹⁴²⁹ Aliás, o legislador de um ramo de direito especial não pode deixar de lhe circunscrever ou delimitar o âmbito, de marcar as suas fronteiras – se bem que o deva fazer agora com a nítida consciência das suas próprias limitações, utilizando uma técnica flexível e indicativa, pois já não é possível “cortar cerce toda a questão” como ingenuamente se pensou em 1888 (*supra*, § 2º e nota 1325).

dos agentes económicos (principalmente frente ao Estado);¹⁴³⁰ - visão essencialmente¹⁴³¹ atomística desses actos, considerados em si, como realidades isoladas, desconexas;¹⁴³² - múltiplos critérios legais de qualificação dos actos mercantis: em função da “natureza comercial”,¹⁴³³ da ligação (conexão) com um acto dessa natureza, da forma especial que devam revestir, da existência (ou inexistência) de relação com um comerciante, da bilateralidade ou unilateralidade comercial da relação jurídica;¹⁴³⁴ ¹⁴³⁵ - a peculiar figura do comerciante, simultaneamente criatura e criador de actos de comércio;¹⁴³⁶ - uma concepção contratualista do “comércio” (acento tónico na “interposição nas trocas”¹⁴³⁷),

¹⁴³⁰ Com a consabida consequência de estender a aplicação do direito comercial à prática esporádica de actos comerciais por qualquer pessoa – o que está longe de corresponder, em nossos dias, à vocação deste ramo do direito.

¹⁴³¹ Com excepção do art. 230º, em que nos é fornecida uma “lista” de actividades comerciais, traduzidas em encadeamentos (séries) de actos e já não de actos isolados ou ocasionais: cfr. *infra*, nota 1439.

¹⁴³² CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. e loc. cit. O sistema do nosso Código Comercial, à maneira da época, assenta em actos isolados, ocasionais (art. 2º, 1ª parte) e, por isso (e só por isso) praticáveis por qualquer pessoa (art. 1º); daí o insucesso da vertente (conexão) objectiva da teoria do acessório – teoria, como se sabe, desenvolvida pela doutrina comercialista francesa com o objectivo de delimitar a qualificação mercantil, incluindo e excluindo actividades económicas, marcando os contornos do círculo mercantil dentro do grande universo das relações privadas -, pois desde logo se viu que só faria sentido estender a aplicação do direito comercial para além do especialmente previsto pelo legislador quando estivessem em causa interesses profissionais dos comerciantes (art. 2º, 2ª parte): SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., págs. 45, nota 18, e 48.

¹⁴³³ Conceito que, parecendo mergulhar na realidade da vida económica, é, todavia, manifestamente formal, uma vez que, ao lado dos actos respeitantes ao comércio em sentido económico, teriam “natureza comercial” os englobados no art. 230º do Código Comercial: CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, I, cit., págs. 60-63 e 125-126. Referindo-se à “natureza comercial” como algo “inapreensível pelo jurista”, CRUZ, Branca Martins da, cit., pág. 101.

¹⁴³⁴ Diversidade de critérios que revela uma aproximação casuística, fragmentária, do legislador na definição da “matéria mercantil” (vários critérios que se cruzam conforme a percepção e o entendimento que historicamente foi tendo do comércio, dos seus interesses e das suas necessidades de regulamentação e que se concretizam, não em normas definidoras, mas em normas de enumeração, implícita ou explícita, de actos e actividades), fruto da incapacidade da ciência jurídica em definir um critério unitário (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., págs. 71 e ss.) – incapacidade evidenciada pelas inúmeras (e sobreponíveis) classificações doutrinárias de actos de comércio: *vide*, por todos, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 64 e ss. [Casuismo que bem se revela quando percorremos os actos originariamente previstos no Código Comercial, em que há de tudo: actos objectivos e subjectivos, absolutos e acessórios, formais e substanciais ...]

¹⁴³⁵ Cabe aqui uma (brevíssima) referência à muito debatida questão da qualificação de actos comerciais por analogia cuja recusa por uma significativa maioria de autores radica na procura da maior nitidez (segurança) possível no traçar das fronteiras do direito comercial – sendo certo que a vivacidade e perenidade deste debate doutrinário constitui elucidativa demonstração das vulnerabilidades deste modo de determinar o âmbito do direito comercial (sobre o ponto, ver, por todos, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 209 e ss. e ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 87 e ss.; *supra*, nota 1325; e, defendendo que, afinal, a teoria dos actos de comércio “teve apenas como função organizar a normatividade mercantil do mercado segundo a tutela de interesses dos seus efectivos sujeitos económicos, os *profissionais do comércio*”, aí residindo a razão de ser do acolhimento restritivo da teoria do acessório, recusando a conexão objectiva e, logo, a analogia na qualificação de actos de comércio, SENDIN, Paulo M., ult. ob. e loc. cit.).

¹⁴³⁶ Considerando o comerciante “sujeito-objecto do direito comercial”, COSTA, Ricardo, cit., pág. 140.

¹⁴³⁷ E daí a centralidade (e o cuidado posto na definição) do contrato de compra e venda (arts. 463º e 464º), “o contrato máximo do comércio; [é] a sua mola principal” (CUNHA GONÇALVES, *apud* SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 72 e nota 77).

sucessivamente transportada do comércio para a indústria, para a finança e para os serviços,¹⁴³⁸ e ausência de uma visão orgânica da realidade económica.¹⁴³⁹

Sabendo-se ainda que a esta amálgama de critérios jurídicos da comercialidade se têm vindo a acrescentar novos critérios ou referenciais, progressivamente mais abrangentes (ou generalizadores): a “actividade económica”¹⁴⁴⁰ e mesmo qualquer actividade.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁸ O que obrigou à ficção doutrinária do “comércio em sentido jurídico”: CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., págs. 4 e ss.; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 40; SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 79, nota 99.

¹⁴³⁹ Apesar dos (louváveis) esforços desenvolvidos na nossa doutrina (em especial, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 77 e ss., *max.* 88), não vemos que o art. 230º do Código Comercial, seja qual for o critério de interpretação usado, possa conter mais do que actividades, mais do que “conjuntos articulados de ‘atos’ comerciais” (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 218-219), pois é patente que ignora qualquer ideia, por muito difusa, de organização – ideia que, no limite, não era ao tempo, no direito comparado, muito mais do que embrionária (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *ult. ob. cit.*, pág. 83, nota 159) – isto apesar de haver já referências à empresa como “organização capitalista dos factores de produção” na doutrina comercialista nacional do início do séc. XX, referências que, contudo, acentuavam a estabilidade, permanência e sistematicidade do exercício da actividade (SENDIN, Paulo M., *ult. ob. cit.*, págs. 73-74 e nota 84). Pode bem aplicar-se aqui a reflexão crítica de JOAQUÍN GARRIGUES a propósito do Código espanhol, censurando-lhe “la tendencia a considerar todo el Derecho mercantil como un Derecho de las obligaciones especiales del comercio, con olvido del aspecto orgánico de la empresa mercantil” (*ob. cit.*, pág. 118).

¹⁴⁴⁰ Critério utilizado em numerosas leis comerciais avulsas (v.g., CPI, diplomas reguladores de figuras como o ACE, o consórcio, a associação em participação) e que ou se entende referido a um plano puramente económico (fáctico) – plano em que se terá de trabalhar com as características essenciais dos fenómenos económicos (MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., págs. 25-28), o que conduzirá à desconsideração da natureza histórica do direito comercial (*supra*, nota 1425) -, ou se terá de construir a partir das indicações fornecidas pelo direito comercial positivo quanto às actividades económicas não comerciais (Código Comercial, arts. 230º, §§ 1º, 2º e 3º, e 464º, 2º, 3º e 4º) ou, de uma forma mais geral e aqui mais útil, pelo direito civil (Código Civil, art. 980º), em que o critério da economicidade tem como limite a “mera fruição” de bens (ou seja, actividade económica é a actividade criadora de riqueza nova, de novas utilidades económicas a partir dos bens empregados no seu exercício: cfr. CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, II, Universidade de Coimbra, polic., 1968, págs. 7-8; ou, dito de outra maneira, o conjunto dos “diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”: CPI, art. 1º). Cfr. *infra*, nota 1562.

¹⁴⁴¹ Como na definição do campo de aplicação do instituto da insolvência (CIRE, art. 2º) – definição que, reportando-se a um critério subjectivo (apesar da lamentável imprecisão conceptual e terminológica do preceito), abrange manifestamente qualquer actividade ainda que não económica (sobre esta norma, ver FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2013, págs. 76-82).

Capítulo II – Revisitando o problema da autonomia do direito comercial

“... uma tendência do direito mercantil para imprimir o seu selo no mundo em redor, mas também para reinventar continuamente esse selo, contrapondo-se e impondo-se ao mundo circundante.”

Orlando de Carvalho¹⁴⁴²

§ 1º - Os termos do problema

As dificuldades associadas à definição do objecto do direito comercial assente no acto de comércio não podiam deixar de suscitar a questão de saber se, assim objectivamente recortado, sem a antiga (e genética) relação umbilical à pessoa do comerciante, continua a justificar-se como ramo de direito autónomo relativamente ao direito privado comum. Ou, dito de outra forma: se nos “actos de comércio” existem aspectos ou necessidades de regulamentação específicos que reclamem e justifiquem um corpo normativo especial, distinto e autónomo das normas gerais que disciplinam a vida do homem comum em sociedade.

Discussão clássica, “por vezes apaixonada(s) e não raro confusa(s)”,¹⁴⁴³ cujos termos iremos, em síntese, recordar aqui.

1. As posições unificadoras

A posição historicamente mais conhecida no sentido da unificação do direito civil e do direito comercial foi a de CESARE VIVANTE, em finais do séc. XIX.¹⁴⁴⁴ Posição que tinha já, no entanto, importantes antecedentes doutrinários.¹⁴⁴⁵

¹⁴⁴² *Critério*..., cit., pág. 177.

¹⁴⁴³ OLAVO, Fernando, cit., pág. 17.

¹⁴⁴⁴ Assumida na conhecida lição magistral bolonhesa de 1892: GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, cit., pág. 24, nota 6. Mas já em 1888, VIVANTE se pronuncia a favor da unificação dos direitos civil e comercial (VIVANTE, Cesare, *Per un codice unico delle obbligazioni*, reproduzido em *Scuola superiore dell'economia e delle finanze, Rivista On-line*, Ano VII, Número 2, Abril-Setembro 2010, <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/sitee4a7.html?page=...>, acesso em 16.10.2015; CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas* ..., cit., pág. 12, nota 21). Dando conta da polémica então surgida a este respeito, SACERDOTI, Adolfo, *Contro Un Codice Unico Delle Obbligazioni*, 1890, Reprint. London: Forgotten Books, 2013. 1-2. Print. (http://www.forgottenbooks.com/readbook_text/Contro_Un_Codice_Unico_Delle_Obligazioni_1300014391/1 - acesso em 16.10.2015).

¹⁴⁴⁵ MAGALHÃES, Barbosa de, cit., págs. 11-12; CARVALHO, Orlando de, ult. ob. e loc. cit.; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, cit., págs. 45 e ss., em especial nota 57. Interessante notar, com este último Autor, que a intervenção precursora de TEIXEIRA DE FREITAS (cfr. nota seguinte) tem um antecedente português bem anterior (1822): VICENTE J. F. CARDOZO DA COSTA em *Que he o codigo civil?*, Lisboa, 1822, págs. 109-114; anterior, mesmo, a MONTANELLI, autor geralmente apontado como o pioneiro contra a separação do direito privado em dois códigos, civil e comercial, em livro publicado em 1847 (CARVALHO, Orlando de, *Critério*..., cit., pág. 123). [Sobre VICENTE CARDOZO DA COSTA ver *supra*, nota 27.]

Um desses precursores foi o brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS que, em 1867,¹⁴⁴⁶ em carta dirigida ao Ministro da Justiça a propósito da sua colaboração na pretendida reforma da legislação civil do Império, propõe a absorção pura e simples da legislação mercantil pelo futuro Código Civil. O unitarismo – ou *fusionismo*¹⁴⁴⁷ - de TEIXEIRA DE FREITAS radica na sua luta pela propriedade da terra,¹⁴⁴⁸ “pelo Brasil do interior contra o Brasil litorâneo”,¹⁴⁴⁹ reagindo “contra o predomínio de uma burguesia mercantil dominada pela busca de um lucro fácil e célere, em detrimento dos interesses de uma agricultura ‘civil’, carecida de estímulos, de compreensão e de segurança”, contra “um conjunto de regras de exceção e favor que, privilegiando a fortuna mais duvidosa e inescrupulosa – a ‘*res mobilis, res vilis*’, a circulação sobre o consumo -, constituía uma afronta para as verdadeiras sedes da riqueza, que permaneciam esquecidas pelo direito do seu tempo.”¹⁴⁵⁰ Diferentemente, VIVANTE sustentou a unificação, não pela defesa da economia agrária – a realidade italiana era bem diversa da brasileira -, mas pela defesa do cidadão comum, diríamos hoje do consumidor, e do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei ínsito no ideário liberal da sociedade de oitocentos. “Sob[re] a pressão dos meios mercantis que o legislador de 82 chamara a intervir no novo Código de Comércio – ‘os industriais, os banqueiros, os seguradores, os representantes das grandes sociedades ferroviárias’ (...), o novo código italiano, com a inclusão do regime dos actos unilaterais do ADHGB, a comercialização dos imóveis e a relevância de certos usos que, segundo o mestre de Bolonha, constituiriam ‘uma verdadeira insídia à boa-fé’ (...), revelava-se um autêntico direito de ‘regalia’, com a agravante de se submeter a essa ‘regalia’ – a essa lei manifestamente *pro domo* – quem de qualquer sorte estivesse em contacto com a classe privilegiada.”¹⁴⁵¹

VIVANTE acabou por abandonar a posição unificadora quando, anos mais tarde, presidiu à comissão de reforma da legislação comercial italiana, ocasião em que não só não insistiu na fusão dos direitos civil e comercial como concordou com a elaboração de um novo

¹⁴⁴⁶ Pensamento unitarista que já nele se insinua vários anos antes, em 1854, com 34 anos de antecedência relativamente ao primeiro VIVANTE: CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., págs. 8-11.

¹⁴⁴⁷ MAGALHÃES, Barbosa de, cit., pág. 51.

¹⁴⁴⁸ Acentuando, na dicotomia *direitos reais* – *direitos pessoais*, a primazia económico-jurídica dos primeiros, com o conseqüente apego a uma noção física de coisa que “elimina do mundo das res uma soma de bens extremamente importantes da vida económico-jurídica de hoje (estabelecimentos, criações, invenções, etc.), preparando o terreno para uma concentração dos problemas de domínio sobretudo na riqueza imobiliária” (CARVALHO, Orlando de, ob. cit., pág. 36 e nota 49.)

¹⁴⁴⁹ Idem, pág. 52. Para a caracterização da economia brasileira do tempo, com o interior do país dominado pela estrutura agrária representada pelos fazendeiros que produziam para o mercado internacional géneros alimentares e com a burguesia comercial que florescia nas cidades do litoral e se dedicava à exportação dos produtos agrícolas e à importação para o mercado interno, GOMES, Orlando, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Martins Fontes, 2006.

¹⁴⁵⁰ CARVALHO, Orlando de, cit., pág. 24.

¹⁴⁵¹ Idem, pág. 49 – nota 71.

código de comércio separado do código civil.¹⁴⁵² Sucedeu-lhe ROTONDI “ao leme do movimento unificador”¹⁴⁵³.

Os argumentos dos fusionistas eram, essencialmente, os seguintes: a) a delimitação da matéria mercantil era artificiosa: muitos actos eram considerados comerciais sem que, no entanto, tivessem qualquer relação com o comércio em sentido económico; b) a delimitação da matéria mercantil era incerta, já que era muitas vezes duvidoso saber-se se uma relação se deveria submeter à lei civil ou à comercial; c) o Código Comercial, enquanto código da classe dos comerciantes, tornava indefesos os não comerciantes a ele sujeitos;¹⁴⁵⁴ d) a consagração dos usos comerciais como fonte de direito submetia os não comerciantes a normas, para eles, desconhecidas.¹⁴⁵⁵

ROTONDI acrescenta ainda outros argumentos: a) a abolição dos tribunais de comércio; b) a sujeição de todos os cidadãos ao Direito Comercial em virtude do desenvolvimento económico geral; c) a extensão dos princípios comerciais às relações civis; d) a extensão da falência aos não comerciantes; e) a tendência para excluir o Direito Marítimo do Código de Comércio; f) a generalização do uso dos títulos de valores.¹⁴⁵⁶

Observando, na evolução da economia da sociedade em que viviam, as tendências (convergentes) da generalização ou *civilização* do direito comercial e da *comercialização* do direito civil, desaparecida a antiga importância da delimitação da matéria mercantil através da categoria histórica dos actos de comércio em vista da fusão das jurisdições, concluíram os teóricos da unificação que “duma constituição económica uniforme não pode irromper o dualismo do direito privado” (BOLÀFFIO)¹⁴⁵⁷ – concluíram, em suma, pela tendência irreprimível do direito comercial para se fundir progressivamente com o civil.¹⁴⁵⁸ “Neste condicionalismo, o direito comercial aparecer-nos-ia com a natureza de uma categoria ‘histórica’ e ‘transitória’, destinado a desaparecer como disciplina jurídica autónoma e a ser absorvido pela disciplina mais geral do direito civil.”¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵² MAGALHÃES, Barbosa de, cit., págs. 51-52. De notar que não foi esse o caminho seguido pelo legislador italiano que, no *Codice Civile* de 1942, veio a unificar, pelo menos sob o ponto de vista formal, os direitos civil e comercial. As razões da “palinódia” (CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 125) ou do “acto parcial de conversão” (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. e loc. cit.) de VIVANTE não terão sido de natureza política (aderiu ao fascismo de Mussolini, que promulgou o *Codice Civile* unificado) mas antes de natureza científica e técnica, dada a diferente velocidade de amadurecimento do estudo da teoria geral das obrigações e dos contratos civis e comerciais.

¹⁴⁵³ MIRANDA, Alberto Souto de, *A Autonomia do Direito Comercial*, As Operações Comerciais, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 306; CARVALHO, Orlando de, ult. ob. e loc. cit.

¹⁴⁵⁴ Este argumento corresponde, como referimos, à base da tomada de posição do primeiro VIVANTE. Base que assenta na observação de que o direito comercial se transformou, de novo, num direito de “regalia”, num direito de classe privilegiada, ou seja, para usar a expressiva síntese de ORLANDO DE CARVALHO, “o ‘objectivo’ é um alibi do ‘subjectivo’, o que, aliás, está na lógica da implantação da burguesia.” (*Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 48.)

¹⁴⁵⁵ MIRANDA, Alberto Souto de, cit., pág. 305.

¹⁴⁵⁶ Idem, pág. 306.

¹⁴⁵⁷ Ibidem. CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 22 – nota 1. É este, como observa ORLANDO DE CARVALHO, o argumento central ou “ideia dominante” dos unificadores (*Critério...*, cit., págs. 124-125).

¹⁴⁵⁸ CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 122.

¹⁴⁵⁹ CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. e loc.cit. Orientados pela crença numa progressiva nivelação da zona privatística, que constituiu o *leitmotiv* da sua posição ao longo de uma batalha de cem anos, os unificadores perspectivavam o direito comercial do futuro como um mero capítulo do direito civil, ao lado e no mesmo pé do direito das obrigações, dos direitos reais, do direito da família ou do direito das sucessões, sem embargo das especializações internas que seriam, ainda, mais numerosas (CARVALHO, Orlando de, ob. cit., págs. 122-123).

Na doutrina portuguesa, as posições unificadoras ou fusionistas foram defendidas, “vigorosamente”,¹⁴⁶⁰ por BARBOSA DE MAGALHÃES,¹⁴⁶¹ GUILHERME MOREIRA¹⁴⁶² e CUNHA GONÇALVES.^{1463 1464}

2. As posições autonomistas

A defesa da autonomia do direito comercial perante o direito civil foi, inicialmente, feita, a partir da perspectiva clássica dos actos de comércio, por ALFREDO ROCCO. Partiu ROCCO da substância das coisas, da materialidade da vida económica, indagando “se, no âmbito das relações económico-privadas, existe uma categoria de relações que necessite de uma disciplina jurídica especial e, ao menos em grande parte, diversa”,¹⁴⁶⁵ para, sobre a base de um conceito unitário de acto de comércio, que identificou como “todo o acto que realiza ou facilita uma interposição na troca”,¹⁴⁶⁶ especificar os princípios substantivos do direito comercial e elencar as especiais exigências que os actos reconduzíveis àquela categoria dirigem ao direito: a maior simplicidade de forma na constituição das relações jurídicas e a mais eficaz tutela do crédito.

Colocada a questão nesta perspectiva objectiva, tornava-se muito difícil chegar a conclusões satisfatórias para a tese autonomista, na medida em que a evolução do direito civil das obrigações caminhava exactamente, acompanhando as exigências da vida nas sociedades mais desenvolvidas, no sentido da simplificação dos actos jurídicos – mais tarde chamar-se-lhe-á *desburocratização* – e da tutela do crédito, que se reforçava à medida que este se generalizava. Como se tornava difícil, a partir dos códigos oitocentistas, não só estabelecer uma relação intelegível entre os actos de comércio e a substância ou materialidade da economia como até corroborar o pretense conceito unitário de acto de comércio.¹⁴⁶⁷

Se a isto somarmos a visível tendência de interpenetração entre o direito civil das obrigações e dos contratos e o seu homólogo comercial, compreenderemos por que falhou a tentativa de ROCCO: não conseguiu “superar devidamente as dificuldades que à tese da autonomia o fenómeno da generalização do direito comercial viera levantar”, na medida em que “não chega a negar frontalmente que a evolução económica e social tenda para uma efectiva homogeneização da zona de direito privado, antes se limita a defender

¹⁴⁶⁰ OLAVO, Fernando, cit., págs. 18-19.

¹⁴⁶¹ Ob. cit.

¹⁴⁶² *Instituições do Direito Civil Português*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, págs. 147-149: “... autonomia do direito commercial já muito contestada e com razões que julgamos completamente procedentes...”

¹⁴⁶³ Autor que “entendia que a divisão entre o Direito civil e o comercial ‘... não tem razão de ser e só se funda na formação histórica de algumas especialidades mercantis...’” (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 145, nota 421).

¹⁴⁶⁴ De notar que a experiência unificadora do Código Suíço das Obrigações teve explícita repercussão na nossa doutrina dos finais do séc. XIX e princípios do séc. XX, como se pode ver em MARNOCO E SOUSA (cfr. MAGALHÃES, Barbosa de, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1951*, ROA, Ano 11 (1951), n.ºs. 3 e 4, pág. 370).

¹⁴⁶⁵ MAGALHÃES, Barbosa de, *A Revisão Geral do Código Civil ...*, cit., pág. 28.

¹⁴⁶⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., pág. 73.

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*.

que, no arranjo presente da sociedade, de tal homogeneização não pode ainda falar-se.”¹⁴⁶⁸

Daí que, precedendo, nalguns casos, e seguindo, noutros, a reintrodução, pelo HGB de 1897, da visão subjectiva do direito comercial, a doutrina autonomista se tenha (re)centrado na figura do comerciante: com VIDARI e o seu “código dos comerciantes”, com THALLER,¹⁴⁶⁹ com FRANCHI e as especificidades do “grande tráfico”, mas sobretudo com HECK e a sua teoria dos actos em massa,¹⁴⁷⁰ que trazia já implícita a concepção empresarial ou “empresarialista”¹⁴⁷¹ do direito comercial, em voga a partir dos anos vinte do séc. XX.¹⁴⁷²

Concepção que, difundida por autores como WIELAND e MOSSA, assumida, mais perto de nós, por GARRIGUES,¹⁴⁷³ aceite, embora com reservas, pela doutrina nacional (reconhecendo na empresa o “princípio energético” do direito mercantil: FERRER CORREIA,¹⁴⁷⁴ ORLANDO DE CARVALHO,¹⁴⁷⁵ MENEZES CORDEIRO,¹⁴⁷⁶ COUTINHO DE ABREU¹⁴⁷⁷), ganha hoje novas asas, perante a complexidade da vida económica e as suas reforçadas exigências de profissionalidade, dimensão e especialização.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁶⁸ CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 24. Cfr., no mesmo sentido, MAGALHÃES, Barbosa de, cit., pág. 29.

¹⁴⁶⁹ THALLER, E., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, cit., págs. 6-7 e, especialmente, 14, em que, referindo-se ao HGB, então recente, escreve: ” On pourrait entrer dans ce système, en le débarrassant des éléments accessoires qui ne font que l'obscurcir. Mais le premier progrès à accomplir serait de renoncer à la pensée d'un droit commercial s'étendant à des actes accidentels: il faudrait résolument restreindre ce droit à la profession.”

¹⁴⁷⁰ CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. cit., págs. 25-27. Chamando a atenção para a “magistral antecipação” de VIDARI à célebre teoria dos actos em massa de HECK, que teria possibilitado, por sua vez, a antecipação do nosso GUILHERME MOREIRA, SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 96 e nota 111; cfr. tb. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 42-43, nota 46 [ERCOLE VIDARI (1836-1916), professor de Direito Comercial na Universidade de Pavia, publicou a sua obra de maior fôlego, o *Corso di diritto commerciale*, em 9 volumes, entre 1877 e 1887 (<http://www.treccani.it/enciclopedia/ercole-vidari/> - acesso em 12.10.2015); GUILHERME MOREIRA publicou o seu *Actos de commercio – Estudo exegetic e critico das disposições do novo codigo comercial* em 1889 (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *ibidem*); a teoria de HECK viria a lume em 1902 (CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 136; SENDIN, Paulo M., ob. e loc. cit., Autor que refere também a ligação de VEIGA BEIRÃO a VIDARI, fundador da moderna escola italiana do direito mercantil, expressa em citações recíprocas – pág. 157, nota 218.)].

¹⁴⁷¹ CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. cit., pág. 28.

¹⁴⁷² CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 134-137.

¹⁴⁷³ Autor que, tendo começado por identificar o direito mercantil com a organização da empresa e a sua actividade externa, acabou por considerá-lo, de modo mais abrangente, como um direito de instituições e de mecanismos jurídicos: Idem, pág. 153; GARRIGUES, Joaquín, cit., pág. 35.

¹⁴⁷⁴ *Lições...*, I, cit., págs. 28 e ss.; *Sobre a projectada reforma ...*, cit., págs. 31 e ss.

¹⁴⁷⁵ *Critério...*, cit., pág. 177.

¹⁴⁷⁶ *Direito Comercial*, cit., págs. 141-143 e 320 e ss.

¹⁴⁷⁷ *Curso...*, I, cit., págs. 44-45.

¹⁴⁷⁸ Cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., págs. 33-40. De notar que, como vimos (*supra*, Parte I, Cap. II, § 3º, 3), é esta a tendência subjacente à reforma do código alemão de 1998 (CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 260-263) e, quanto ao tema relevantíssimo dos contratos comerciais, à generalidade dos direitos a nível global, tanto do *civil law* como do *common law* (ANTUNES, José A. Engrácia, ob. e loc. cit.).

A tese autonomista é largamente maioritária na doutrina portuguesa dos séculos XX e XXI: FERRER CORREIA,¹⁴⁷⁹ FERNANDO OLAVO,¹⁴⁸⁰ GALVÃO TELLES,¹⁴⁸¹ ORLANDO DE CARVALHO,¹⁴⁸² MENEZES CORDEIRO,¹⁴⁸³ COUTINHO DE ABREU,¹⁴⁸⁴ CASSIANO DOS SANTOS,¹⁴⁸⁵ PAULO OLAVO CUNHA.¹⁴⁸⁶

§ 2º - Especialização e generalização. Relativização do problema

Ao recordar os termos em que tradicionalmente se põe o problema da autonomia do direito comercial definido em função da teoria dos actos de comércio, a primeira questão que ocorre é a de saber onde está a “especialidade” destes actos relativamente aos actos de direito comum ou civis. Se tomarmos o exemplo paradigmático da compra e venda, vemos que a nota específica está na intenção de revenda da coisa comprada: em tudo o resto é idêntico ao homólogo civil;¹⁴⁸⁷ se olharmos para a letra de câmbio, a especialidade reside no modo de circulação dos créditos,¹⁴⁸⁸ função que determinou as particularidades do seu regime e dos negócios jurídicos que lhe estão associados; se, enfim, considerarmos a insolvência, vemos que o que lhe está na base é o tratamento concursal dos credores.¹⁴⁸⁹ Olhando o acto (operação ou processo) em si, como conceito, não há nenhuma especialidade: o que há, claramente, é uma *função*, um *fim* a que estes “actos” se preordenam e que servem – fim esse, seja a intermediação entre a oferta e a procura de bens económicos ou a sua aquisição para transformação e posterior venda, seja a fácil e segura circulação de créditos ou a sua garantia e melhor cobrança, seja a tutela de todos os credores de um dado sujeito ou património, que verdadeiramente só atinge a dimensão que justifica a intensidade da tutela que lhes é dispensada quando tais actos se vêm numa perspectiva, já não de prática isolada ou acidental, mas de natureza profissional. Ou seja: sem dúvida que os actos (objectivos) de comércio podem ser praticados por qualquer pessoa; mas o que explica a sua existência e fisionomia e, em muitos casos, a sua distinção de um género civil não é essa possibilidade, sempre vista como residual – antes a aptidão para cumprir a função económica que lhes foi assinalada.

¹⁴⁷⁹ *Lições...*, I, cit., pág. 37.

¹⁴⁸⁰ Ob. cit., pág. 21.

¹⁴⁸¹ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 145.

¹⁴⁸² *Critério...*, cit., págs. 176-177.

¹⁴⁸³ Ult. ob. e loc. cit.

¹⁴⁸⁴ *Curso...*, I, cit., pág. 52.

¹⁴⁸⁵ Ob. cit., págs. 52 e ss.

¹⁴⁸⁶ *Lições de Direito Comercial*, cit., pág. 25, Autor que prevê, no entanto, uma diluição futura do direito comercial no direito comum, parecendo sufragar a tese da categoria transitória.

¹⁴⁸⁷ ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 346. Já GUILHERME MOREIRA observara que entre os actos de comércio, considerados isoladamente, em si mesmos, e os actos civis não há nenhuma diferença essencial (referido por SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 97 e nota 113).

¹⁴⁸⁸ CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, III, Universidade de Coimbra (polic.), 1975, pág. 12; SENDIN, Paulo Melero, *Letra de Câmbio – L. U. de Genebra*, I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1980, pág. 8; constatando que a experiência demonstra que a função primeira da letra de câmbio desapareceu, centrando-se esta na função de garantia como instrumento de cobrança de créditos, CUNHA, Carolina, cit., págs. 42-43.

¹⁴⁸⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pág. 18.

Isto mesmo se alcança quando, em vez de encarar os actos e a sua estrutura, procuramos os interesses que subjazem ao particular regime jurídico-mercantil:¹⁴⁹⁰ é evidente que todos os credores merecem a tutela do direito, todas as transacções devem poder concluir-se sem demoras e em segurança, mas o que explica as soluções desenvolvidas pelo direito comercial são os específicos interesses dos profissionais do comércio, muito mais expostos do que o cidadão comum, pela própria “massificação” dos negócios, aos riscos do crédito, da perda de mercado, da insubsistência do negócio realizado.

E foram justamente a adequação e perfeição dessas soluções que estiveram na origem da chamada generalização dos institutos comerciais e do direito comercial: tão bem correspondiam à defesa dos particulares interesses dos comerciantes que o homem comum, quando portador de interesse semelhante ou aproximado, passou a usá-los: era a letra de câmbio um meio fácil e rápido de circulação de créditos ou seguro de garantia dos mesmos, use-se a letra mesmo para actos que nada têm a ver com o comércio; e o mesmo se pode dizer em relação ao cheque ou à sociedade comercial ou à generalidade dos actos objectivamente comerciais.

A generalização do uso dos actos e institutos jurídico-comerciais é um facto; só que, ao contrário do que pensaram os unificadores,¹⁴⁹¹ não implicou a perda da sua especificidade¹⁴⁹² – na medida em que as suas características se mantêm¹⁴⁹³ –, o que significa, como há muito observou ORLANDO DE CARVALHO,¹⁴⁹⁴ que, ao entrar em zonas civis, o direito comercial só se fortalece, não se desvanece.

E fortalece-se a tal ponto que lhe passa a ser quase indiferente a sede formal que o acolhe: quer seja um código comercial separado quer um código civil unificado, os contratos e mecanismos por que se exprime mantêm sempre as suas especiais fisionomia e características.

Sabe-se hoje não ser possível reconduzir a um único código (civil ou comercial) toda a matéria mercantil cuja fragmentação em vários sectores é, como se reconhece por toda a parte e fundamentalmente por causa da complexidade que cada um apresenta, um dado irreversível.¹⁴⁹⁵ E por isso a velha questão da autonomia do direito comercial, se bem que não resolvida nos termos em que historicamente se pôs, perdeu todo o seu interesse, que

¹⁴⁹⁰ Interesses tradicionalmente especificados como a tutela do crédito, a celeridade na celebração dos negócios, a fácil e rápida circulação dos créditos, a segurança jurídica: CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., págs. 32 e ss.; e que encontram tradução, hoje desenvolvida, nos chamados princípios comerciais materiais: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 233 e ss.

¹⁴⁹¹ A defesa da unificação dos direitos civil e comercial assentou, por um lado, numa visão atomística dos actos de comércio e, por outro, numa perspectiva contratualista do comércio assente no paradigma do comércio em sentido económico: cfr. MAGALHÃES, Barbosa de, *A Revisão Geral do Código Civil...*, cit., págs. 24 e ss.

¹⁴⁹² Preferimos falar de *especificidade* em vez de *especialidade*, porque do que se trata é de reconhecer uma fisionomia ou recorte específico nas figuras mercantis relativamente às civis, mas é claro que isso, como MENEZES CORDEIRO justamente observa (*Direito Comercial*, cit., págs. 146-147), não implica necessariamente regras especiais em relação a normas gerais do direito civil.

¹⁴⁹³ Atente-se na sociedade (de tipo) comercial: o que a distingue da sociedade (do código) civil é exactamente o mesmo, quer o seu objecto seja comercial quer seja civil; a generalização do seu uso, dando lugar ao que entre nós se designa por sociedade civil em forma comercial (que só se distingue da sociedade comercial porque não adquire a qualidade de comerciante), não lhe retirou nada da sua especificidade relativamente à sociedade civil.

¹⁴⁹⁴ *Critério...*, cit., pág. 177.

¹⁴⁹⁵ *Supra*, Parte I, Cap. IV, § 5º; *infra*, Cap. III, § 2º.

seria o de sustentar, com base no critério dos actos de comércio, a opção legislativa por um código comercial autónomo (à século XIX) ou por um código civil unificado (à século XX) – neste nosso tempo já não é disso que se trata, mas de, reconhecendo a inelutável fragmentação das diversas disciplinas mercantis, encontrar um fio condutor, um critério de aglutinação credível que, respeitando a longa e eloquente história deste ramo jurídico, sirva como bússola orientadora de um sistema complexo.¹⁴⁹⁶

§ 3ª – Que autonomia?

O direito comercial português goza de uma longa e consolidada autonomia formal, que integra o nosso património jurídico e cultural e, em consequência, de autonomia científica e didáctica.¹⁴⁹⁷

Já quanto à autonomia substancial ou jurídica, depende do critério aglutinador escolhido e da sua aptidão para oferecer uma distinção convincente em relação ao direito patrimonial comum.¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁶ E só depois, encontrado esse fio condutor e de acordo com ele, decidir os suportes formais do sistema.

¹⁴⁹⁷ Cfr., quanto às diferentes espécies de autonomia, OLAVO, Fernando, cit., págs. 17 e ss.; quanto à natureza eminentemente histórico-cultural da autonomia do direito comercial, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 145; e quanto à ciência jurídica mercantil portuguesa, Idem, págs. 115 e ss. No que respeita à autonomia didáctica, é tradicionalmente reconhecida nos planos de estudos das diversas faculdades, com a única excepção, ao que sabemos, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: cfr. CUNHA, Paulo Olavo, *Lições...*, cit., pág. 26 e nota 43; Plano Curricular 2015-2016: 1.º Ciclo em Direito (<http://www.fd.unl.pt/Anexos/10194.pdf> - acesso em 6.10.2015).

¹⁴⁹⁸ Não devendo deixar de se ver a questão também pelo prisma do direito civil que, apesar de se ter comercializado (lembre-se o reforço da tutela do crédito: por exemplo, a supressão do princípio da moratória do art. 1696º, 1, do Código Civil [SOUSA, M. Teixeira de, *A Execução das Dívidas dos Cônjuges: Perspectivas de Evolução*, págs. 2-3, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/M_TEIXEIRA_DE_SOUSA_A_execucao_das_dividas_dos_conjuges.pdf - acesso em 14.07.2015], alteração que favoreceu, sem dúvida em primeira linha, os credores bancários - comerciantes, profissionais do crédito), vem trilhando a via da *repersonalização*, mesmo no âmbito patrimonial: CARVALHO, Orlando de, *Para Uma Teoria da Relação Jurídica Civil, I, A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu sentido e limites*, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 73 e ss.; *supra*, nota 238.

Capítulo III – Perspectivas de evolução

“É que a actualidade do particularismo do direito comercial é a profissional das organizações empresariais (privadas ou públicas).”

Paulo M. Sendin¹⁴⁹⁹

§ 1º - Posicionamento do direito comercial

Temos por seguro que o direito comercial deve continuar a afirmar-se como um ramo do direito privado, natureza impressa pelo *Code de commerce*,¹⁵⁰⁰ exigência da economia de mercado (“marco general y básico de la economía de mercado”), expressão solene da autodeterminação dos agentes económicos frente ao Estado.^{1501 1502}

¹⁴⁹⁹ Art. 230..., cit., pág. 158.

¹⁵⁰⁰ *Supra*, nota 150.

¹⁵⁰¹ *Supra*, notas 160, 177 e 238; Parte I, Cap. IV, § 2º, 6 e nota 1124. Direito privado que “constitui um limite intransponível à actividade de intervenção económica do Estado”: PINTO, Carlos Mota, *Direito Público da Economia*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, polic., 1982-83, pág. 18 - sendo de ressaltar, com MENEZES CORDEIRO, que a natureza privada do direito comercial (como, aliás, a do próprio direito civil) se afere por referência ao sistema em geral, posto que diversas das suas áreas integram normas de direito público (*Direito Comercial*, cit., pág. 43). E devendo ainda notar-se que se algumas delas são claramente normas instrumentais ou complementares do sistema mercantil, que permitem o seu bom funcionamento (v.g., o registo comercial ou os deveres contabilísticos dos comerciantes) e, nessa medida, nele se integram sem dificuldade, outras suscitam a questão da sua pertença ao perímetro jus-comercial (por exemplo, as relativas à concorrência – sobre o ponto, CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., pág. 33; CORDEIRO, António Menezes, *Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia*, AA.VV., Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência, Almedina, Coimbra, 2005, *max.* págs. 27-28, e *Direito Comercial*, cit., págs. 163-164; VOGEL, Louis, cit., pág. 4; *supra*, Parte I, Cap. IV, § 5º, na perspectiva da sua inclusão numa noção ampla de direito comercial; e SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, cit., pág. 21, considerando a matéria como parte do “núcleo duro” do direito económico. Cfr. nota seguinte).

¹⁵⁰² A consideração da natureza privada do direito comercial – que temos por inquestionável, bem como, em geral, a *summa divisio* (AMORIM, João Pacheco de, *Direito Administrativo da Economia*, I, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 33) – ajuda-nos a precisar a definição das fronteiras que o separam do direito público (administrativo) da economia (cfr. *infra*, nota 1543): - sempre que estejam em causa estruturas, mecanismos, operações, actos e actividades económicas de particulares ou de entidades públicas actuando em veste privada, estamos no domínio do direito comercial; - quando estivermos perante a intervenção dos poderes públicos como agentes produtivos (através de empresas públicas ou da participação em empresas privadas), situações em que tais poderes interferem directamente nos circuitos de distribuição mediante operações de compra e de venda e outros actos económicos, ou ainda perante a actuação de entidades públicas administrativas de infraestruturização, planeamento, fomento e regulação das actividades económicas privadas, estaremos no campo do direito público (*Ibidem*). Há, todavia, áreas-limite ou pontos-charneira, que cumpre esclarecer: - a matéria da concorrência, em que os institutos da concorrência desleal, das práticas contrárias à concorrência e dos grupos de sociedades pertencem claramente ao direito comercial (os dois primeiros por se traduzirem na imposição legal de obrigações às empresas e o último porque não pode dissociar-se do direito das sociedades, há muito entre nós consolidado), enquanto a regulação da concorrência (e em particular as normas relativas aos poderes e actuação da Autoridade da Concorrência) é manifestamente direito público; - o direito bancário, dos seguros e dos valores mobiliários, em que a parte material é direito comercial e a parte institucional se enquadra no direito público. Cfr. CORDEIRO, António

No que toca à tradicionalmente invocada “especialidade” frente ao direito civil,¹⁵⁰³ o ponto está em aberto, como vimos de referir.

§ 2º - A estrutura do sistema

O sistema jurídico-mercantil português, como é patente e foi já notado,¹⁵⁰⁴ apresenta-se fragmentado, caracterizando-se pela dispersão formal das normas que o integram, tendo o código comercial cedido o passo, nos sectores mais relevantes, a leis consolidantes que funcionam como base de “jovens e promissoras disciplinas autónomas”.¹⁵⁰⁵

Fragmentação inelutável, que escapa hoje à vontade e engenho do legislador, porquanto a densidade das matérias objecto destas disciplinas autónomas e o grau de desenvolvimento e aperfeiçoamento dos seus textos base tornam inviável a sua recondução a um código comercial e, por maioria de razão, a um código civil unificado.¹⁵⁰⁶

A estrutura do sistema comercial não deixará, pois, de conter diferentes elementos, lembrando o *polissistema* de IRTI:¹⁵⁰⁷ no centro a constituição e na sua órbita o código matriz e as leis especialmente dedicadas às disciplinas autónomas.

§ 3º - A bússola do sistema

1. A teoria dos actos de comércio e a sua superação

Referimos já, em síntese, os pontos fracos da teoria dos actos de comércio,¹⁵⁰⁸ irremediavelmente desfasada das realidades actuais mas mantida como núcleo do sistema por incompreensível inércia do legislador.¹⁵⁰⁹

Vestígio de uma perspectiva inorgânica da prática comercial, enredada em subtis e capciosas classificações e distinções¹⁵¹⁰ – e, por isso, com uma capacidade de delimitação

Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 163 e ss.; COSTA, Adalberto, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*, Vida Económica, Porto, 2014.

¹⁵⁰³ *Supra*, nota 150.

¹⁵⁰⁴ Em especial, *supra*, Cap. I, §§ 3º, 2 e ss., e 4º.

¹⁵⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 175.

¹⁵⁰⁶ Para além da instabilidade que resulta das constantes alterações impostas pelas instâncias europeias que, do mesmo passo que contribuem para o recorte específico do direito comercial independentemente da sua autonomia formal, impossibilitam uma codificação global: cfr. *supra*, Parte I, Cap. IV, § 4º, 2 e nota 1208.

¹⁵⁰⁷ Ob. cit., pág. 77.

¹⁵⁰⁸ *Supra*, Cap. I, § 4º, 2.

¹⁵⁰⁹ CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., max. pág. 28, sublinhando que o direito comercial, assim concebido, “nem sequer merece a autonomia de que desfruta.”

¹⁵¹⁰ Como a “cerebrina” distinção entre “actos comerciais” (praticados por comerciantes) e “actos de comércio” (praticados por não comerciantes) feita pela nossa jurisprudência dos inícios do séc. XX (Acórdãos do STJ de 21 e 28 de Junho e 12 de Julho de 1904): MAGALHÃES, Barbosa de, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1951*, cit., pág. 368.

da matéria mercantil pouco menos que nula¹⁵¹¹ - não pode hoje senão sustentar um conjunto de normas residuais, circunscritas ao “pequeno comércio”.¹⁵¹²

A indispensável actualização do nosso direito comercial passa, por isso, como em outros lugares, pelo seu abandono como critério legal de base.

2. Em busca de um novo norte: os contratos comerciais

Ao compulsar o Código Comercial, verificamos que a grande maioria dos actos de comércio são contratos, o mesmo se passando com as leis extravagantes cujas figuras são, por via de regra, contratuais.¹⁵¹³ Os comerciantes, no exercício da sua actividade, utilizam fundamentalmente o contrato, que assume hoje uma importância de grande relevo no âmbito da empresa.¹⁵¹⁴

Pode bem dizer-se que os contratos comerciais são o elemento central ou “fundacional” do direito comercial,¹⁵¹⁵ o que decorre da sua natureza privada, da autonomia das partes, do “poder juridificador do mercado”.¹⁵¹⁶ Isto mesmo esteve na base do pensamento unificador que considerou a matéria dos contratos (e das obrigações) comerciais como área de eleição para a recusa da autonomia do direito comercial,¹⁵¹⁷ sendo a tendência para a unificação do direito privado dos contratos aceite mesmo por autonomistas.¹⁵¹⁸

Apesar do seu indiscutível relevo, os contratos comerciais não servem como base de referência ou bússola orientadora do direito comercial: - por se reconduzirem à problemática dos actos de comércio;¹⁵¹⁹ - porque o *numerus apertus* vigente, tornando qualquer enunciado numa sequência exemplificativa,¹⁵²⁰ não proporciona uma base razoavelmente segura para a delimitação da matéria mercantil; - porque, enfim, como acabámos de ver, o direito privado dos contratos tende para a unificação.

¹⁵¹¹ CARVALHO, Orlando de, *Direito Comercial*, Direito das Empresas, cit., pág. 225.

¹⁵¹² CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 153-155. Circunstância que se explica pela íntima ligação da teoria dos actos de comércio a uma categoria histórica hoje manifestamente ultrapassada – a do mercado liberal baseado no comércio (em sentido económico) e seu sucessivo alargamento: cfr. SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 79, nota 99.

¹⁵¹³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, cit., pág. 58.

¹⁵¹⁴ ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 20.

¹⁵¹⁵ GOODE, Roy, *Commercial Law in the next Millennium*, cit., págs. 31 e ss.; *Commercial Law*, cit., pág. 11. GARRIGUES, Joaquín, cit., pág. 118.

¹⁵¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 531 e ss.

¹⁵¹⁷ MIRANDA, Alberto Souto de, cit., págs. 336 e ss. Sendo que as experiências concretas de código único de direito privado (civil e comercial), desde o código suíço de 1881, privilegiam a matéria das obrigações e dos contratos, como sector mais fácil de unificar dada a sua proximidade: *supra*, Parte I, Cap. IV; nota 1491.

¹⁵¹⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., págs. 51, e nota 75, e 52. O que explica, por outro lado, a resistência à opção tomada pelo Anteprojecto de Código Mercantil espanhol de incluir normas gerais sobre obrigações e contratos mercantis (Livro IV). Cfr. Consejo de Estado, *Dictamen*, 29/1/2015 (Referencia: 837/2014), págs. 53 e ss. – <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CED2014837>, acesso em 6.10.2015; GARCÍA RUBIO, María Paz, *Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación*, AA.VV., Codificaciones del Derecho Privado en el S. XXI, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2015, págs. 61 e ss., max. 108 e ss.

¹⁵¹⁹ Os contratos comerciais são actos de comércio, sendo as mesmas as suas necessidade e dificuldade de qualificação.

¹⁵²⁰ CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 625.

Tomados em si mesmos, os contratos comerciais em pouco ou nada se distinguem dos civis:¹⁵²¹ o que os liga entre si e separa destes últimos é a relação ou pertença à empresa.¹⁵²²

3. Em busca de um novo norte: o crédito

É antiga a ideia de que o direito comercial “há-de dirigir-se essencialmente à tutela do crédito”,¹⁵²³ objectivo prosseguido por princípios ou regras bem conhecidas,¹⁵²⁴ na medida em que o crédito¹⁵²⁵ é fundamental para a actividade das empresas.¹⁵²⁶

A tal ponto que já se defendeu ser o crédito a ideia básica, o referencial, o elemento aglutinador do nosso ramo do direito.¹⁵²⁷

A experiência quotidiana confirma, de um modo geral, aquelas asserções; no entanto, não parece que a tutela do crédito – isto é, o conjunto das normas que protegem a posição jurídica do credor – trace, com a nitidez que, no ponto em que estamos, devemos procurar, a linha divisória entre o direito comercial e o direito civil: - o recurso ao crédito generalizou-se de modo impressionante,¹⁵²⁸ contribuindo significativamente para a ampliação dos efeitos da crise em que os abusos do capital financeiro submergiram a economia mundial;¹⁵²⁹ - daí resultou a generalização do uso dos instrumentos jurídicos vocacionados para a concessão e circulação do crédito;¹⁵³⁰ - o direito civil assumiu com

¹⁵²¹ *Supra*, Cap. II, § 2º. CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, I, cit., págs. 19-20.

¹⁵²² GARRIGUES, Joaquín, cit., pág. 35; ANTUNES, José A. Engrácia, ult. ob. cit., págs. 39-40, Autor que sufraga a “tese fundamental” de que “os contratos comerciais são, hoje, essencialmente, *contratos de empresa*.”; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 52 e ss., *max.* nota 39. Isto mesmo se constata, por exemplo, no contrato de locação financeira que, partindo de um mecanismo contratual tipicamente civil, se diferencia como instrumento de gestão financeira das empresas (Idem, págs. 390 e ss.). Contra, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., págs. 48-49, Autor cuja argumentação assenta na inexistência, no nosso direito positivo actual, de inteira coincidência entre os contratos comerciais e os contratos de empresa (havendo contratos comerciais em que não participam empresas e contratos de empresa não comerciais), na existência de contratos de empresa, mesmo que qualificáveis como comerciais, cuja disciplina não comunga das lógicas ou interesses da empresarialidade ou da comercialidade (v.g., os contratos de trabalho ou de consumo), na extensão a contratos entre empresas de regimes de protecção da parte mais fraca próprios dos contratos de consumo. No entanto, o facto de não existir actualmente uma coincidência perfeita entre *contratos comerciais* e *contratos de empresa*, o que se deve ao critério legal dos actos de comércio, não infirma, a nosso ver, a validade tendencial e prospectiva da afirmação segundo a qual a empresa é “o denominador comum actual dos contratos comerciais” (ANTUNES, José A. Engrácia, ult. ob. cit., pág. 40, nota 34).

¹⁵²³ CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, I, cit., pág. 33.

¹⁵²⁴ OLAVO, Fernando, cit., págs. 203 e ss.

¹⁵²⁵ Para uma definição de crédito, CUNHA, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, cit., pág. 27; MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., págs. 676 e ss.

¹⁵²⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Nota Introdutória*, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 5.

¹⁵²⁷ CUNHA, Paulo Olavo, *ibidem*.

¹⁵²⁸ Cfr. o nosso trabalho *Dívidas Comerciais*, RJUPT, nº 1, Junho 1998, pág. 50 e nota 2.

¹⁵²⁹ LEITÃO, Luís Menezes, *O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação*, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, cit., págs. 9 e ss.

¹⁵³⁰ Instrumentos que não se revelaram imunes à utilização prática nas novas circunstâncias, como é o caso das letras e livranças, em particular das primeiras, que viram praticamente esgotada a sua clássica função de pagamento: CUNHA, Carolina, cit., págs. 41 e ss. (*supra*, nota 1488).

clareza princípios e soluções jus-comerciais neste domínio;¹⁵³¹ - o direito comercial, ao definir as regras gerais de protecção do credor, não inova, recorre a princípios e regras próprias do direito civil (solidariedade passiva, dispensa do benefício da excussão, exigibilidade de juros, comunicabilidade das dívidas entre cônjuges), conferindo-lhes particular relevância ou intensidade;¹⁵³² - não deixa, todavia, de atender a outros interesses dos comerciantes, mesmo sacrificando, um tanto paradoxalmente, a tutela do credor, pela restrição do alcance de princípios civis a esta dirigidos;¹⁵³³ - o que determina a especial protecção dispensada pelo direito comercial ao credor é a sua qualidade de comerciante, a sua *profissionalidade*: se é certo que o não comerciante pode conceder um empréstimo mercantil,¹⁵³⁴ ou um comerciante não financeiro pode vender a crédito ou emprestar dinheiro ou mercadorias a um colega no âmbito do negócio deste, assim adquirindo a posição de credor e beneficiando do regime geral de protecção comercial, o vector fundamental a este respeito liga-se claramente à profissionalidade do credor, à sua qualidade de comerciante de crédito,¹⁵³⁵ e a profissionalidade apela, como veremos, a uma outra realidade, a *empresa*, a um outro possível critério de delimitação.

4. Em busca de um novo norte: o mercado

Encarando as coisas de outro ângulo, considerou-se que o direito comercial está em evolução para um “Direito do Mercado”, conceito mais amplo que englobaria, para além das matérias classicamente consideradas comerciais, “todas as que resultaram da generalização das suas práticas ou de novos negócios e da necessidade de uma crescente disciplina pública dos mesmos”.¹⁵³⁶ Perspectiva que corresponde à comum na literatura francesa desde o início da segunda metade do século passado,¹⁵³⁷ em que do direito dos actos de comércio (*droit commercial*) se passou, em ampliação sucessiva, para um direito

¹⁵³¹ Lembre-se a já referida supressão do princípio da moratória do art. 1696º, 1, do Código Civil (*supra*, nota 1498), com a revogação tácita do art. 10º do Código Comercial (art. 7º, 2, do Código Civil), norma que estabelecia um desvio àquele princípio geral “inspirado na ideia do reforço do crédito” (OLAVO, Fernando, cit., pág. 206) – apesar de já se ter entendido que os princípios e regras próprias do direito comercial “de modo algum se devem estender ao Direito Civil” (CUNHA, Paulo Olavo, *ibidem*).

¹⁵³² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., pág. 49.

¹⁵³³ Pensamos na limitação da responsabilidade do comerciante individual e no princípio enunciado pelo art. 601º do Código Civil. Por isso já se escreveu que o direito comercial não concretiza uniformemente, entre outros, o vector da protecção do crédito (CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 237), o que resulta da sua génese histórico-cultural e impossibilita a utilização da tutela do crédito como seu critério definidor.

¹⁵³⁴ Código Comercial, art. 394º.

¹⁵³⁵ De facto, à generalização do crédito correspondeu uma acentuação da profissionalidade do credor: daí o fenómeno recente da “bancaização” não só da actividade das empresas como da generalidade das actividades sociais (VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, loc. cit.), o exclusivo legal da concessão de crédito nas suas diferentes modalidades (RGICSF, art. 8º) – sabendo-se que, na generalidade dos casos, a concessão de crédito aos clientes, em especial consumidores, por parte das empresas, é feita por bancos ou sociedades financeiras de crédito [RGICSF, art. 6º, 1, b), i)] a eles ligadas -, o reforço da tutela (a extensão do instituto da falência/insolvência aos não comerciantes, por exemplo).

¹⁵³⁶ CUNHA, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, cit., pág. 7, nota 7.

¹⁵³⁷ Com o *Traité de droit commercial* de HAMEL et LAGARDE: cfr. ESCARRA, Edouard, *Le Traité de droit commercial de MM. J. Hamel et G. Lagarde*, Revue économique. Volume 6, nº4, 1955. pp. 663-669 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/reco_0035-2764_1955_num_6_4_407132 - acesso em 7.09.2015).

multiprofissional focado na “vida dos negócios” (*droit des affaires*) e para um direito cujo objecto é a disciplina global do mercado (*droit économique*).¹⁵³⁸

Mas, o que é o “mercado” e quais são as suas necessidades de regulamentação jurídica? Os economistas definem-no como “o ponto de encontro de vendedores e compradores em ordem à fixação dos *preços*.”¹⁵³⁹ Ponto de encontro que, de físico e local, passou a abstracto e global; e cujo papel no processo de afectação de recursos na economia, outrora entendido como auto-suficiente,¹⁵⁴⁰ se viu limitado pela intervenção do Estado-empresário e do Estado-regulador.¹⁵⁴¹

Tomado em toda a sua abrangência, o mercado comporta múltiplos e diversificados aspectos que solicitam a intervenção do direito, entre os quais: os operadores económicos da oferta e suas organizações (as empresas), a concorrência, os preços, o sistema monetário e financeiro, a informação e a comunicação, o trabalho, o consumo, a intervenção do Estado-empresário, o sistema fiscal, as decisões de política económica. Aspectos que suscitam (e em que não raras vezes confluem) questões de direito privado e questões de direito público.

Ora, a amplitude e, de modo particular, a heterogeneidade destas questões inviabilizam a sua consideração como critério de aglutinação do objecto do direito comercial¹⁵⁴² – representando, pelo contrário, a sua diluição em algo quantitativa e qualitativamente diferente -, não devendo esquecer-se que do que se trata é de encontrar um substituto para o critério dos actos de comércio, para melhor caracterizar, entender e pôr ao “serviço da vida” um ramo do direito privado já existente e com longa história.¹⁵⁴³

5. Em busca de um novo norte: a empresa

5.1. A ideia de empresa

É antiga, diversificada e, não raro, contraditória a literatura jurídica sobre a empresa,¹⁵⁴⁴ reflectindo as dificuldades resultantes da vulgarização e da equivocidade do termo.¹⁵⁴⁵

¹⁵³⁸ VOGEL, Louis, cit., pág. 5.

¹⁵³⁹ MARTÍNEZ, Soares, *Economia Política*, cit., pág. 629; SANTOS, Aníbal, *Mercado*, POLIS, 4, col. 175-178. Ou, dito de outro modo, “o mercado é o local ideal da intercomunicação produtiva” (CARVALHO, Orlando de, *Empresa e lógica empresarial*, Direito das Empresas, cit., pág. 193).

¹⁵⁴⁰ CARVALHO, Orlando de, idem, pág. 209, nota 28. Sobre a Escola de Chicago, MURPHY, Robert P., *The Chicago School versus the Austrian School*, June 20, 2011 (<https://mises.org/library/chicago-school-versus-austrian-school> - acesso em 10.09.2015).

¹⁵⁴¹ SANTOS, Aníbal, ibidem.

¹⁵⁴² Que, a ser assim tomado, “seria um D. C. inaceitavelmente heterogéneo”: XAVIER, V. G. Lobo, *Direito Comercial*, POLIS, 2, col. 422.

¹⁵⁴³ E não de construir (ou avaliar a possibilidade de construção de) um novo ramo jurídico, como sucede com o “Direito Económico” - ao que parece sem grande êxito, não logrando ultrapassar o plano científico (e didáctico): SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, cit., pág. 21. Cfr., também, AMORIM, João Pacheco de, cit., págs. 27 e ss., na perspectiva da recondução deste sector do direito público “às várias formas de intervenção do Estado na economia”, com autonomia meramente didáctica ou funcional; nesta perspectiva, já PINTO, Carlos Mota, *Direito Público da Economia*, cit., págs. 16-17.

¹⁵⁴⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 291 e ss.

¹⁵⁴⁵ Fala-se hoje muito em “empresa” nas várias frentes de comunicação: política, económica, jurídica, laboral, social – numa “utilização avassaladora” (Ibidem). Por outro lado, o termo é usado para designar,

A primeira aproximação que podemos fazer da ideia de empresa é a de que se trata de um “produto da vida”, de uma realidade pré-jurídica indissociável do modelo económico capitalista¹⁵⁴⁶ - olhada embora, naturalmente, por um prisma jurídico, ou seja, “enquanto realidade social que se dirige a produzir uma relevância no plano jurídico”,¹⁵⁴⁷ surpreendida, compreendida e aferida pelas características e efeitos que o direito lhe reconhece e atribui.¹⁵⁴⁸

Por isso, ela ocupa há muito um lugar central no direito mercantil, se bem que não inteiramente compreendido: vejam-se o art. 632 do *Code de commerce*,¹⁵⁴⁹ os arts. 34 e 35 do Código de Ferreira Borges e o art. 230º do Código de Veiga Beirão – normas que exprimem uma visão subjectiva de empresa, projecção do sujeito que a exerce (a empresa

frequentemente com pouco rigor, realidades económicas e conceitos jurídicos diversos: empresas nacionais, internacionais e multinacionais; grandes, médias, pequenas e micro empresas; empresas comerciais, industriais ou de serviços; empresas públicas, de economia mista, privadas e sociais; como sinónimo de sociedade ou de empregador, ou de contribuinte, por exemplo. Descrevendo prática idêntica no Brasil, COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual...*, cit., págs. 12-13.

¹⁵⁴⁶ CARVALHO, Orlando de, *Empresa e lógica empresarial*, cit., pág. 192. Não devendo, contudo, esquecer-se que, surgida no mundo da economia, a empresa (como o sistema capitalista de que ela é expressão primeira) determinou ou influenciou praticamente todas as vertentes da sociedade, assumindo contornos e suscitando problemas e reflexões muito diversos: antropológicos, sociológicos, ideológicos, políticos, jurídicos (JORGE, João Evangelista/FERNANDES, António Monteiro/FERREIRA, Rogério Fernandes, *Empresa*, POLIS, 2, col. 925-939).

¹⁵⁴⁷ SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 35.

¹⁵⁴⁸ Em sentido (aparentemente) contrário, CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 322-323 e nota 999, que considera não haver realidades prévias ao Direito, “ser, ele próprio, realidade”, não “subsequente’ a ela”. Cremos que, no caso concreto, o Autor pretende sublinhar a circunstância de não ser possível a existência de uma empresa sem o estabelecimento de relações jurídicas e, portanto, sem a intervenção do direito: desde logo, na angariação dos factores produtivos essenciais à realidade empresa (contratos de trabalho, de fornecimento de máquinas, matérias primas ou mercadorias, de mútuo, de locação financeira, etc.) – direito que não raro influencia as opções tomadas, no plano fáctico, pelos empresários ou candidatos a empresários -, revelando a concomitância temporal (e ontológica: MACHADO, João Baptista, *Introdução...*, cit., págs. 11 e ss.) de relações de facto (económicas) e relações jurídicas – observação que, sendo certa, não preclui a possibilidade de (meras) *relações de facto com valor económico* para a empresa (CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 203) nem impede uma análise segmentada da empresa-realidade económica e da empresa-conceito jurídico. Defendendo que se não deve partir do fenómeno pré-jurídico da empresa (método ontológico) mas antes dos dados jurídicos, averiguando o que o direito (num leque correctamente alargado das suas fontes) nos diz sobre ela, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso*, I, cit., págs. 199 e ss., Autor para quem a discordância relativamente ao que se diz no texto parece resumir-se a uma questão de método: em vez de se partir da realidade empresa para se chegar a uma noção jurídica de empresa, deveria proceder-se ao contrário, partindo dos elementos disponibilizados ao nível jurídico (lei, jurisprudência, doutrina, costume) – mas sem deixar de “atender (...) também às informações que se colhem nos já assinalados terrenos extra-jurídicos. E o recurso aos dados metajurídicos mais se imporá quando no direito (*maxime*, na lei) não houver definições formalizadas de empresa.” (Ob. cit., pág. 202.) [Já V. G. LOBO XAVIER se interrogara sobre esta questão metodológica: “em que medida é que se trata de uma realidade económica que se impõe ao Direito, ou de mera realidade normativa, que, como tal, o Direito define autonomamente, muito embora tendo em conta a realidade económica?” - *Estabelecimento Comercial*, POLIS, 2, col. 1123.] Não poderá, todavia, deixar de observar-se que este caminho dificilmente nos ajudará a ultrapassar as dificuldades que o direito comercial vem visivelmente experimentando na compreensão da empresa (dificuldades expressas na lei e, por reflexo, na jurisprudência, sem grande ajuda da doutrina) ou – ponto que aqui especialmente nos preocupa – a perceber se ela, centro e motor indiscutível da vida económica contemporânea, poderá oferecer um critério delimitador deste ramo jurídico.

¹⁵⁴⁹ Consultámos a 5ª edição (1808), cópia digitalizada disponível em <http://books.google.com>. Corresponde, com alterações, ao actual artigo L 110-1 (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Cfr. SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 48.

como actividade) mas em cuja definição concorrem já elementos objectivos (relativos à natureza dessa actividade).¹⁵⁵⁰

Visão subjectiva que decorre da realidade económica subjacente, caracterizada pela fé absoluta na iniciativa privada e por uma ampla liberdade de actuação, pela preponderância do comércio (em sentido económico) sobre as outras formas de criação de riqueza, designadamente a indústria, e das pequenas empresas, em regra de âmbito familiar, pela proximidade entre comerciante e empresa, sujeita a uma unidade de propriedade e controlo,¹⁵⁵¹ pela ausência (ou incipiência) de preocupações relativas aos trabalhadores e às relações de trabalho.¹⁵⁵²

Esta perspectiva da empresa, própria da tradição latina (tendencialmente mais contratual e menos orgânica), manter-se-ia, apesar da crise da ideologia liberal do primeiro pós guerra, reflectindo-se no *Codice civile*, que distingue, para traduzir a realidade empresarial, dois conceitos jurídicos: *impresa* (empresa) e *azienda* (estabelecimento)¹⁵⁵³ – sendo que o primeiro se define como “attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”, actividade que o empresário (“imprenditore”) exerce profissionalmente, e o segundo como “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”; o que implica, como sublinha FRANCESCO GALGANO, uma relação entre eles de *fim e meio*.¹⁵⁵⁴ Importando ter em conta que, apesar da fórmula escassa do art. 2082, o que se visava não era senão a consagração do modelo institucional de empresa que enquadraria e fomentaria a cooperação entre o capital e o trabalho e a prevalência, em geral, do “momento dinâmico

¹⁵⁵⁰ Objectivação traduzida na sua qualificação como acto de comércio (objectivo), pressuposto da qualificação do próprio comerciante: v.g., *Codice di commercio* de 1882, arts. 3 e 7; Código Comercial, arts. 230º e 13º (se bem que, quanto ao art. 230º, de modo menos explícito, mas cuja inclusão sistemática no livro relativo aos contratos especiais de comércio não parece deixar dúvidas – é esta, aliás, a interpretação de GUILHERME MOREIRA e CUNHA GONÇALVES [SENDIN, Paulo M., cit., págs. 100 e 129]; contra, PAULO SENDIN, Autor que sustenta, com base nas posições de JOSÉ TAVARES e FERNANDO OLAVO, ser o art. 230º do Código de Veiga Beirão uma norma qualificadora autónoma relativamente ao art. 2º, 1ª parte, e mais importante do que esta, o que considera ser um primeiro passo para uma teoria jurídica da empresa comercial independente da teoria dos actos de comércio: ult. ob. cit., págs. 49, 127, 133 e 153).

¹⁵⁵¹ Devendo notar-se, no que respeita à empresa colectiva, a figura da sociedade em nome colectivo cuja proximidade ao comerciante é notória, se bem que progressivamente atenuada na sua evolução: considerada pelo *Code de commerce* uma “colectividade de sócios-comerciantes que gira sob um nome comum”, ideia retomada e desenvolvida pelo Código de Ferreira Borges (arts. 547 a 556) – que, por exemplo, restringia a firma social aos nomes dos sócios comerciantes (art. 552) – e pelo Código Comercial brasileiro de 1850, sofreria um significativo afastamento das pessoas dos sócios (e, nesse sentido, uma “des-subjectivação”) com o Código de Veiga Beirão (art. 108º), que a doutrina acabaria por interpretar no sentido da personificação: cfr. CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, II, cit., max. pág. 88; FERREIRA, Waldemar, *A personalidade jurídica das sociedades mercantis no direito brasileiro*, RFDUSP, v. 48 (1953), pp. 26-49; CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, II, cit., págs. 113 e ss.

¹⁵⁵² RAISER, Thomas, *The Theory of Enterprise Law in the Federal Republic of Germany*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, No. 1 (Winter, 1988), págs. 112-113 (<http://www.jstor.org/stable/840186> - acesso em 10.09.2015). Análise que tem por base o HGB mas quadra perfeitamente com o nosso ainda vigente Código Comercial: veja-se, no que se refere ao último ponto, os arts. 263º a 265º (hoje tacitamente revogados pela lei laboral: cfr. GOMES, M. Januário Costa, *Contrato de mandato comercial – Questões de tipologia e regime*, AA.VV., As Operações Comerciais, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 511).

¹⁵⁵³ Arts. 2082 e 2555, respectivamente. Cfr. GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., pág. 63, Autor que refere que, na linguagem corrente, os dois termos são utilizados como sinónimos.

¹⁵⁵⁴ *Ibidem*.

das relações económicas” sobre o “momento estático das relações jurídicas de propriedade”, do “produtor sobre o proprietário”, tal como se declarava na *Carta del lavoro*.¹⁵⁵⁵

No outro polo, a tradição germânica olha a empresa como realidade objectiva,¹⁵⁵⁶ no sentido de estabelecimento, objecto de direitos culminando num “direito a um bem imaterial”¹⁵⁵⁷ – ou, para alguns, uma pessoa jurídica.¹⁵⁵⁸

Trata-se, em qualquer dos casos, da afirmação da ideia da autonomia da realidade empresa relativamente ao empresário singular ou aos sujeitos integrantes da empresa colectiva: autonomia com que se procurou responder aos problemas que a evolução da economia foi suscitando, relacionados com a transmissão ou circulação do negócio, com a crescente intervenção estatal, com a importância adquirida pelas grandes empresas (e as novas questões que trouxeram: relações entre sócios majoritários e minoritários, entre a empresa e os gestores, entre a empresa e outras empresas em relação de grupo), com a intervenção dos trabalhadores e das suas organizações profissionais, particularmente a participação na gestão da empresa (cogestão), o papel e o peso macroeconómico da empresa – problemas próprios de um ambiente totalmente diferente daquele que subjazia ao HGB, apontando, se não para a quebra, pelo menos para uma grande atenuação do fio que ligava o comerciante à empresa e, para além disso mas implicado nisso, para a consideração da empresa como um “sistema social” em que desaguam vários, díspares e potencialmente conflituantes interesses e, em consequência, para o seu enquadramento num novo e mais amplo ramo do direito.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁵ Declaração VII, em que é nítido o recorte institucional da empresa: - organização privada da produção, exercendo uma função de interesse nacional e, por isso, responsável perante o Estado; - espaço (e resultado) de colaboração das forças produtivas (capital e trabalho) de que decorre a reciprocidade dos respectivos direitos e deveres; - comunidade hierarquicamente organizada, sendo os trabalhadores “colaboradores activos da empresa” e cabendo a direcção ao empresário (“organizador da empresa” e “dador de trabalho”), que assume a inerente responsabilidade. Cfr. HESPANHA, António Manuel, *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, Análise Social, vol. XXXVII (165), 2003, págs. 1298-1300; para a noção de instituição, MOREIRA, Adriano, *Instituição*, POLIS, 3, col. 578-582. Recorte institucional que, compreensivelmente, caiu em desuso com o fim trágico do corporativismo fascista, assim se retirando à ideia de empresa, reduzida à actividade do empresário e confundida com ele, todo o seu valor operacional, que acaba por recair na *azienda*, objectivando-se (cfr., quanto a esta quase identificação da empresa com o empresário, GALGANO, Francesco, ult. ob. cit., págs. 91 e ss.).

¹⁵⁵⁶ Tradição que remonta a LUDWIG HASSENPFUG (1827) com a concepção de que era a empresa e não o empresário ou os sócios a entidade relevante, a força motriz cujo funcionamento nem sempre dependia da vontade daqueles, que seria retomada, quarenta anos mais tarde, por WILHELM ENDEMANN: RAISER, Thomas, cit., págs. 115-116. Mas, sendo a perspectiva objectiva um traço dominante da doutrina alemã – com Autores de peso na actualidade: CANARIS, KARSTEN SCHMIDT (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 304) -, há também defensores da outra linha (RAISER, Thomas, cit., pág. 125); cfr. *infra*, nota 1558.

¹⁵⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 298, referindo BARBARA MEYER. Sobre o ponto, CORREIA, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit., págs. 45 e ss.

¹⁵⁵⁸ RAISER, Thomas, cit., pág. 126. A visão da empresa como pessoa jurídica, significando em si mesma o culminar subjectivante de uma perspectiva objectiva, revela, ainda, uma concepção objectiva de empresa, na medida em que a considera como entidade com vida própria, em si mesma, autónoma em relação ao empresário singular ou ao colectivo de empresários e, neste sentido, “des-subjectivada”. [Diferente é a visão daqueles autores, como, entre nós, JOSÉ TAVARES (SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., págs. 113 e ss.) e FERNANDO OLAVO (ob. cit., pág. 259), para quem a consideração da perspectiva subjectiva da empresa mercantil significa a sua identificação com o empresário-comerciante.]

¹⁵⁵⁹ *Idem*, pág. 129, que o considera um tema em aberto, um “direito em transição”, o que parece manter-se (CORDEIRO, António Menezes, ob. cit., pág. 303).

5.2. A “empresa como fenómeno no direito”

Estas diferenças de olhar chamam a atenção para a *pluralidade* que a empresa é, o que faz dela uma realidade complexa – demasiado complexa para se deixar apropriar em exclusivo por um único ramo do conhecimento ou do direito¹⁵⁶⁰ – mas que, dada a sua indisputada importância na economia contemporânea, nos convoca a indagar sobre o seu sentido e relevo no e para o direito comercial.

Procurando retirar das suas inúmeras manifestações concretas os elementos comuns essenciais – do ponto de vista de um ramo de direito privado dirigido às relações económicas segundo o modelo capitalista -, pode dizer-se que a empresa nos surge como uma estrutura complexa de meios (pessoas, bens, direitos e outros valores ou elementos patrimoniais – os factores de produção),¹⁵⁶¹ organizados segundo um critério de racionalidade económica (optimização dos recursos, procurando o máximo resultado com o mínimo de recursos), que, apresentando-se no mercado como uma entidade própria distinta do empresário singular ou do colectivo de empresários, desenvolve uma actividade económica (que se traduz na criação de riqueza nova, de um valor económico novo)¹⁵⁶² ¹⁵⁶³ com autonomia funcional e financeira, tendo como objectivo último o lucro, sua maximização e apropriação.¹⁵⁶⁴ A empresa comercial (ou empresa para ou vista pelo direito comercial) pressupõe, assim, a *organização de meios* produtivos, a *racionalidade*

¹⁵⁶⁰ O que faz dela um centro de imputação multidisciplinar, fora (*supra*, nota 1545) e dentro do direito (já assim, CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 31).

¹⁵⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, cit., pág. 142.

¹⁵⁶² No sentido do art. 980º do Código Civil: cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., pág. 293; em sentido contrário, admitindo a possibilidade de “sociedades” de mera fruição, segundo o princípio da liberdade contratual, como “figura atípica à qual se aplicarão, com as necessárias adaptações, as regras da sociedade”, CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, II, cit., pág. 34. Não vemos, todavia, como poderia a sociedade prosseguir um fim lucrativo (expresso na definição legal) se pudesse exercer exclusivamente uma actividade de mera fruição (que não criasse riqueza nova), mesmo que se tome o “lucro” numa acepção muito lata (ele há-de ser sempre um aumento ou “incremento patrimonial”: CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, II, cit., pág. 9.); por outro lado, não se vê vantagem em esbater os contornos de um conceito bem delimitado e fixado – no sentido de que o art. 980º do Código Civil se opõe à qualificação como sociedade de entidades cujo objecto corresponda exclusivamente a actividades de mera fruição (se bem que aceite a inclusão num “conceito geral de sociedade” das “sociedades de simples administração de bens” do direito fiscal, posição discutível - pois não se imporá ao legislador fiscal, como a qualquer “outro” legislador, a correcção técnico-jurídica dos conceitos que utiliza e lhe estão pressupostos?), ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, II, cit., págs. 13-14.

¹⁵⁶³ De notar que, buscando nós na empresa comercial um critério alternativo ao actual dos actos de comércio, deixará de fazer sentido a qualificação daquela em função do objecto por estes constituído, pelo que um direito comercial assente na empresa abrangerá necessariamente todas as empresas que se adequem ao perfil indicado no texto, independentemente do seu objecto ser, pelos padrões actuais, comercial ou não comercial – cremos ser esta a ideia subjacente à consideração de CATARINA SERRA sobre “a gradual vocação do Direito Comercial para a regulação jurídica da empresa, de *todas* as empresas (comerciais ou não comerciais).” [*Direito comercial – Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 10.]

¹⁵⁶⁴ *Vd.* SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 41-42. Em sentido semelhante mas mais amplo, permitindo acomodar empresas não tipicamente capitalistas através da distinção entre “sentido reditício da empresa” e “lucro em moldes capitalistas”, ORLANDO DE CARVALHO apontava quatro notas características da empresa: extroversão, auto-reprodução, racionalização e des-subjectivação (*Empresa e lógica empresarial*, cit., págs. 194 e ss.). Cfr., sobre o modo de produção capitalista, MANDEL, Ernest, *Le capitalisme*, 1981, nº 2, in Ernest Mandel Archives Internet (http://www.ernestmandel.org/fr/ecrits/txt/1981/le_capitalisme.htm - acesso em 14.10.2015).

económica (ou racionalidade ou “lógica” empresarial), a *autonomia funcional* (em relação ao(s) empresário(s), a qualquer elemento intrínseco ou factor extrínseco), a *autonomia financeira* (indispensável à sua auto-reprodução, condição de sobrevivência), a *actividade económica* como fim imediato, o *lucro* como fim mediato e a *lógica de acumulação de capital* (maximização e apropriação do lucro gerado).

Identificada a realidade empresa relevante para o direito comercial enquanto direito privado da economia,¹⁵⁶⁵ deparamos com o problema de saber como é que este a pode apreender para lhe traçar o regime – problema a que a doutrina comercialista respondeu tentando reconduzi-la ou subsumi-la a conceitos jurídicos conhecidos, determinar-lhe a “natureza jurídica”.

Problema em cuja análise não pode deixar de se colocar uma questão prévia, só aparentemente terminológica (na medida em que pressupõe já uma tendência ou opção quanto à solução a dar-lhe): “empresa e estabelecimento” ou “empresa ou estabelecimento”?¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶⁵ Pois é tão-só esta que importa ao nosso ramo jurídico, o que significa que é boa metodologia limitar o espectro da análise, porquanto de pouco servirá (de pouco tem servido...) buscar “um conceito geral que valha para todas as espécies empresariais e em todos os ramos do direito” (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 214, Autor que vem recusando um conceito unitário de empresa, se bem que aceite que na grande maioria dos casos a empresa-sujeito implica a empresa-objecto [ibidem] – o que aponta claramente para a unidade -, recusa que decorre da impossibilidade de se encontrar um conceito que abranja, a par da empresa típica [capitalista], “fenómenos jurídico-empresariais extremos ou excepcionais” [ilustrados pelos exemplos dos inventores, artistas e profissionais liberais, considerados “empresas” pelo direito da concorrência]: *Da Empresarialidade...*, cit., págs. 288 e 292). Note-se, a este respeito, que este mesmo método de focagem limitada vem sendo utilizado pela doutrina juslaboralista – outro plano em que a empresa ocupa um lugar de grande relevo, necessariamente numa acentuação própria e diferente da do direito comercial (“lugar por excelência das tensões sociais (...) topónimo fulcral e ritual da própria luta de classes”: CARVALHO, Orlando de, *Empresa e Direito do Trabalho*, Direito das Empresas, cit., pág. 182) -, ocupada apenas na elaboração de um conceito de *empresa laboral* ou *empresa em sentido jurídico-laboral*: FERNANDES, António Monteiro, *Empresa*, cit., col. 929; GOMES, Júlio Manuel Vieira, cit., págs. 215 e ss., max. 235 e ss. O que significa, também e por outro lado, que nos desinteressamos de outras discussões, como a da (não) essencialidade do fim lucrativo, aliás caídas em quase completo desuso: pensamos nas empresas públicas, reconduzidas em grande medida ao direito comercial (DL 133/2013, de 3 de Outubro, art. 5º, 1), ultrapassada a fase do “critério empresarial *sui generis*”, distinto do critério da empresa privada (MONCADA, Luís Cabral de, *A empresa pública e o seu regime jurídico; aspectos gerais*, BFD, separata do número especial “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, Coimbra, 1988, pág. 9) – sendo que há muito se punha em relevo a prossecução do lucro pelo Estado-empresário (PINTO, Carlos Mota, *Direito Público da Economia*, cit., pág. 29) -, ou nas cooperativas e o seu papel marginal na economia (cfr. OLIVEIRA, Ilda Helena Martins de, *Economia Social, Pilar de um novo modelo de desenvolvimento económico sustentável*, Instituto Politécnico do Porto, 2012 [Dissertação de Mestrado], max. págs. 38 e ss. – http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/1173/1/DM_IldaOliveira_2012.pdf - acesso em 17.09.2015). Considerando que “sem lucro (...) não há empresa” pois “o lucro de hoje é o investimento de amanhã e o emprego de depois de amanhã” e “só com empresas lucrativas se conseguem empregos com futuro” ou seja uma economia sustentada, MOREIRA, José Manuel, *A empresa do capitalismo como factor de progresso e de desenvolvimento*, RJUPT, Número Especial, 2002, pág. 156. [Não podendo, todavia, deixar de se ter em conta de que não há, nem na economia nem na sociedade nem no direito, compartimentos absolutamente estanques: pensemos, por exemplo, na dinâmica própria das relações laborais, cuja influência na vida e gestão da empresa ultrapassa largamente o seu papel de “factor de produção”, e na repercussão da cogestão no direito das sociedades (*supra*, nota 228).]

¹⁵⁶⁶ O uso destes dois termos como sinónimos, só podendo significar que qualquer deles representa uma única e mesma realidade, aponta manifestamente para uma concepção objectiva (ou, no mínimo, objectivante) da empresa, na medida em que inclui a sua face ou *nuance* objectiva, o seu “perfil objectivo”; e, inversamente, usá-los em sentidos distintos significa ver a empresa como algo apenas subjectivo (isolando o “perfil subjectivo”) e o estabelecimento como algo apenas objectivo (isolando o “perfil objectivo”). Mas é claro que, na primeira hipótese, como se referirá no texto, qualquer dos termos exprime

É clássica, entre nós, a utilização destes termos como sinónimos¹⁵⁶⁷ - sinonímia que exprime, não a redução aos elementos constituintes do perfil objectivo, antes o propósito de “reunir numa só mão as duas *nuances* que esses dois termos sugerem”,¹⁵⁶⁸ de afirmar a incindibilidade dos perfis (ou momentos) subjectivo, objectivo e institucional.¹⁵⁶⁹ Não é esta, no entanto, posição pacífica na doutrina, parte da qual sustenta a distinção entre “empresa” e “estabelecimento”.¹⁵⁷⁰

As tentativas doutrinárias de determinação da natureza jurídica da empresa (ou estabelecimento)¹⁵⁷¹ – ou seja, a integração desta “em qualquer figura já conhecida e trabalhada”¹⁵⁷² – percorreram, como não podia deixar de ser, os caminhos abertos pela

a realidade toda, nas suas faces objectiva e subjectiva sintetizadas no “perfil institucional” (no sentido que lhe é dado por CASSIANO DOS SANTOS - ob. cit., pág. 283).

¹⁵⁶⁷ CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, I, cit., pág. 201, e *Reivindicação do Estabelecimento Comercial Como Unidade Jurídica*, Estudos Jurídicos II – Direito Civil e Comercial. Direito Criminal, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, pág. 255 [cfr., no entanto, quanto a este A., o que a propósito escreveu posteriormente em *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, cit., pág. 44, em que parece recomendar ao legislador uma solução semelhante à do *Codice civile*, que estabelece, como vimos, a distinção entre “empresa” e “estabelecimento”]; CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., págs. 7 e ss., nota 3; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, cit., págs. 210 e ss., e *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, cit., págs. 4 e ss.; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 284. É claro que estabelecimento está aqui tomado na sua acepção mais ampla, como negócio do comerciante em movimento ou apto para entrar em movimento, nas sugestivas palavras de FERRER CORREIA (*Lições...*, I, cit., pág. 202), não em qualquer das acepções restritas em que por vezes é referido (idem, págs. 206 e ss.). Cfr. *supra*, nota 1095.

¹⁵⁶⁸ CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 8 (nota 3).

¹⁵⁶⁹ SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 283.

¹⁵⁷⁰ OLAVO, Fernando, cit., *max.* pág. 259, Autor que distingue empresa em sentido subjectivo (que coincide com o comerciante), empresa em sentido objectivo (a actividade que o comerciante exerce profissionalmente – no sentido do art. 2082 do *Codice civile*) e estabelecimento (a organização de que o comerciante se serve para o exercício da sua actividade – no sentido do art. 2555 daquele Código); XAVIER, V. G. Lobo, *Estabelecimento Comercial*, POLIS, 2, col. 1121-1126, Autor que, não tomando explicitamente posição quanto ao ponto, parece inclinar-se para a distinção entre empresa e estabelecimento (col. 1123); ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, I, ed. polic., Lisboa, 1986/87, págs. 134 e ss., distingue também empresa (instituição) de estabelecimento (conjunto unificado de bens com aptidão funcional, base do exercício da empresa), posição que manteve em *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, ROA, Ano 47 (1987), I, págs. 13-14 e *Direitos Reais*, Direito das Empresas, Coordenação de Diogo Leite de Campos, Oeiras, INA, 1990, págs. 185-186); CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 327 e ss., *max.* 350; CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011, págs. 41 e ss., Autor que acentua a importância do carácter institucional da empresa, como etapa de uma evolução no sentido da sua personificação (pág. 45); CUNHA, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, cit., págs. 53 e ss., Autor que, distinguindo empresa de estabelecimento, parece ter daquela uma ideia unitária de que este seria a concretização objectiva ou material (pág. 75): a empresa engloba o estabelecimento, é o conjunto das vertentes subjectiva (dinâmica) e objectiva (estática)/estabelecimento (pág. 80), a caminho (*de jure condendo*) da personalização (pág. 71).

¹⁵⁷¹ Aderimos à corrente que considera estes dois termos como sinónimos, com tudo o que isso implica e já ficou apontado.

¹⁵⁷² OLAVO, Fernando, cit., pág. 268.

consideração preferencial dos aspectos subjectivos ou objectivos: a empresa como pessoa jurídica,¹⁵⁷³ organização, património autónomo, universalidade(s), bem imaterial.¹⁵⁷⁴ Até que se concluiu que, mais do que perguntar pela “natureza jurídica” do estabelecimento comercial, ou seja, pelo “nome que lhe cabe dentro de certa nomenclatura do direito (ajustada, precisamente, a realidades mais simples do que são estas da fenomenologia empresarial),¹⁵⁷⁵ interessa saber em que consiste o “estabelecimento como fenómeno no Direito”.¹⁵⁷⁶ E desta indagação resultou a visão

¹⁵⁷³ Atribuída a ENDEMANN por FERNANDO OLAVO (ob. cit., pág. 271) e FERRER CORREIA (*Lições...*, I, cit., pág. 211, nota 3); em sentido não inteiramente coincidente, RAISER, Thomas, cit., pág. 116. Repare-se que a consideração da empresa como pessoa jurídica, sem qualquer tradição no nosso direito comercial (“estranha aberração” lhe chamou FERRER CORREIA - *Lições...*, I, cit., pág. 214), foi utilizada para a empresa pública (DL 260/76, de 8 de Abril, art. 2º, 1) a fim de permitir uma separação do seu titular, o Estado, que, por um lado, não tinha (tem) características e condições para explorar empresas e, por outro, estava (está) enredado numa pesada teia burocrática, e mesmo aí foi praticamente abandonada, preferindo-se regressar aos quadros do direito mercantil (*supra*, nota 1565); tomar a tese da personificação para a empresa comercial [que o legislador não considerou aquando da definição da figura do EIRL, na esteira dos ensinamentos de FERRER CORREIA (*Sobre a projectada reforma...*, cit., pág. 43, nota 8) e ao contrário do que viria a passar-se com a EIRELI brasileira (cfr. o nosso *A empresa individual...*, cit., pág. 19)] não traria qualquer resultado útil mas suscitaria novas e difíceis questões, postas desde logo no tocante à relação comerciante/empresa.

¹⁵⁷⁴ OLAVO, Fernando, cit., págs. 268-285; CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, págs. 210 e ss.

¹⁵⁷⁵ CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 307.

¹⁵⁷⁶ *Idem*, pág. 329. Cfr., no mesmo sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade...*, cit., págs. 69 e ss.

unitária da empresa, considerada como unidade jurídica e elevada à categoria de bem jurídico autónomo, objecto de direito de propriedade (e de outros direitos reais).^{1577 1578} Em suma: a empresa comercial (a empresa relevante para o direito comercial, por ele definida e regulada) é a empresa capitalista, acima caracterizada, fenómeno unitário juridicamente configurado como bem imaterial (*sui generis*)¹⁵⁷⁹ sobre o qual recai um direito de propriedade (ou outro direito real) de que o comerciante, singular ou colectivo, é titular.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷⁷ CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 252, *Reivindicação do Estabelecimento Comercial...*, cit., págs. 262 e ss., *Sobre a projectada reforma...*, cit., págs. 49 e ss.; CARVALHO, Orlando de, *Introdução à Posse*, RLJ, Ano 122º, nº 3781, pág. 107 (também em *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 272-273) e *Direito das Coisas*, cit., pág. 145 e nota 3; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., págs. 76-77; partindo embora da negação de um direito de propriedade sobre a empresa, OLIVEIRA ASCENSÃO, através da análise da realidade sócio-económica empresarial nos conceitos de empresa (instituição) e estabelecimento (substracto), seguida da distinção entre estabelecimento-universalidade de facto (“conjunto de bens marcado por uma aptidão funcional”, “uma unidade, uma nova coisa, que resulta da conjugação das várias coisas singulares”) e estabelecimento-universalidade de direito (“uma nova unidade, como situação jurídica complexa”, formada pelo “conjunto das situações jurídicas ligadas ao estabelecimento, que traduzem a respectiva exploração”), chega ao mesmo resultado: o estabelecimento (universalidade de facto), sendo uma verdadeira coisa, “é objecto de posse, pode ser adquirido por usucapião e está sujeito às vicissitudes [próprias dos] direitos reais.” (*Direitos Reais*, cit., págs. 185-186); em sentido contrário, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 351-352, concluindo ser o estabelecimento (distinto da empresa, considerada um “conceito-quadro” amplo e vago) uma “esfera jurídica de afectação” – e não um património de afectação, na medida em que “inclui ou pode incluir o passivo e toda uma série de posições contratuais recíprocas” –, “delimitada pelo seu titular em função do escopo jurídico-comercial em jogo.” [Não pode deixar de notar-se que esta concepção da natureza jurídica do estabelecimento parece ter implícita a noção de *património bruto* ou *património ilíquido* e equiparar *esfera jurídica* a *património global*: cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., págs. 344-346.] A concepção da empresa ou estabelecimento comercial como um bem imaterial *sui generis* – “um bem incorpóreo (...) que assenta num lastro, maior ou menor, de valores ostensivos, ou seja, com relevo jurídico-económico fora do próprio estabelecimento, valores que quase sempre incluem valores materiais” (CARVALHO, Orlando de, *Introdução à Posse*, loc. cit.), bem imaterial incarnado num lastro material ou corpóreo -, como FERRER CORREIA demonstrou (*Sobre a projectada reforma...*, cit., págs. 49 e ss.), é a que mais acautela os interesses em jogo, razão pela qual deve ser formalmente sufragada pelo nosso direito comercial positivo, seguindo o exemplo já referido do Código Comercial de Macau (*supra*, nota 939). [Aliás, ORLANDO DE CARVALHO sugeriu que a lacuna constituída pela omissão pura e simples do estabelecimento comercial em matéria de direito das coisas no Código Civil de 1966 teria como explicação o “pressuposto de que essa matéria caberia ao futuro código do comércio.” (*Direito das Coisas*, cit., pág. 148, nota 3.)]

¹⁵⁷⁸ Visão unitária intuída já pela doutrina mais antiga: PARDESSUS defende a qualificação do comerciante como empresário pela organização relevante do seu estabelecimento no mercado (*Cours de Droit Commercial*, I, Sixième Édition, Henri Plon, Libraire-Éditeur, Paris, 1856, págs. 78-79 – disponível em <https://ia600403.us.archive.org/28/items/coursdedroitcomm01pard/coursdedroitcomm01pard.pdf> - acesso em 14.10.2015); GUILHERME MOREIRA inclui a empresa comercial no quadro dos actos de comércio, considerando-a “uma série, um complexo de actos”, todos *comerciais* pelo seu *conjunto objectivamente considerado* (referido por SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., págs. 61 e ss.).

¹⁵⁷⁹ A descentralização do processo produtivo (*supra*, nota 1395), desconstruindo a estrutura hierárquica (institucional) da empresa (*supra*, nota 1555), reforça uma sua compreensão objectiva e imaterial, reduzindo o peso dos elementos subjectivos (empresário, trabalhadores) e acentuando os aspectos de organização.

¹⁵⁸⁰ Referimo-nos à situação normal em que o comerciante proprietário (ou usufrutuário), singular ou colectivo, explora efectivamente a empresa; mas pode suceder que a explore a outro título, como no caso da locação, em que o comerciante locatário é titular de um direito de crédito (FURTADO, J. Pinto, *Manual de Arrendamento Urbano*, cit., págs. 57 e ss., com revisão de doutrina e jurisprudência e reflexão aprofundada sobre o problema da natureza jurídica do direito do locatário).

5.3. Possibilidade e consequências da adopção da empresa como critério agregador do direito comercial

A adopção de uma noção clara de *empresa comercial*,¹⁵⁸¹ distinta das noções de empresa próprias de (ou apropriáveis por) outros ramos do direito, permitiria substituir o velho critério dos actos de comércio na qualificação das situações e relações comerciais, que o mesmo é dizer na delimitação do campo de acção ou perímetro do direito comercial, o qual passaria a abranger (e a ter como limite) as situações, posições e relações jurídicas relativas à empresa comercial, em qualquer dos planos em que se verifiquem: constituição, organização, funcionamento, crise, reorganização (sobrevivência) ou morte. De notar que tal não significaria um regresso ao subjectivismo dos privilégios – um dos argumentos dos que, no país vizinho, se opõem ao projecto do novo Código Mercantil;¹⁵⁸² subjectivismo que, aliás, não pode deixar de se entender hoje de outro modo, sublinhando a profissionalidade -, na medida em que a visão da empresa comercial como fulcro do direito comercial se reconduziria a uma perspectiva objectiva – seria da empresa e não do comerciante (empresário) que passariam a irradiar todas as matérias sujeitas ao nosso ramo jurídico, seria ela – fenómeno unitário objectivamente configurado¹⁵⁸³ - o pólo de atracção de todo o sistema.¹⁵⁸⁴

Nem ignoraria a impossibilidade (e indesejabilidade) de cometer ao direito comercial o exclusivo da disciplina jurídica da empresa comercial – pois, sendo certo que aquele se caracterizaria como direito base desta específica realidade empresarial, pertencendo-lhe os aspectos essenciais do seu ser e agir, os outros aspectos que reclamam a intervenção do direito (laborais, sociais, administrativos, ambientais, fiscais, regulatórios, penais) seguiriam naturalmente sendo domínio dos sectores correspondentes.

E, por último, não retiraria ao direito comercial a possibilidade de continuar a oferecer-se a todos quantos, fora dos quadros da empresa capitalista, vejam nele o melhor meio de protecção dos seus interesses.¹⁵⁸⁵

¹⁵⁸¹ *Supra*, 5.2. Pois não é a empresa capitalista (e não as variantes inventadas pelos que pretenderam domar ou superar o modelo capitalista) que centraliza “os interesses mais vivos do sistema”, não é para ela, ou através dela, que os mecanismos jurídico-mercantis existem? (CARVALHO, Orlando de, *Critério...*, cit., pág. 178.)

¹⁵⁸² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil*, AA.VV., Codificaciones del Derecho Privado en el S. XXI, cit., págs., 23-24.

¹⁵⁸³ *Supra*, 5.2, *in fine*.

¹⁵⁸⁴ As objecções que costumam colocar-se à adopção da empresa como critério aglutinador do direito comercial fundam-se na sua consideração numa perspectiva muito ampla, que pretende abarcar todas as situações em que o termo é utilizado pelo direito positivo (privado e público), incluindo as manifestamente marginais na vida económica contemporânea, o que, não sendo forçoso nem orientação uniforme noutros ramos jurídicos centrados na empresa – como é o caso do direito do trabalho (*supra*, nota 1565) -, torna o conceito imprestável: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 319 e ss. Considerando já a “empresa mercantil como *critério de qualificação* da matéria comercial no nosso Cód. Com. vigente”, SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., págs. 48-49 e 157-158, Autor que, escrevendo há trinta anos, conclui: “É que a actualidade do particularismo do direito comercial é a *profissional das organizações empresariais* (privadas ou públicas)” – pág. 158, *italico* nosso.

¹⁵⁸⁵ Não será outro, cremos, o sentido actual da celebrizada fórmula de ORLANDO DE CARVALHO, considerando o direito comercial “direito das empresas” ou “à volta das empresas” (*Ibidem*). Acresce que o problema da dimensão de um direito comercial assim definido – o qual, reduzido a um complexo de normas relativas ao estatuto do empresário, à tutela da empresa e à regulamentação quer da sua actividade externa quer dos negócios que a têm por objecto, careceria de dimensão suficiente para integrar um ramo

A formalização do conceito de empresa comercial¹⁵⁸⁶ e a sua colocação como núcleo de um direito comercial renovado¹⁵⁸⁷ implicaria alterações de vulto relativamente à situação actual: - a qualificação comercial deixaria de reportar-se a actos ou actividades para se centrar na empresa assim definida (o que incluiria actividades actualmente excluídas desde que exercidas empresarialmente [*hoc sensu*], como a agricultura e actividades afins¹⁵⁸⁸ ou actividades profissionais¹⁵⁸⁹ e mesmo artesanais,¹⁵⁹⁰ e excluiria os actos desgarrados, ocasionais, não integrados na organização empresarial); - a noção de comerciante deixaria de ligar-se à prática de actos, passando a resultar do exercício da empresa comercial¹⁵⁹¹ (o que excluiria naturalmente todos os sujeitos e entidades que não explorem uma empresa assim configurada, desde os actuais comerciantes não empresários¹⁵⁹² às entidades que exercem empresas não enquadráveis naquele conceito, como as cooperativas);¹⁵⁹³ - os actuais actos de comércio subjectivos desapareceriam, pois o direito comercial regularia apenas os actos relativos à empresa, só esta podendo

de direito autónomo (XAVIER, V. G. Lobo, *Direito Comercial*, cit., col. 422-423) – não se põe hoje da mesma maneira em vista da grande e conhecida proliferação normativa, que, como tentaremos demonstrar, pode com vantagem aglutinar-se por referência à empresa tal como ficou definida no texto.

¹⁵⁸⁶ Conceito que valeria em todos os sectores juscomerciais, acabando-se com a actual fragmentação conceitual: cfr., a título de exemplo, o art. 5º do CIRE ou o art. 1º do Anexo ao DL 372/2007, de 6 de Novembro.

¹⁵⁸⁷ Sustentando que, “*de lege ferenda*, a centralidade das empresas implicará que o direito comercial seja acima de tudo um ‘direito privado das empresas’ e, como tal, seja a empresa a *reconcentrar* a fragmentariedade típica do direito comercial”, COSTA, Ricardo, cit., pág. 143.

¹⁵⁸⁸ Exclusão que resulta da “força da tradição”: OLAVO, Fernando, cit., pág. 11. Sobre o ponto LOCRÉ, Jean-Guillaume, *Esprit...*, cit., pág. 106, na perspectiva da sujeição à jurisdição mercantil; e, para uma visão mais geral desde a *Ordonnance de 1673*, SENDIN, Paulo M., *Artigo 230...*, cit., págs. 9-11, nota 4.

¹⁵⁸⁹ A exclusão das profissões autónomas ou liberais deve-se também a razões históricas fundadas numa antiga desconsideração do comércio, tida como actividade (e profissão) pouco dignificante (*supra*, nota 218; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 288), posteriormente reconvertida pelo critério da ligação incindível entre o seu exercício e a pessoa do profissional, por oposição às actividades especulativas (comerciais) possibilitadoras de fontes de rendimento sem trabalho para os proprietários do capital (investidores) ou de apropriação do excedente social como contrapartida da detenção dos meios de produção, independentemente (ou para lá) da possível (mas não imprescindível) participação pessoal do empresário na actividade da empresa (Código Comercial, art. 230º, § 1º: “... que exerce *directamente* a sua arte, indústria ou ofício...”; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 93; art. 1.º do Estatuto do Trabalho Autónomo espanhol, Lei 20/2007, de 11 de Julho; cfr. tb. FRANCO, A. L. Sousa, ob. e loc. cit.; MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Centelha, Coimbra, 1973, pág. 27). É claro que, como em todas as distinções, particularmente na vida económica, há situações de zona cinzenta e, por isso, de difícil qualificação: será o caso dos pequenos empresários, de cuja participação pessoal a empresa depende, que são a “alma” da empresa e de que a falta quantas vezes determina o fim desta - ponto a que voltaremos (*infra*, § 4º, 1.4).

¹⁵⁹⁰ Estamos a pensar em actividades de produção não massificadas (“industrializadas”, neste sentido), por exemplo de produtos biológicos ou tradicionais (bolos, compotas, licores, aguardentes, artefactos de cortiça) ou “feitos à mão” incorporando a arte de quem os faz (joalharia, marroquinaria, charutos), mas em que concorrem as características da empresa comercial (crescentemente impostas pelas exigências de qualidade, segurança e sanidade a que tais actividades não escapam).

¹⁵⁹¹ Passando a assumir relevo especial a questão de saber se a qualidade de comerciante depende do exercício *efectivo* da empresa, ou seja, será comerciante (apenas) aquele que explora uma empresa comercial (“um negócio em movimento”) ou também o que detém uma estrutura com as mesmas características mas que ainda não iniciou o exercício da actividade (“um negócio apto a entrar em movimento”) ou ainda o que possui tão-só uma organização eficiente projectada para o exterior mas ainda sem aptidão para funcionar (cfr., quanto a este último aspecto, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 290 e nota 269; *infra*, § 4º, 1.1.).

¹⁵⁹² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 116.

¹⁵⁹³ *Supra*, nota 1152 para esta solução no direito brasileiro, actual e futuro.

determinar a qualificação do acto como comercial;¹⁵⁹⁴ - desapareceria igualmente a distinção entre sociedade comercial e sociedade civil em forma comercial, evoluindo-se para um conceito meramente formal de sociedade mercantil, à alemã;¹⁵⁹⁵ - evitar-se-iam as questões relacionadas com a qualificação de figuras comerciais generalizadas, sempre que o objecto comercial tenha sido substituído pelo exercício de “actividade económica”; - distinguir-se-iam os contratos comerciais dos civis apenas em função da sua pertença à empresa comercial; - perderiam interesse os problemas da analogia na qualificação de actos comerciais¹⁵⁹⁶ e das “pessoas semelhantes a comerciante”.¹⁵⁹⁷

§ 4º - Para um recorte diferente da *matéria mercantil*

Partindo da noção de empresa comercial a que chegámos,¹⁵⁹⁸ poder-se-á construir um mapa das matérias sobre que há-de incidir o direito comercial, abrangendo: - as questões relativas à forma, constituição e organização da empresa; - a noção e o estatuto do comerciante; - os direitos e negócios sobre a empresa; - os instrumentos jurídicos do funcionamento (actividade externa) da empresa; - a tutela da empresa; - a crise da empresa (sobrevivência e morte); - o encerramento da empresa.

¹⁵⁹⁴ O que não significa que os actos comerciais como “actos de empresa” não tenham de ser praticados pela pessoa singular ou colectiva que a explore – mas essa é uma dificuldade que o direito da insolvência já resolveu (CPEREF, art. 7º; CIRE, arts. 6º e 19º: cfr., quanto ao direito actual, FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, cit., págs. 99 e ss. e 196 e ss.). Nem que se não possa estabelecer a presunção legal (relativa) de que os actos patrimoniais dos comerciantes são praticados no exercício da respectiva empresa: cfr. Código Comercial de Macau, art. 3º, 2 (se bem que a formulação desta norma não tenha sido feliz, por demasiado próxima da letra do art. 2º, 2ª parte, do Código de Veiga Beirão).

¹⁵⁹⁵ *Supra*, Parte I, Cap. II, § 3º, 3 e 4; cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, cit., págs. 37-38. Critério partilhado por outros ordenamentos europeus e defendido pelo Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais de FERRER CORREIA e ANTÓNIO CAEIRO (cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, II, cit., pág. 42 e notas 93 e 94). É esta, com efeito, a opção, para além do direito alemão, dos direitos espanhol e francês: Ley de Sociedades de Capital, art. 2.; Code de commerce, art. L210-1. Deve notar-se que o critério da forma na qualificação das sociedades comerciais se restringe, nos direitos alemão e espanhol, às sociedades de capitais (únicas que, naquele, têm personalidade jurídica: CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 85) – sobre a classificação “sociedades de pessoas-sociedades de capitais” e as dificuldades de enquadramento de certos tipos sociais, CAEIRO, António, cit., págs. 18 e ss.; MAIA, Pedro, *Tipos de Sociedades Comerciais*, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), Estudos de Direito das Sociedades, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 36 e ss. Critério que presidia também ao Projecto de Código das Sociedades publicado pelo Ministério da Justiça em 1983 (art. 1º, 1).

¹⁵⁹⁶ O art. 3º do Código Comercial de Macau, sob a epígrafe “actos de comércio”, qualifica como tais “os actos especialmente regulados na lei em atenção às necessidades da empresa comercial, designadamente os previstos neste Código, e os actos análogos (alínea a) do nº 1) e “os actos praticados no exercício de uma empresa comercial” (alínea b) do nº 1). A adopção da empresa comercial como núcleo fundante ou bússola orientadora do direito comercial não poderá deixar de se reflectir, segundo cremos, na consideração do “acto comercial” ou “acto de comércio” como acto da empresa comercial ou, seja, acto praticado no (ou por causa do) exercício da empresa comercial, todo o acto relativo à empresa comercial, em qualquer dos aspectos ou fases da sua existência. A referência do citado artigo aos “actos especialmente regulados na lei...”, lembrando uma visão que se pretende substituir, peca por redundância, uma vez que na perspectiva do direito comercial como direito da empresa comercial todos os actos previstos na lei respectiva hão-de necessariamente ser actos praticados no âmbito daquela. E, assim sendo, a “analogia” só poderá estar na ligação do acto à empresa.

¹⁵⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 288-289. Vide *infra*, § 4º.

¹⁵⁹⁸ *Supra*, § 3º, 5.2.

Não iremos, naturalmente, descrever estes vários aspectos ou fases da vida da empresa e os numerosos e complexos problemas jurídicos que suscitam; limitar-nos-emos a respigar algumas dessas questões, seja para sugerir alteração de soluções substantivas seja para equacionar mudanças de localização sistemática.

1. Questões que suscitam a ponderação de alterações no plano da substância

1.1. A função do registo da empresa

É bem conhecida a função do registo comercial, consubstanciada, em regra, na eficácia declarativa e, em casos especiais, constitutiva de direitos.¹⁵⁹⁹

Ora, esta eficácia constitutiva do registo serviria a empresa comercial de modo próximo do que vem servindo as sociedades disciplinadas pelo CSC, com a diferença de que, em vez de ser condição de aquisição da personalidade jurídica (reconhecimento normativo),¹⁶⁰⁰ seria condição da sua constituição e de atribuição de uma especial natureza jurídica, a de bem imaterial (*sui generis*).

Ou seja: a inscrição da empresa no registo comercial operaria a sua constituição, dando lugar a todos os respectivos efeitos jurídicos, desde logo, a sua sujeição ao direito comercial, a constituição do direito de propriedade sobre ela e aquisição da qualidade de comerciante pelo seu titular.

Ora, para poder cumprir esta função, o registo da empresa comercial terá de ser obrigatório e restrito a essa modalidade empresarial, à que efectivamente reúne os requisitos de comercialidade enunciados.

Poderá perguntar-se, por outro lado, quando é que a empresa comercial pode ser admitida a registo, parecendo ser de aceitar que o seja antes do início efectivo da actividade a que se propõe e mesmo antes de reunir todos os elementos necessários ao seu exercício ou de assumir uma identidade no mercado.¹⁶⁰¹

1.2. Reconhecimento expresso do direito de propriedade sobre a empresa como corpo unitário

A visão unitária da empresa comercial, traduzida na sua concepção como um bem imaterial (*sui generis*), constitui uma antiga aspiração da comercialística portuguesa (com raízes mais longínquas),¹⁶⁰² o que certamente influenciou o legislador macaense que, em 1999, a consagrou formalmente num dos seus “Grandes Códigos”, o Código Comercial.¹⁶⁰³

¹⁵⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 445 e ss.

¹⁶⁰⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., págs. 309 e ss.; CSC, art. 5º.

¹⁶⁰¹ *Supra*, nota 1591. Solução que, permitindo o registo a partir do momento inicial do “projecto de empresa”, se afigura mais condizente com a sua natureza constitutiva – sempre se podendo encontrar um mecanismo de protecção do sistema relativamente aos projectos que não tenham sequência ou que se descaracterizem.

¹⁶⁰² *Supra*, notas 1577 e 1578; *A empresa individual...*, cit., nota 18.

¹⁶⁰³ *Supra*, nota 939; cfr. tb. nota 982 para idêntica solução do direito russo.

Estamos convencidos de que seria esta uma boa solução para uma nova etapa da longa vida do nosso direito comercial - clarificando o entendimento da empresa comercial, promovendo a unificação conceitual e, com ela, a simplificação de todo o sistema, facilitando a sua compreensão e dogmatização como objecto de direitos e negócios, melhorando a sua tutela perante vicissitudes perturbadoras do seu gozo.¹⁶⁰⁴

1.3. Justificar-se-á um tratamento diferenciado para as empresas comerciais de menor dimensão?

Vimos que o direito comercial alemão distinguia tradicionalmente os comerciantes consoante a dimensão para fins de sujeição ao seu regime especial, tratando, em geral, os pequenos comerciantes (*Minderkaufleute*) como não comerciantes.¹⁶⁰⁵ Com a reforma de 1998, a distinção desapareceu, passando a considerar-se que os pequenos negócios não são empresas comerciais e, conseqüentemente, os seus titulares não são comerciantes,¹⁶⁰⁶ podendo, todavia, adquirir essa qualidade pela inscrição no registo comercial.¹⁶⁰⁷

Também o direito italiano reserva um tratamento especial aos “piccoli imprenditori”, entre os quais se encontram os “piccoli commercianti”:¹⁶⁰⁸ não sujeição às obrigações de inscrição no registo (art. 2202) e de escrita comercial (art. 2214, 3º parágrafo), nem à falência (art. 2221).¹⁶⁰⁹

Existe uma definição europeia de pequenas e médias empresas (PME), segundo os critérios do número de trabalhadores, do volume de negócios e de independência, às quais são concedidas determinadas vantagens.¹⁶¹⁰

O incentivo que o direito comercial lhes poderá dar – e, em parte, já deu¹⁶¹¹ – estará no alívio dos requisitos formais e das obrigações especiais que impendem sobre as empresas comerciais.¹⁶¹²

¹⁶⁰⁴ *Supra*, nota 1577.

¹⁶⁰⁵ *Supra*, notas 216, 217 e 224.

¹⁶⁰⁶ Quanto aos critérios da qualificação dos pequenos negócios, ver *supra*, nota 223.

¹⁶⁰⁷ HGB, § 2: registo facultativo mas constitutivo (cfr. *supra*, nota 234).

¹⁶⁰⁸ *Codice civile*, art. 2083.

¹⁶⁰⁹ GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale*, cit., pág. 55.

¹⁶¹⁰ Art. 2º do Anexo ao DL 372/2007, cit. Quanto aos vários incentivos concedidos às PME, particularmente nas áreas do financiamento e do apoio à exportação e à internacionalização, cfr. <http://www.iapmei.pt>.

¹⁶¹¹ Como se referiu, o nosso legislador comercial tem vindo a proceder, em geral, a uma simplificação formal visível, por exemplo, no abandono da escritura pública para actos estruturais (CSC, art. 7º, 1) e no processo de constituição de sociedades (*supra*, nota 1418). E, no que às pequenas empresas diz directamente respeito, à liberalização do capital da sociedade por quotas (*supra*, Parte I, Cap. III, § 4º, 2.2.) e à disponibilização de um regime especial de insolvência (CIRE, arts. 249º e ss. – diploma que retoma uma linha tradicional do nosso direito falimentar e parte da sua própria noção de “pequena empresa”; cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, cit., págs. 924 e ss.)

¹⁶¹² Aproveitando-se a oportunidade para clarificar o que se entende, em sede de direito comercial, por “pequena empresa”.

1.4. Noção de comerciante singular

Num sistema centrado na empresa comercial, vista como entidade objectiva, será comerciante todo aquele que explora uma empresa assim definida; e sê-lo-á a partir do momento do registo da empresa, nos termos vistos.¹⁶¹³

Mas o que significa “explorar uma empresa”?

O comerciante é, nesta visão, o empresário; e, como tal, é o empreendedor, o organizador da empresa, o que, por um lado, tem a sua direcção efectiva – toma, no quadro das circunstâncias jurídicas, económicas e sociais em que actua, as decisões finais em tudo quanto tem a ver com a empresa, com a actividade que exerce, os mercados em que opera, os produtos ou serviços que oferece, os factores produtivos que em cada momento utiliza e o modo como o faz, as alianças estratégicas que estabelece, a imagem que projecta e o aproveitamento que dela retira – e, por outro, corre os riscos que ela implica e embolsa o lucro (líquido) que ela é capaz de gerar. Comerciante será, assim, a pessoa que, detendo um título jurídico que legitime a mais ampla disponibilidade da empresa para os fins que lhe são próprios (em regra, o direito de propriedade), tem o *poder jurídico* de a utilizar para o seu fim último (a maximização do lucro) e o *interesse económico* nessa maximização e subsequente apropriação e, em vista da melhor satisfação possível desse interesse económico, está disposta a suportar os riscos inerentes (que a “lógica da empresa” o levará a procurar minimizar).

Daqui decorrem consequências de relevo: comerciante será o que explora a empresa não só *em nome próprio* como *em benefício ou proveito próprio*.¹⁶¹⁴

Quanto à primeira afirmação, dir-se-á – com razão – que não representa nada novo: o gerente de comércio e o mandatário comercial em geral nunca foram considerados comerciantes pela doutrina maioritária.¹⁶¹⁵

¹⁶¹³ *Supra*, 1.1.

¹⁶¹⁴ Passámos por cima da questão da “capacidade comercial” porque, atento o “princípio da coincidência” (Código Comercial, art. 7º; OLAVO, Fernando, cit., pág. 135) e a revogação das normas especiais restritivas dos arts. 8º, 9º e 11º deste Código (Idem, págs. 136 e ss.), é matéria a regular exclusivamente pelo direito civil, o que se deve manter. Já assim não será quanto à aplicação dos conceitos civis na interpretação de normas comerciais, como no caso da *vexata quaestio* do sentido do requisito “capacidade” do art. 13º, 1º, do Código Comercial (CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 123; XAVIER, V. G. Lobo, *Comerciante*, cit., col. 987). [O problema da qualificação da capacidade exigida pelo art. 13º, 1º como capacidade de gozo ou capacidade de exercício, tendo dividido a nossa doutrina, não tem, a nosso ver, interesse prático, porquanto o ponto fundamental está na possibilidade de aquisição da qualidade de comerciante pelo incapaz, desde que, no exercício da actividade, a incapacidade seja suprida nos termos gerais do direito civil: cfr. A. ob. e loc. cit. em ult. lugar.; OLAVO, Fernando, cit., págs. 426 e ss.; mais recentemente, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 105-107.]

¹⁶¹⁵ CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., págs. 142-144; OLAVO, Fernando, cit., pág. 405; XAVIER, V. G. Lobo, ob. e loc. cit.; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, I, cit., págs. 230 e ss.; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 145-147. Em sentido diferente, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., pág. 113, parecendo retomar o ensinamento de JOSÉ TAVARES (cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. e loc. cit.), seguido já por M. JANUÁRIO COSTA GOMES (ob. cit., pág. 513), ao aceitar a qualificação do mandatário comercial como comerciante pelo exercício profissional do próprio mandato (acto de comércio objectivo: art. 231º do Código Comercial) – debate que revela, uma vez mais, as fragilidades da teoria dos actos de comércio como critério do direito comercial, permitindo diferentes leituras do pressuposto material da qualificação jurídica do comerciante: a) prática profissional de actos de comércio absolutos ou por natureza (CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 126); b) prática profissional de, pelo menos alguns, actos acessórios (XAVIER, V. G. Lobo, ob. cit., col. 986-987); c) exercício da empresa comercial (SENDIN, Paulo M., *Art. 230...*, cit., pág. 151). MENEZES CORDEIRO

Já não assim, no entanto, quanto à segunda proposição: a generalidade da doutrina qualifica o comissário como comerciante, apesar de actuar em benefício do comitente.¹⁶¹⁶ Vejamos: a distinção entre estas duas figuras de mandatário reside na (presença ou ausência de) representação, com as consabidas e importantes consequências – no mandato com representação (mandato mercantil em geral)¹⁶¹⁷ as consequências dos actos praticados pelo mandatário, respeitado o mandato conferido, repercutem-se directamente na esfera jurídica do mandante;¹⁶¹⁸ não havendo representação (comissão),¹⁶¹⁹ é o mandatário que, nas relações com terceiros, “adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra”.¹⁶²⁰ E foi justamente esta diferença que impressionou a doutrina: o mandatário que não suporta os efeitos dos actos de comércio que pratica, mesmo que exerça a profissão de mandatário comercial “em escritório aberto ao público”, não poderia ser considerado comerciante; já o que sofre esses efeitos porque se apresenta perante os terceiros com quem contrata “como principal e único contraente” seria, por esse motivo, comerciante, mesmo que não dispusesse de empresa ou de qualquer organização por mínima que fosse.¹⁶²¹ Sucede, porém, que: - o comissário é obrigado a transferir para o comitente os direitos adquiridos em execução do mandato;¹⁶²² - o comitente deve assumir as obrigações contraídas pelo comissário em execução do mandato ou entregar-lhe os meios necessários para as cumprir ou reembolsá-lo do que este tiver gasto nesse cumprimento;¹⁶²³ - o comissário não responde, em princípio, pelo cumprimento das obrigações contraídas pelos terceiros com quem contratou;¹⁶²⁴ - os bens que o comissário adquire em execução do mandato não respondem pelas suas próprias obrigações.¹⁶²⁵ ¹⁶²⁶

Todas estas disposições se compreendem facilmente na medida em que, actuando embora em nome próprio, o comissário o faz por conta do comitente, que é afinal o verdadeiro interessado nesses negócios, o que com eles pode, no fim do dia, ganhar ou perder. Ao qualificar o comissário como comerciante pelo exercício profissional de contratos de comissão, não se toma em linha de conta o *interesse económico* de que o comerciante, enquanto profissional do comércio, é necessariamente portador e que é a base da procura do lucro sem a qual ele não existe.

propõe uma outra solução: todos os mandatários comerciais, incluindo os comissários, passariam a integrar uma nova categoria, a de “pessoas semelhantes a comerciante”, aceitando a partir dela a qualificação de qualquer destas figuras como comerciante, desde que actue “com autonomia e disponha de uma organização para o efeito”, salvaguardada embora a análise de cada caso em concreto (*Direito Comercial*, cit., pág. 288).

¹⁶¹⁶ CORREIA, A. Ferrer, ult. ob. cit., págs. 144-145; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, I, cit., págs. 235 e ss.; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. cit., págs. 148-149.

¹⁶¹⁷ Código Comercial, arts. 242º, 250º, 251º, 256º e 257º.

¹⁶¹⁸ Código Civil, art. 258º, *ex vi* art. 1178º, 1.

¹⁶¹⁹ Código Comercial, art. 266º.

¹⁶²⁰ Código Civil, art. 1180º.

¹⁶²¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, ult. ob. e loc. cit.

¹⁶²² Código Civil, art. 1181º, 1, por força do art. 267º do Código Comercial.

¹⁶²³ Código Civil, art. 1182º.

¹⁶²⁴ Código Comercial, art. 269º.

¹⁶²⁵ Código Civil, art. 1184º.

¹⁶²⁶ Tudo consequências lógicas da sua posição de mandatário, de alguém que não é dono do negócio, que nele não tem um interesse económico (“especulativo”) próprio, que não corre, em última linha, os riscos inerentes, cuja contrapartida pelo serviço que presta ao comitente é uma “remuneração pelo seu trabalho” (Código Comercial, art. 232º), ordinária ou acrescida, conforme os casos (art. 269º, § 2º).

Creemos, pois, que, perante o direito actual, o comissário não deve ser qualificado como comerciante.¹⁶²⁷ Na perspectiva que vimos sugerindo do comerciante-empresário comercial, poderá vir a sê-lo (tal como o mandatário mercantil) se dispuser de uma empresa comercial nos moldes indicados.¹⁶²⁸

A noção jurídica de comerciante dependerá, assim, da exploração de uma empresa comercial (após inscrição desta no registo comercial: inscrição obrigatória e constitutiva). O que poderá conduzir à inclusão, como se disse de passagem,¹⁶²⁹ de actividades e profissões tradicionalmente excluídas do objecto do nosso ramo de direito.¹⁶³⁰

1.5. Noção de comerciante colectivo

O titular da empresa comercial colectiva é, por via de regra, a sociedade comercial, que é, assim, o comerciante colectivo típico, o “comerciante nato”.¹⁶³¹ Daí que as condições de que depende a aquisição da qualidade de comerciante por parte da sociedade comercial sejam, em regra, tão-somente os pressupostos da sua existência plena.¹⁶³²

¹⁶²⁷ Para além do que ficou dito no texto, devem ter-se em conta as semelhanças entre as duas espécies de mandato comercial, o *mandato mercantil* e a *comissão*: - ambos os contratos têm, em regra, por objecto a prática de actos isolados e não uma relação duradoura, estável (Código Comercial, art. 231º, aplicável à comissão *ex vi* art. 266º: MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 101-102; BRITO, Maria Helena, *O contrato de agência*, AA.VV., Novas perspectivas do Direito Comercial, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 123); - tanto o mandatário mercantil como o comissário são remunerados independentemente do resultado do seu trabalho (Código Comercial, art. 232º, aplicável ao comissário por força do art. 267º: MONTEIRO, António Pinto, *ob. e loc. cit.*); - em ambos os casos, a actividade do mandatário pode ser exercida no âmbito de uma organização empresarial ou sem ela (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 149).

¹⁶²⁸ Chamando a atenção para “um certo recrudescimento” do contrato de comissão, nos domínios do comércio internacional e financeiro, ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 464.

¹⁶²⁹ *Supra*, § 3º, 5.3. e notas 1588, 1589 e 1590.

¹⁶³⁰ Pode suscitar-se aqui a questão da qualificação comercial das profissões autónomas ou liberais, designadamente das enquadradas por ordens ou outras associações profissionais: dispendo de uma empresa em moldes comerciais, esses profissionais adquiririam a qualidade de comerciante? As suas empresas colectivas, estruturadas ou não em sociedades comerciais, seriam, elas próprias, comerciantes? No que respeita aos profissionais individuais, não vemos por que não o seriam, aplicando-se-lhes os critérios da comercialidade sugeridos no texto; eventuais obstáculos provenientes do respectivo direito estatutário produziriam os efeitos próprios nessa sede, mas em nada alterariam o resultado obtido a partir dos critérios jurídico-mercantis (o que, aliás, corresponde à melhor interpretação do direito actual: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 130-131). Quanto às empresas colectivas profissionais, ver *infra*, nota 1641.

¹⁶³¹ CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, I, cit., pág. 129.

¹⁶³² Código Comercial, art. 13º, 2º; CSC, arts. 1º, 2 e 3, e 5º: CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 277. A sociedade comercial, regularmente constituída, é, pois, comerciante. Mas sê-lo-á antes de concluído o processo de constituição, antes de adquirir personalidade jurídica? Em geral, a nossa doutrina ou não contempla o problema ou lhe responde negativamente. COUTINHO DE ABREU considera-o expressamente e conclui pela qualificação como comerciante das sociedades comerciais antes do registo definitivo do título constitutivo (ainda não dotadas, portanto, de personalidade jurídica) - *Curso...*, I, cit., págs. 155-156; chegando à mesma conclusão, SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 116-117. O modelo de sociedade comercial adoptado pela nossa lei é o da sociedade-pessoa jurídica (que é o “estatuto jurídico que lhe compete”: CORREIA, A. Ferrer, *As sociedades comerciais no período da constituição*, Estudos Vários de Direito, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 1982, pág. 507), estatuto a cuja plenitude se chega através de um processo “sucessivo e complexo” (CASSIANO DOS SANTOS, *ibidem*), por camadas. Há muito que se reconhece, todavia, a conveniência de acautelar os

O nosso direito comercial distingue as sociedades comerciais das sociedades civis em forma (ou de tipo) comercial, sendo que só as primeiras são comerciantes na medida em que têm por objecto a prática de actos de comércio.¹⁶³³ Trata-se de uma maneira de ver as coisas já hoje ultrapassada, pois a importância da distinção assentava em não submeter sociedades com objecto civil à falência e à jurisdição comercial:¹⁶³⁴ ora, como se sabe, não existe jurisdição comercial e o actual instituto da insolvência aplica-se indistintamente a qualquer uma destas espécies sociais.

De jure condendo, deverão considerar-se comerciais todas as sociedades que adoptem um dos tipos legais previstos no CSC e observem o processo de constituição por ele definido. Principalmente por causa da importância adquirida, a partir de meados da década de 70 do século XX, pelas empresas públicas (essencialmente resultantes da nacionalização de praticamente toda a economia portuguesa), abriu-se o debate sobre se estas empresas, elevadas à categoria de pessoa jurídica em 1976, tendo objecto comercial, seriam comerciantes, concluindo-se pela afirmativa, “mesmo sem apoio muito explícito nos

direitos de terceiros e dos próprios sócios nos casos (não infrequentes) de exercício da actividade “social” antes de completado esse processo constitutivo (FERRER CORREIA, ob. cit.), distinguindo-se três possíveis situações de acordo com a fase ou momento em que ocorrem: a) antes de (ou sem) haver acordo dos interessados quanto à constituição de uma sociedade comercial, em que mais não existe do que condutas pessoais que criam a “falsa aparência” de sociedade, importando a protecção de terceiros a responsabilização pessoal dos pretendidos sócios, pois não existe nada para além deles (CSC, art. 36º, 1); b) no período que medeia entre o acordo (informal) dos “sócios” com vista à futura constituição da sociedade e a efectiva celebração do contrato constitutivo, no qual já existe “algo” mais do que eles, sendo que os interesses em jogo, tanto no plano das relações externas como internas, são acautelados pelo recurso às regras da sociedade civil (CSC, art. 36º, 2); c) na fase que vai da formalização do contrato ao seu registo definitivo, em que se reconhece já a existência de uma sociedade comercial (do contrato têm de constar, entre outros elementos, o objecto e o tipo – CSC, art. 9º, 1 -, que são as notas características da sociedade comercial - art. 1º, 2), mas ainda não plena, pois essa plenitude só a alcançará com o registo (CSC, art. 5º) e, por isso, se aceita o regime próprio do tipo social escolhido pelos sócios no contrato com as modificações impostas pela ausência de personalidade jurídica (CSC, arts. 37º- 40º). Neste quadro, não se estranhará que a sociedade comercial (ainda) não registada possa ser considerada comerciante imputando-se-lhe os direitos, vantagens e obrigações próprios do respectivo estatuto jurídico - não esquecendo, naturalmente, que existem direitos e obrigações inseparáveis do registo, como por exemplo o direito à firma (art. 35º, 1, do Regime do RNPC), o que condiciona (difere) o cumprimento da obrigação de a adoptar (Cód. Comercial, art. 18º, 1º) e também que uma das obrigações especiais dos comerciantes é a de “fazer inscrever no registo comercial os actos a ele sujeitos” (cit. art. 18º, 3º), à cabeça dos quais seguramente se encontra o próprio acto constitutivo da sociedade (CRC, arts. 3º, 1, a), 15º e 17º). Em sentido contrário, considerando só ser comerciante a sociedade comercial regular, LABAREDA, João, *Sociedades Irregulares – Algumas Reflexões*, AA.VV., Novas Perspectivas do Direito Comercial, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 189. Sobre o processo de constituição das sociedades comerciais, ver tb. RAMOS, Maria Elisabete, *Constituição das Sociedades Comerciais*, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), Estudos de Direito das Sociedades, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 41-84.

¹⁶³³ CORREIA, A. Ferrer, *Lições...*, II, cit., págs. 12-13.

¹⁶³⁴ *Ibidem*. Conjugando os números 1 e 4 do art. 1º do CSC, poderíamos ser tentados a concluir ter o legislador de 1986 decidido acabar com a distinção tradicional entre sociedades comerciais e sociedades civis em forma comercial: “a presente lei aplica-se às sociedades *comerciais*”, sendo que às sociedades com objecto exclusivamente civil e que adoptem um dos tipos previstos no código é “aplicável a *presente lei*”. Mas não foi assim: cfr. o nº 4 do Relatório do DL 262/86 e o art. 3º do CRC. O que se escreveu naquele ponto do Relatório revela o problema das reformas parcelares, mesmo de parcelas da importância e magnitude das sociedades comerciais; de todo o modo, passar do sistema actual para o que considera comerciais todas as sociedades que adoptem a forma comercial (tipo legal e processo constitutivo) estará longe de ser, hoje, “um salto no desconhecido”, desde que se repense a “delimitação do direito comercial frente ao direito civil”, “aquando da reforma do próprio Código Comercial”. Sobre as sociedades civis de tipo comercial, ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, II, cit., págs. 44 e ss.

textos legais”.¹⁶³⁵ Questão que posteriormente o legislador resolveu em parte, reconduzindo as empresas públicas ao quadro societário mercantil¹⁶³⁶ do mesmo passo que mantinha as “entidades públicas empresariais” (EPE) com o perfil de pessoa colectiva de direito público próprio das antigas empresas públicas,¹⁶³⁷ entidades cuja qualificação como comerciantes não pode deixar de se resolver nos mesmos termos destas.¹⁶³⁸

A qualificação como comerciantes de pessoas colectivas que não são sociedades comerciais suscita, no quadro do direito comercial vigente, a questão da linha divisória ou de saber o que é que determina essa qualificação: será apenas o objecto ou também outro ou outros atributos?

Está aqui em causa, para além da prossecução de um objecto mercantil, o modo como isso se faz no caso em apreço, particularmente o escopo ou intuito lucrativo.¹⁶³⁹ Decorre do entendimento que apresentamos de empresa comercial não poder prescindir-se do escopo lucrativo no comerciante: sob pena de se negar a si próprio e ser outra coisa qualquer que não comerciante, ele não pode deixar de ter como objectivo último da sua actividade a procura do excedente ou mais-valia patrimonial, a sua maximização e apropriação com vista ao seu próprio enriquecimento.¹⁶⁴⁰

Comerciante colectivo será, assim, a sociedade comercial; podendo sê-lo também outras pessoas colectivas que explorem uma empresa comercial, nos termos definidos.¹⁶⁴¹

¹⁶³⁵ XAVIER, V. G. Lobo, *Comerciante*, cit., col. 988; ALMEIDA, António Pereira de, *Direito Comercial*, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, polic., 1976-77, págs. 279 e ss. Problema que veio reavivar um debate mais antigo sobre a interpretação do art. 13º, 1º, do Código Comercial: nele caberiam só pessoas singulares ou também pessoas colectivas não societárias? Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 278 e ss.

¹⁶³⁶ Art. 3º, 1, do DL n.º 558/99, de 17 de Dezembro, substituído pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, com idêntica disposição (art. 5º, 1).

¹⁶³⁷ Decreto-Lei n.º 133/2013, arts. 56º - 61º.

¹⁶³⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 119, Autor que admite também a aquisição da qualidade de comerciante por parte dos ACE, AEIE e cooperativas com objecto comercial. *Infra*, nota 1726.

¹⁶³⁹ Ponto que, justamente, divide a doutrina: por todos, A. ob. e loc. cit. em ult. lugar, prescindindo do intuito lucrativo na caracterização do comerciante; CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 280-281, exigindo o intuito lucrativo como nota indispensável da profissão de comércio, ou seja, da aquisição da qualidade de comerciante. [Repare-se que até na China e na Rússia se não prescinde do escopo lucrativo na caracterização do comerciante: *supra*, notas 922 e 982.]

¹⁶⁴⁰ Sobre a obrigatoriedade do lucro na empresa pública à luz do DL 260/76, MONCADA, Luís Cabral de, *A empresa pública...*, cit., págs. 24-26.

¹⁶⁴¹ Na perspectiva que vimos adoptando e que colocamos na mesa de discussão para uma futura reforma do direito comercial português, a distinção entre o comerciante e o não comerciante assenta na exploração (ou não) de uma empresa comercial tal como ficou definida (*supra*, § 3º, 5.2., e § 4º, 1.4.); e, pela aplicação dos critérios de comercialidade que daí decorrem, considerámos poderem ser comerciantes os profissionais autónomos ou liberais individuais (*supra*, nota 1630). No que respeita, agora, às empresas colectivas profissionais, dir-se-á que, constituídas sob a forma de sociedade comercial, serão necessariamente comerciantes, estando sujeitas ao respectivo estatuto. Isto sem embargo de se entender, com COUTINHO DE ABREU (*Curso...*, II, cit., págs. 46 e ss.), que faz falta uma intervenção legislativa de fundo na matéria das sociedades profissionais, ponderando a experiência de outros ordenamentos jurídicos, como o francês, o alemão e o inglês (*supra*, notas 571 e 572), bem como a proposta contida no Anteprojecto de Código Comercial brasileiro (arts. 323. e ss.; de notar a possibilidade de sócios meramente investidores nas sociedades profissionais, mesmo de profissão regulamentada: art. 327., § 3º), que, na visão que sugerimos (admissão da figura da sociedade comercial pela forma) ficaria facilitada, permitindo a integração dessas organizações no direito comercial (posto que as resistências que ainda persistem à adopção de sociedades de tipo comercial – sociedades de advogados – são resquícios de preconceitos do passado, não se coadunando nem com a dimensão nem com o espírito nem com as ambições nem com os métodos nem

1.6. O estatuto jurídico do comerciante

São conhecidos os direitos, vantagens, desvantagens e obrigações que integram o estatuto jurídico do comerciante, tanto do lado activo como passivo; bem como a decrescente importância que, com o tempo, tal estatuto foi tendo.¹⁶⁴²

Numa reforma do direito comercial segundo as linhas de força que vimos sugerindo, alguns dos aspectos tradicionais deste estatuto caíam (por exemplo, a prerrogativa da criação de actos comerciais subjectivos), outros seriam reequacionados e outros ainda acrescentados.

1.6.1. As obrigações profissionais do comerciante¹⁶⁴³

1.6.1.1. A escrituração mercantil

A obrigação de ter escrituração mercantil, inscrita no art. 18º, 2º, do Código Comercial, mantém-se mas os termos do seu cumprimento foram profundamente alterados em 2006, na “grande reforma das sociedades comerciais” que, assim, ultrapassou esse âmbito, com o objectivo de simplificar, desburocratizar e reduzir os custos para as empresas.¹⁶⁴⁴ Mas, considerando o conjunto das normas do Código Comercial revogadas e alteradas e o respectivo saldo, não pode deixar de se concluir, com MENEZES CORDEIRO, que “o legislador suprimiu o Direito da escrituração mercantil do nosso Direito comercial.”¹⁶⁴⁵ Esta pobreza da lei comercial revela a especialização, por um lado, e generalização, por outro, das matérias contabilísticas, simultaneamente sujeitas a uma crescente complexidade, em grande medida resultante da evolução das técnicas e comportamentos dos operadores económicos e da consequente reacção através da uniformização europeia e internacional das regras, e ao alargamento do campo de acção: aí estão o Sistema de

com os fins assumidos pelas mais emblemáticas destas sociedades. O DL n.º 62/2013, de 10 de Maio, caminha já neste sentido, integrando no conceito de “empresa”, para efeito de “transacções comerciais”, a actividade profissional autónoma (art. 3º, d). [E de igual modo para as empresas agrícolas e artesanais – o que não representa grande inovação: as primeiras podem adoptar formas societárias mercantis (A. e ob. cit. em ult. lugar, pág. 45); veja-se, por outro lado, o art. 12º do DL 41/2001, de 9 de Fevereiro, considerando, se bem que “para efeitos do presente diploma”, comercial a sociedade “que desenvolva uma actividade artesanal” (redacção mantida pelo DL 110/2002, de 16 de Abril)].

¹⁶⁴² ALMEIDA, António Pereira de, cit., págs. 373 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 357 e ss.; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 109-110 e 158 e ss.; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 191 e ss.

¹⁶⁴³ Como já referimos no início deste §, a nossa preocupação não é descrever os regimes actuais, interessando-nos apenas comentar os aspectos que julgamos merecerem destaque na perspectiva *de jure constituendo* em que nos colocamos.

¹⁶⁴⁴ Relatório do DL 76-A/2006, de 29 de Março. Cfr. CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., págs. 411-413.

¹⁶⁴⁵ *Idem*, pág. 412.

Normalização Contabilística,¹⁶⁴⁶ as leis fiscais¹⁶⁴⁷ e a orientação no sentido da “convergência entre contabilidade e fiscalidade”.¹⁶⁴⁸

Perda de importância do direito comercial nesta área lamentada pela doutrina;¹⁶⁴⁹ mas teremos de convir que, perante a torrente de leis contabilístico-tributárias,¹⁶⁵⁰ que submerge os comerciantes (pequenos, médios e grandes),¹⁶⁵¹ o legislador comercial só pode abster-se.¹⁶⁵²

1.6.1.2. Prestação de contas

Os arts. 18º, 4º, e 62º do Código Comercial impõem aos comerciantes a obrigação de “dar balanço e prestar contas”, a fim de dar a conhecer a respectiva situação patrimonial no termo do ano económico.

Deve notar-se, todavia, que, apesar do que dispõe o referido artigo 62º, esta obrigação não se aplica a todos os comerciantes, pois os (muito) pequenos estão dispensados de cumprir o SNC,¹⁶⁵³ e que nem todos os que lhe estão sujeitos a têm de cumprir “nos três primeiros meses do ano imediato”¹⁶⁵⁴ – (ir)relevância que contrasta com o tom grandiloquente do preceito (vestígios de passada grandeza...) e mostra, uma vez mais, as deficiências a que as alterações-remendo sujeitam as leis.

A prestação de contas é hoje relevante, fundamentalmente, no domínio das sociedades;¹⁶⁵⁵ mas existem consequências que podem ser sérias do incumprimento da obrigação correspondente para comerciantes singulares, por exemplo na situação de insolvência.¹⁶⁵⁶

Em 2007, no âmbito de uma louvável política de desburocratização e simplificação de procedimentos e do modo de cumprimento de diversas obrigações legais das empresas,

¹⁶⁴⁶ Aprovado pelo DL 158/2009, de 13 de Julho.

¹⁶⁴⁷ Designadamente as leis que tributam o rendimento: CIRS, arts. 116º e 117º; CIRC, art. 123º.

¹⁶⁴⁸ Relatório do DL 159/2009, de 13 de Julho. Sobre o ponto, lembrando a importância do direito fiscal na evolução do direito contabilístico (comercial) e a actual relação de dependência parcial daquele face a este, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 107-109 e 521-522.

¹⁶⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes, *ibidem*; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *ob. cit.*, págs. 184-185.

¹⁶⁵⁰ De “turboprodução” legislativa fala CASALTA NABAIS (*ob. cit.*, pág. 26).

¹⁶⁵¹ Deve notar-se que, perante os preceitos contabilísticos e fiscais aplicáveis, os arts. 30º e 41º do Código Comercial, na sua redacção actual, não fazem qualquer sentido nem têm qualquer relevância: poderá o comerciante opor aos inspectores tributários uma escrituração mercantil organizada segundo a sua livre opção mas que não respeite as normas fiscais respectivas?

¹⁶⁵² O que não quer dizer que se não possa manter no futuro, como se mantém agora (art. 44º do Código Comercial), em sede de direito comercial, o especial regime probatório da escrituração... fiscal (CORDEIRO, António Menezes, *ibidem*; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *ob. cit.*, pág. 189, nota 441).

¹⁶⁵³ Art. 10º do DL 158/2009. Sobre o ponto, A. *ob. cit.* em ult. lugar, pág. 190.

¹⁶⁵⁴ O balanço revela a posição patrimonial e financeira de uma empresa numa determinada data, pelo que a apresentação do balanço no prazo consignado no art. 62º pressupõe que a data do balanço seja 31 de Dezembro, termo do período do exercício económico coincidente com o ano civil; ora, esta coincidência, sendo habitual entre nós, não é obrigatória: CSC, arts. 65º, 5, e 65º-A. Cfr. BORGES, António/RODRIGUES, Azevedo/RODRIGUES, Rogério, *Elementos de Contabilidade Geral*, 26ª edição, Áreas Editora, Lisboa, 2014, págs. 59 e ss.

¹⁶⁵⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *ibidem*; CORDEIRO, António Menezes, *ibidem*, e *Direito das Sociedades*, I, págs. 1019 e ss.

¹⁶⁵⁶ CIRE, art. 186º, 2, h) e 3, b), *ex vi* nº 4. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *cit.*, pág. 720.

foi criada a IES (Informação Empresarial Simplificada) que unificou as obrigações de prestação de contas para efeitos fiscais e de registo comercial e para fins de informação estatística ao Instituto Nacional de Estatística e ao Banco de Portugal.¹⁶⁵⁷

Neste quadro, não se justifica a sobrevivência do art. 62º do Código Comercial nem a inclusão de normas específicas sobre prestação de contas num seu eventual sucessor, a não ser uma norma de remissão para os apontados regimes.

1.6.1.3. Deveres impostos pela defesa do consumidor

Para além dos deveres que decorrem do princípio da boa-fé, quer na fase pré-contratual quer na celebração e vigência do contrato – e que vinculam sempre o comerciante no exercício da sua empresa, seja quem for a contraparte –,¹⁶⁵⁸ as medidas de protecção do consumidor assumidas, no quadro comunitário, pelo nosso legislador impõem ao comerciante deveres que, não se lhe dirigindo em exclusivo, constituem, pela sua extensão e problematidade mas sobretudo pelo facto de respeitarem aos destinatários finais das operações do mercado,¹⁶⁵⁹ representados por associações influentes, um muito importante factor de condicionamento da actividade das empresas.

Esta a razão pela qual pensamos não se poder nem dever omitir o seu tratamento, nesta perspectiva – a dos deveres que a disciplina de defesa do consumidor impõe ao

¹⁶⁵⁷ Art. 2º do DL 8/2007, de 17 de Janeiro. Cfr. a respectiva página oficial em <http://www.ies.gov.pt>.

¹⁶⁵⁸ Referimo-nos aos chamados deveres acessórios: protecção, informação/colaboração e lealdade (CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, cit., págs. 546 e ss. e 586 e ss.).

¹⁶⁵⁹ Sabe-se que a noção jurídica de *consumidor* não se identifica com a económica de *destinatário final* do produto ou serviço (MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor*, cit., pág. 196; OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *Do conceito de consumidor: algumas questões e perspectivas de solução*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº 8, 2006/2007, págs. 519 e ss.; em sentido diferente, equiparando consumidor [“consumador”] e destinatário final, CORDEIRO, António Menezes, *Da natureza civil do Direito do consumo*, O Direito, Ano 136º, IV, 2004, pág. 606); mas há-de convir-se que será como destinatário final que o consumidor tipicamente se apresenta.

comerciante que se lhe dirige –, quando se trata, precisamente, do estatuto jurídico do comerciante.^{1660 1661}

¹⁶⁶⁰ Questão que evoca uma outra, mais ampla e mais funda, qual seja a de saber se o “direito do consumidor”, isto é, o conjunto das normas jurídicas que têm por objecto a disciplina das relações em que o “consumidor” enfrenta um “profissional”, pertence ao direito civil ou ao direito comercial ou, ainda, é (ou poderá vir a ser) uma disciplina científica e juridicamente autónoma cuja sede formal seria a de um Código do Consumidor. Começamos já, em ponto anterior deste trabalho, uma reflexão sobre o tema (*supra*, nota 227); diremos agora (com a plena consciência de que este será certamente um ponto a discutir – e bem polémico – num futuro próximo, em que se não poderá deixar de reequacionar o direito comercial, em que o monumento central do ordenamento jurídico português, ao celebrar o seu cinquentário, a “idade do ouro”, inevitavelmente colocará delicadas questões de *aggiornamento* – pois não se trata aí, de todo, de substituir um “código vigente mas já sem vigor”, antes de o actualizar cirurgicamente, preservando-o no essencial -, e em que haverá que dar resposta aos trabalhos preparatórios de um futuro Código do Consumidor e ao empenho, estudos e reflexões que pressupuseram e originaram): - o “profissional” do direito do consumidor é, em regra, já hoje, um comerciante (*vide* art. 2º da LDC e art. 21º do Anteprojecto do Código do Consumidor, 2006 [anteprojecto que deu lugar ao Projecto do Código do Consumidor de 2008, que não foi publicado]; de “proeminência natural” fala, a propósito, ENGRÁCIA ANTUNES: *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 72, nota 81) e sê-lo-á por maioria de razão numa eventual adopção da perspectiva aqui propugnada; - o direito do consumidor (como o direito do trabalho) visa compensar um desequilíbrio real em relações para as quais a igualdade formal das partes não passa de um ritual hipócrita (“entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit”: LACORDAIRE, citado por NUNES, A. J. Avelãs, *Neo-Liberalismo, Globalização e Desenvolvimento Económico*, BCE XLV (separata), Coimbra, 2002, pág. 11; cfr. LEUPRECHT, Peter, *Contraindre le fort pour affranchir le faible*, Revue Relations, nº 705, Dezembro 2005 - <http://www.cjf.qc.ca/fr/relations/>): o seu modelo ou paradigma é o reequilíbrio possível dessas relações [não deixa de ser interessante recordar a origem comum do direito do consumidor e do direito do trabalho numa visão originária do “direito industrial”, “assente no conceito económico de indústria e na preocupação principal de salvaguarda dos interesses corporativos dos industriais” - GONÇALVES, Luís Couto, cit., pág. 15]; - o paradigma do direito civil é a igualdade das partes (PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, cit., pág. 59), pelo que normas que têm como pressuposto a falta de “*igualdade ou paridade* de situação jurídica dos sujeitos” seriam incompatíveis com esse paradigma (cfr. as reflexões de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA sobre a superação do “paradigma de um direito privado formal” pelo “paradigma de um direito privado material” em *Contratos de adesão nas relações entre empresas – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Fevereiro de 2005*, RJUPT, nº 15, Porto, 2012, págs. 241-242); - o direito comercial comunga também, historicamente, do paradigma civilista; mas, direito da produção e oferta no mercado, só aparentemente é um direito de iguais (*supra*, nota 32; CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas...*, cit., pág. 48), sendo hoje parte indeclinável da sua missão, como direito privado da economia, proteger a liberdade também contra os poderes privados (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, ult. ob. e loc. cit.; *supra*, nota 727); - como já foi observado, o direito do consumidor “não é ‘contra’ as empresas (mormente as grandes) ou o sistema de produção capitalista (ao invés)” – ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 49 -, e as modificações e limitações que impõe às regras aplicáveis às relações estabelecidas pelo comerciante podem induzir, pelos custos associados ao seu cumprimento, vantagens competitivas; - aliás, “as exigências de atuação segundo os bons costumes – onde se inclui a deontologia do comércio – assumem, no Direito comercial, uma feição ainda mais exigente do que no civil” (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 545, Autor que lembra que a justiça e o equilíbrio intrínsecos dos negócios do comerciante só poderão beneficiá-lo, pois “serão um fator suplementar de rapidez e proficuidade”); - um dos fundamentos confessos do direito do consumidor, sendo o consumo um importante factor de crescimento económico, é a protecção do mercado através do estímulo à confiança do consumidor “para que este adquira mais bens e serviços” (CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 21); - a experiência demonstra que a defesa do consumidor se terá de exercer não só frente ao “profissional” como em relação ao próprio consumidor e só será efectiva se integrada na disciplina da empresa, punindo os comportamentos abusivos mas acima de tudo, através de um correcto sistema de gestão, dissuadindo (inibindo) a sua prática e contribuindo para a afirmação (positiva, cultural) das boas práticas e do bom exemplo; - a evolução recente do direito do consumidor, influenciada pela crise económica em curso, aponta para uma estagnação, ou mesmo diminuição, do nível de protecção dos consumidores, prevalecendo a protecção do mercado sobre a protecção do consumidor – o que mostra que, por vezes, a máscara fica mal afivelada... (Ibidem; LEITÃO, Luís Menezes, *O impacto da crise financeira...*, cit., max. pág. 26; *infra*, nota 1704; ver tb.

NUNES, A. J. Avelãs, ult. ob. cit., pág. 34); - aceita-se a extensão do regime de protecção do consumidor, em certas situações, a pessoas colectivas e a pessoas singulares que não sejam consumidores (MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa...*, cit., pág. 196, e *A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor*, RLJ, Ano 143º, Nº 3987 (Julho-Agosto 2014), pág. 377; CORDEIRO, António Menezes, *Da natureza civil...*, cit., pág. 639), o que significa a possibilidade de aplicação das normas protectoras a comerciantes singulares e a sociedades comerciais, ou seja a relações *entre comerciantes* (e, segundo cremos, aproxima o regime de defesa do consumidor do direito comercial, não o afasta, como parece estar implícito no pensamento de COUTINHO DE ABREU a propósito dos “contratos de empresa” – ult. ob. e loc. cit.); - se olharmos para a sistematização das matérias no Anteprojecto referido, vemos que, ao lado de normas de direito privado, se incluem normas de direito público (penal, processual, institucional) – daí a natureza de código *pós-moderno* (MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa...*, cit., pág. 195) -, o que, reconhecendo embora que a natureza de um sistema de direito se afere pelo sistema em geral e não por particulares normas de outra natureza que contenha a título instrumental (*supra*, nota 1501), impossibilitaria, a nosso ver, a recondução de todo esse conjunto de matérias a um diploma comercial (ou civil) – neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Da natureza civil...*, cit., pág. 634. Tudo visto, concluímos pela possibilidade (e desejabilidade) de inserção das normas (privadas) que consagram os “direitos” do consumidor num futuro código comercial, à anglo-saxónica, ou seja, em vez da solene (e tantas vezes vazia...) afirmação de direitos, a prática imposição de deveres, condição da sua eficácia (reconhecendo que a defesa do consumidor se traduz, afinal, na imposição de obrigações de vários tipos ao produtor, ao prestador de serviços e ao distribuidor de bens, MONTEIRO, António Pinto, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº 7, 2005, pág. 246; e considerando que esses “direitos”, em geral, não são verdadeiros direitos, CORDEIRO, António Menezes, *Da natureza civil...*, cit., pág. 617) – inserção, no nosso caso e na óptica da elaboração de um novo código comercial, apesar de tudo, menos problemática do que a sua inclusão no Código Civil, à alemã (deixando de fora, naturalmente, as restantes matérias incluídas no Anteprojecto, as quais poderiam ficar avulsas - as relativas ao direito institucional, por exemplo - ou ser inseridas nos códigos respectivos - como as normas penais ou processuais). Solução que representaria, ainda, a assunção pelo direito comercial português, no seu mais alto escalão, de preocupações quanto ao impacto social das actividades económicas privadas e, deste modo, a busca de uma nova legitimidade no seu exercício e resultados. [A solução alemã exprime, naturalmente, as condicionantes psicológicas, económicas e jurídicas próprias, parecendo que o tratamento do núcleo da defesa do consumidor no direito civil, como direito geral, resultará também da reacção negativa dos meios económicos alemães perante leis (especiais) de tutela: cfr. CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. cit., pág. 639. O que está longe de afligir os nossos empresários.]

¹⁶⁶¹ Uma (breve) incursão na nossa doutrina mostra haver partidários de todas as possíveis soluções: autores que, considerando o (núcleo essencial do) direito do consumidor direito comum, advogam a sua inclusão sistemática no Código Civil (ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, cit., págs. 178-180; CORDEIRO, António Menezes, *Da natureza civil...*, cit., max. págs. 637 e 640, Autor que, noutra sede, admite que “o Direito do consumidor poderia, à partida, ser comercial”, só tendo sido levado para o direito civil pela tradição e pelo “progressivo desaparecimento, em diversos países, dos códigos comerciais” – *Direito Comercial*, cit., págs. 114-115); autores que o vêem (ou antevêem) como direito privado especial digno de um código próprio (*Código-inovação*: ALARCÃO, Rui de, *Globalização, Democracia e Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, nº 8, 2006/2007, págs. 17-27, max. 23 e ss.; MONTEIRO, António Pinto, *Harmonização Legislativa...*, cit., max. págs. 201 e ss., que fundamentalmente justifica a sua posição pela conveniência em concentrar um *direito pluridisciplinar* num *código pluridisciplinar*); e autores que consideram que “poderia localizar-se o direito do consumidor numa eventual revisão ‘empresarialista’ do Código Comercial ...” (PEREIRA, Alexandre Dias, *Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 7, cit., págs. 363-364, nota 35) ou que antevêem, como consequência do recentramento do direito contratual clássico em torno do “status” dos contraentes, a necessidade de compatibilização da figura emergente do contraente “fraco” (o consumidor) com a figura “reemergente” do contraente “forte” (o empresário/comerciante) – ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., pág. 74, nota 82, Autor que inclui a “emergência da problemática do consumidor” entre os factores que concorrem para a existência e afirmação de um regime próprio da contratação mercantil (Idem, págs. 69 e ss.) -, compatibilização essa que, permitimo-nos acrescentar, poderá ser melhor feita por um ramo do direito centrado na empresa e, como tal, definidor dos seus horizontes e limites.

Incluir-se-iam, assim, num futuro Código Comercial, no âmbito do estatuto do comerciante, os deveres de informação, os relativos à saúde e segurança de produtos e serviços, à qualidade dos produtos e serviços, às práticas comerciais proibidas e condicionadas (para além das especificidades que a defesa do consumidor impõe no domínio contratual).

1.6.2. A responsabilidade do comerciante

O comerciante, singular ou colectivo, responde pelo exercício da empresa nos termos gerais e nos especiais legalmente previstos, como é o caso da chamada responsabilidade civil do produtor.¹⁶⁶²

Respondendo a sociedade comercial com todo o seu património pelos actos praticados no exercício do seu objecto¹⁶⁶³ e sendo certo que outras pessoas podem ser chamadas a essa responsabilidade,¹⁶⁶⁴ as questões que se costumam colocar neste âmbito respeitam ao comerciante singular e ao património que há-de servir essa responsabilidade.

É bem sabido que tradicionalmente não se consentiu ao comerciante o benefício da limitação da responsabilidade ao património da empresa bem como se conhecem as razões dessa posição; e também como, com o tempo, essa recusa se foi desvanecendo, acabando por dar lugar à introdução de figuras jurídicas para tal vocacionadas.¹⁶⁶⁵

Em resultado dessa evolução, no direito português convivem, a este propósito, três situações possíveis: - o comerciante responde com todo o seu património por todas as suas obrigações, incluindo as geradas no exercício empresarial,¹⁶⁶⁶ nos termos gerais;¹⁶⁶⁷ - ou responde apenas, em princípio, com o (os bens penhoráveis do) património da empresa, caso crie um EIRL (Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada);¹⁶⁶⁸ - podendo ainda constituir uma SUPQ (Sociedade Unipessoal Por Quotas) e beneficiar, no essencial, do estatuto deste tipo de sociedade comercial.¹⁶⁶⁹

1.6.2.1. O problema do EIRL: manutenção, morte ou ressuscitação?

São bem conhecidas as razões que presidiram à introdução, em 1986, desta figura jurídico-mercantil no direito português, as opções que se deparavam ao legislador e os motivos da sua escolha: tratava-se de permitir a limitação da responsabilidade do comerciante individual, objectivo que poderia ser prosseguido ou pela autonomia patrimonial da empresa (concebendo-a como património autónomo ou concedendo-lhe a

¹⁶⁶² Segundo o art. 2º do DL n.º 383/89, de 6 de Novembro, o “produtor” é claramente um comerciante (em sentido jurídico). Não há, pois, razão para não incluir esta matéria num novo Código Comercial.

¹⁶⁶³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, II, cit., pág. 450.

¹⁶⁶⁴ Ver, por exemplo, os arts. 78º, 79º, 81º, 84º, 175º, 198º e 465º do CSC.

¹⁶⁶⁵ Cfr. o nosso *A empresa individual...*, cit, págs. 6 e ss.

¹⁶⁶⁶ Temos aqui em vista a situação típica do comerciante-empresário; mas é claro que se incluem nesta responsabilidade geral as obrigações assumidas pelos (actuais) comerciantes não empresários no exercício da sua actividade profissional.

¹⁶⁶⁷ Código Civil, art. 601º - que é como que a situação residual, porquanto será a do comerciante que não tiver constituído nem um EIRL nem uma SUPQ.

¹⁶⁶⁸ DL 248/86, de 25 de Agosto.

¹⁶⁶⁹ CSC, arts. 270º-A a 270º-G.

personalidade jurídica) ou pela admissão da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada – sendo que se optou então pela primeira hipótese, fundamentalmente para não romper com a visão tradicional da sociedade-contrato.¹⁶⁷⁰

E também se sabe que, dez anos volvidos, se lhe juntou nova figura jurídica com o mesmo fim, a sociedade unipessoal por quotas, o que se ficou a dever às reconhecidas imperfeições e insuficiências do regime do EIRL,¹⁶⁷¹ modelo societário que logo tomou a primazia na preferência do público-alvo – a tal ponto que se advogou a pura e simples supressão daquele instituto.¹⁶⁷²

No actual estado de coisas, abrem-se ao legislador, em tese, três hipóteses: manter o EIRL intocado, suprimi-lo ou ressuscitá-lo, corrigindo as assinaladas imperfeições e insuficiências.

Manter inalterado o quadro regulatório do instituto não é opção, é a continuação da inércia só explicada por esquecimento ou por se considerar que a sua morte (natural, que não jurídica) já ocorreu.¹⁶⁷³

Suprimi-lo pura e simplesmente poderia ser uma opção: temos a sociedade unipessoal por quotas, comprovadamente mais eficaz na realização do objectivo em causa.

No entanto, desenvolvimentos recentes no plano do direito comparado¹⁶⁷⁴ levam-nos a ponderar se se deverá seguir o caminho radical da eliminação do instituto (“podando os ramos secos”) ou se não se deverá antes optar por, em homenagem à liberdade de escolha dos interessados e uma vez que estamos em presença de matérias sujeitas ao princípio da tipicidade,¹⁶⁷⁵ preservá-lo, revigorando-o pela actualização do seu regime e deixando-o “em concorrência” com a sociedade unipessoal por quotas.¹⁶⁷⁶ A manter-se – e poderá, eventualmente, manter-se como modelo regulatório de micro e pequenas empresas –, o nosso EIRL deveria beneficiar de melhorias no seu regime jurídico, designadamente: - abertura do objecto a qualquer actividade económica, incluindo as actividades agrícola e afins, artesanais e profissionais, desde que exercidas nos moldes próprios da empresa comercial; - possibilidade de o titular constituir mais do que um EIRL; - facilitação da transformação da sociedade unipessoal por quotas em EIRL, numa norma-espelho do art. 270º-A, 5, do CSC; - abolição da exigência de capital mínimo, continuando a equiparação às sociedades por quotas feita pelo legislador de 1986 (art. 3º, 2, do DL 248/86); - supressão das restrições à limitação da responsabilidade actualmente constantes dos nºs 2 e 3 do art. 11º e do art. 22º do DL 248/86.

¹⁶⁷⁰ *A empresa individual...*, cit., págs. 15 e ss. e bibliografia aí citada.

¹⁶⁷¹ *Ibidem*. De “tipo societário mais actual” fala o Relatório do DL 8/2007, de 17 de Janeiro, a propósito da SUPQ relativamente ao EIRL (que não é, obviamente, um *tipo societário menos actual!*)

¹⁶⁷² ANTUNES, José Engrácia, *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada...*, cit.

¹⁶⁷³ *Supra*, nota 742.

¹⁶⁷⁴ *A empresa individual...*, cit.

¹⁶⁷⁵ Código Civil, art. 601º.

¹⁶⁷⁶ Referimo-nos ao EIRL mas a reflexão é extensível a outras figuras comerciais, como, por exemplo, as sociedades em nome colectivo e em comandita, os “tipos menores” (COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial*, cit., pág. 102).

1.6.2.2. A responsabilidade do cônjuge do comerciante pelo exercício do comércio

O problema da responsabilidade do cônjuge do comerciante pelas dívidas que para este resultam do exercício da sua profissão tem sido resolvido, de modo notavelmente pacífico,¹⁶⁷⁷ nos termos literais da norma da alínea d) do número 1 do artigo 1691º do Código Civil (aplicável em caso de não ilisão da presunção estabelecida pelo artigo 15º do Código Comercial): *sendo o comerciante devedor casado em regime de comunhão, a responsabilização do seu cônjuge depende do proveito comum do casal (que a lei manda presumir); se o regime de bens do casamento for o de separação, essa responsabilidade fica, sem mais, excluída.*

A reflexão que vimos fazendo sobre este ponto de não despicienda importância prática¹⁶⁷⁸ fortaleceu-nos na convicção de que não é esta a mais correcta interpretação da lei vigente e de que alterações substanciais são necessárias.¹⁶⁷⁹

Sintetizando as explanações já feitas nesses outros lugares, dir-se-á que: - o verdadeiro critério aferidor da responsabilidade dos cônjuges, na tradição do nosso direito, é o do *proveito comum* do casal: critério bem mais justo e proporcionado do que o do regime de bens, pois alia, em ligação correspectiva, os dois elementos fundamentais: a responsabilidade e o benefício, constituindo o ponto óptimo de equilíbrio entre os interesses comerciais e os interesses familiares; - o invocado princípio comercial do favorecimento do credor – que exige e justifica este especial regime de responsabilidade - impõe a extensão da responsabilidade ao cônjuge do comerciante devedor sempre que aquele beneficie (ou esteja em condições de beneficiar) dos proventos resultantes da profissão comercial deste último – não se justificando, de todo, a excepção do regime de separação de bens (sempre que haja, como normalmente há, proveito comum dos cônjuges); - o artigo 1691º do Código Civil, mesmo na formulação actual, autoriza a

¹⁶⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 554-556, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, II, cit., págs. 195-197; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 135-138; PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Direito Comercial das Empresas*, Editorial Juruá, 2015, págs. 53-54. Para um apanhado de jurisprudência, ver o nosso *De novo sobre a responsabilidade...*, cit., pág. 1045, nota 55.

¹⁶⁷⁸ Atentar-se-á no cuidado posto pelos bancos e sociedades financeiras na obtenção da responsabilização pessoal dos cônjuges dos comerciantes singulares – cfr. CORDEIRO, António Menezes, ult. ob. e loc. cit.; e não só dos casados em comunhão geral ou de adquiridos: SALAZAR, Helena, *Breves Notas Sobre A Responsabilidade Pelas Dívidas Contraídas Por Um Dos Cônjuges No Exercício Da Actividade Comercial*, Comunicação apresentada no âmbito das Comemorações dos 35 Anos do Código Civil, Direito da Família e das Sucessões, realizada entre 24 e 26 de Outubro de 2002, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 135, nota 55 (<http://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/2467> - acesso em 2.11.2015). Mas nem todos os credores do comerciante são bancos, sendo até a maioria normalmente constituída por empresas não financeiras (pelo menos em número de credores) – como a experiência prática dos processos de insolvência amplamente demonstra –, não podendo o direito alhear-se deles.

¹⁶⁷⁹ Cfr. os nossos trabalhos *Dívidas Comerciais* e *De novo sobre a responsabilidade...*, cit., e bibliografia aí referida. Mantemo-nos na convicção subjacente às conclusões apresentadas nesses estudos, fundamentalmente na de que é possível responsabilizar, perante o direito vigente, o cônjuge do comerciante no regime de separação de bens, se bem que retocaríamos hoje alguns passos da redacção: pensamos, em especial, na importância então [não] reconhecida ao nº 3 do art. 1691º do Código Civil (*De novo sobre a responsabilidade...*, cit., pág. 1047, nota 60), quando é certo que ele impede as presunções judiciais, nessa medida contribuindo para a (injustificada) discriminação dos credores do comerciante consoante o regime de bens do casamento do devedor de que se fala no texto – razão mais do que suficiente para merecer revogação.

responsabilização do cônjuge do comerciante devedor, casado em separação de bens, havendo proveito comum do casal,¹⁶⁸⁰ embora discrimine os credores, na efectivação do seu direito sobre aquele, consoante o regime de bens do casamento do devedor (comunhão ou separação).¹⁶⁸¹

Julgamos que, numa perspectiva de direito futuro, se deverá optar ou por suprimir a segunda excepção da norma da referida alínea d)¹⁶⁸² ou por, de modo mais radical, eliminar pura e simplesmente essa norma, na medida em que já nem sequer é justificada pelos interesses do comércio, que apelam hoje para outras vias de tutela centradas na garantia da adequação do património da empresa às necessidades do negócio.¹⁶⁸³

2. Questões que suscitam a ponderação de alterações de localização sistemática

2.1. A contratação em massa, os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais

A massificação da produção e distribuição de bens económicos, possibilitada pela Revolução Industrial e intensificada no período de crescimento que se seguiu ao termo da II Guerra Mundial, conduziu à padronização contratual, apontada como uma das características especiais dos contratos comerciais.¹⁶⁸⁴

Padronização que se revelaria nos chamados contratos de (ou por) adesão e viria a estar na origem da introdução do regime das cláusulas contratuais gerais.

É consensual o reconhecimento de uma ligação genética dos contratos de adesão e do regime das cláusulas contratuais gerais à actividade (e ao direito) comercial, o que é particularmente evidente nos sectores de ponta da economia (banca, seguros, transportes), que são hoje o seu campo de eleição.¹⁶⁸⁵

Rara será, na realidade, a utilização de tais instrumentos contratuais nas relações entre particulares (não comerciantes ou profissionais autónomos), se bem que nada o impeça e possa suceder.¹⁶⁸⁶

¹⁶⁸⁰ Quanto mais não seja, por aplicação das normas constantes das suas alíneas b) ou c) do nº 1 – relativamente às quais há muito se entende serem aplicáveis a dívidas constituídas no exercício do comércio (*De novo sobre a responsabilidade...*, cit., pág. 1052 e nota 73).

¹⁶⁸¹ Alínea d) do nº 1.

¹⁶⁸² Que poderia ficar assim redigida: “*As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, independentemente do regime de bens do casamento, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal.*”

¹⁶⁸³ *De novo sobre a responsabilidade...*, cit., págs. 1052 e ss.

¹⁶⁸⁴ ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., págs. 76 e ss.

¹⁶⁸⁵ Idem, págs. 75 e 80; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 573-574; MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 44 e ss.; *Banca e cláusulas contratuais gerais (Breve apontamento)*, VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de (coord.), I Congresso de Direito Bancário, cit., pág. 102.

¹⁶⁸⁶ Por exemplo, o caso do senhorio, dono de numerosos prédios recebidos por herança, que utiliza um contrato pré elaborado (por si ou pelo seu advogado) a que os futuros inquilinos se limitam a aderir, preenchendo os espaços destinados à sua identificação e assinatura. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, I, cit., pág. 254, com o exemplo das “promessas de compra e venda de imóveis” – embora o Autor estivesse muito provavelmente a pensar na actividade de mediação imobiliária (actualmente regulada pela L 15/2013, de 8 de Fevereiro; cfr., com indicação e análise da intensa sucessão legislativa neste campo, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 680-684). Estaríamos, naquele exemplo, perante um contrato de adesão (caracterizado pela pré-disposição, unilateralidade e rigidez), ainda que pudessem faltar às suas cláusulas os requisitos da generalidade e

A aludida ligação genética está bem patente na própria economia do RCCG que, ao concretizar as relações jurídicas a que se aplica, refere, expressa e exclusivamente,¹⁶⁸⁷ as “relações entre empresários ou entidades equiparadas”¹⁶⁸⁸ e as “relações com consumidores finais”¹⁶⁸⁹ – podendo concluir-se, com MENEZES CORDEIRO: “a temática das cláusulas contratuais gerais [se] desenvolveu-se em torno do comércio e por via de valores tipicamente mercantis...” “Apenas o facto de, por razões histórico-culturais acima examinadas, o Direito comercial se ter cristalizado em torno dos códigos tardios, explica o terem as cláusulas contratuais gerais caído no domínio do Direito civil e isso mesmo nos ordenamentos que, como o nosso, mantêm a sua contraposição perante o Direito comercial.”¹⁶⁹⁰

Acresce que os empresários a que a lei se refere são, já hoje, maioritariamente comerciantes; sendo que muitos outros que o não são, incluindo profissionais liberais, poderão vir a sê-lo, na perspectiva *de jure condendo* que vimos sugerindo.

Deve notar-se, neste sentido, ter o legislador moçambicano incluído esta matéria no novo Código Comercial, em 2005.¹⁶⁹¹

Nada parece opor-se, assim, à inclusão deste regime jurídico num futuro código comercial “empresarialista”, na parte relativa aos contratos comerciais.^{1692 1693}

2.2. Propriedade industrial ou propriedade intelectual?

A comum utilização da expressão “propriedade intelectual” na designação e textos de instituições internacionais de grande projecção,¹⁶⁹⁴ aplicável tanto ao direito de autor e

indeterminação (MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão...*, cit., 3); cfr. também ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*, ROA, Ano 60 (2000), II, pág. 582.

¹⁶⁸⁷ Sem embargo de, no art. 20º, se abrir o regime, como acabámos de salientar, a relações que não pressupõem um empresário, desde logo um comerciante.

¹⁶⁸⁸ RCCG, arts. 17º-19º.

¹⁶⁸⁹ RCCG, arts. 20º-23º. Sobre a importância da distinção destas duas ordens de relações, que tem por objectivo o reforço da tutela dos interesses do consumidor, MONTEIRO, António Pinto, ult. ob. cit., 4.2. Sublinhando a equiparação, para efeito de aplicação do regime legal das cláusulas contratuais gerais (e das cláusulas contratuais individualizadas), dos contratos entre empresários e dos contratos entre empresários e consumidores, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Contratos de adesão nas relações entre empresas...*, cit., pág. 253.

¹⁶⁹⁰ *Direito Comercial*, cit., pág. 574; Autor que anteriormente (2010), a propósito do Código Comercial de Moçambique, tinha considerado as cláusulas contratuais gerais “matéria genérica” (*O sistema lusófono de Direito*, cit., nº 27, III; *supra*, nota 1175).

¹⁶⁹¹ *Supra*, nota 1175. Ver, sobre esta solução legislativa, FRAGOSO, Américo Oliveira, *Contratos de adesão no novo Código Comercial de Moçambique* (<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Fragoso-Americo-Oliveira-CONTRATOS-DE-ADESAO-NO-NOVO-CODIGO-COMERCIAL-DE-MOCAMBIQUE.pdf> - acesso em 4.11.2015).

¹⁶⁹² E nada obstando a que se continue aí a abrir o regime a relações entre particulares.

¹⁶⁹³ Deve notar-se que, diferentemente do que viria a suceder em Moçambique, o legislador macaense, ao proceder à codificação do direito privado nos três “Grandes Códigos”, não tomou posição quanto à inserção do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais no Código Civil ou no Código Comercial, optando por mantê-lo em diploma avulso (Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro): GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, cit., pág. 87.

¹⁶⁹⁴ OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual, ADPIC (TRIPS) – Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, por exemplo (cfr. <http://www.wipo.int>).

direitos conexos quanto aos direitos privativos (essencialmente) associados às empresas, poderá dar a ideia de uma generalização unificadora destas matérias e a sua pertença ao direito civil.¹⁶⁹⁵

Do ponto de vista substantivo, porém, “propriedade intelectual” e “propriedade industrial” não se confundem, representando áreas distintas, correspondentes a diferentes actividades: no primeiro caso, de “criação”, no segundo de “descoberta”.¹⁶⁹⁶

A tradição jurídica portuguesa, recolhida no Código Civil, trata os direitos de autor e a propriedade industrial como elementos da figura unitária propriedade intelectual;¹⁶⁹⁷ desde há muito, porém, com plena autonomia^{1698 1699} e nítida demarcação: o direito de autor (e direitos conexos) no direito civil, a propriedade industrial no direito comercial.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁵ “Todo o Direito é Direito civil, em princípio. Às disciplinas não-civis compete demonstrar a sua identidade, de modo justificado”: MENEZES CORDEIRO, citado por ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, II (Direito Industrial)*, ed. polic., Lisboa, 1988, págs. 411, nota 4.

¹⁶⁹⁶ *Idem*, págs. 17-18 e 412; MARQUES, J. P. Remédio, *Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público*, AA.VV., Direito Industrial, IV, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 206 – sendo de salientar, com este último Autor, que a evolução aponta para um esbatimento da linha de demarcação, com o aparecimento de várias situações não integralmente subsumíveis nem ao direito de autor nem aos direitos industriais, como a patente, modelos e desenhos, surgidas nos domínios das tecnologias de informação e da biologia. É este o caso, por exemplo, das topografias de produtos semicondutores, objecto híbrido reclamando um direito de propriedade intelectual *sui generis*: PEREIRA, Alexandre Dias, *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, AA.VV., Direito Industrial, II, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 312.

¹⁶⁹⁷ Art. 1303º. Tradição que se funda, todavia, na consideração da comum natureza jurídica destes direitos como propriedade: OLAVO, Carlos, *Introdução ao Direito Industrial*, AA.VV., Direito Industrial, IV, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 179-180; GONÇALVES, Luís Couto, cit., págs. 26-27 e notas 43 e 45; LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, III, cit., págs. 86-89.

¹⁶⁹⁸ Por considerar que as regras relativas ao trabalho literário e artístico do Código de Seabra (arts. 570º-612º), além de muito omissas, não satisfaziam as justas aspirações dos autores nacionais, o Decreto nº 13725, de 27 de Maio de 1927 (http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/DireitodeAutor/1927/1927_item1/P5.html - acesso em 9.11.2015), instituiu o regime jurídico da “propriedade literária, científica e artística”, tendo-lhe sucedido o Código do Direito de Autor aprovado pelo Decreto-Lei nº 46980, de 27 de Abril de 1966, e o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos aprovado pelo DL nº 63/85, de 14 de Março, actualmente em vigor. A disciplina da propriedade industrial remonta a 1837 (Decreto de 16 de Janeiro de 1837, que apenas se ocupou das invenções), seguindo-se as disposições do Código Civil de 1867 relativas à propriedade dos inventos (arts. 613º- 640º) e a Carta de Lei de 4 de Junho de 1883 (sobre as marcas); a Carta de Lei de 21 de Maio de 1896 veio regular a matéria no seu todo, sendo, verdadeiramente, o primeiro Código português da propriedade industrial; em 1940 foi substituída pelo Código da Propriedade Industrial (Decreto n.º 30.679, de 24 de Agosto), a que se seguiram os códigos homónimos de 1995 (Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro) e de 2003 (Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março), actualmente vigente (após alteração e segunda republicação pelo Decreto-Lei nº 143/2008, de 25 de Julho). Sobre as vicissitudes legislativas no domínio da propriedade industrial, CRUZ, Jorge, *Comentários ao Código da Propriedade Industrial 2008*, 3º volume, Lisboa, 2011; <http://www.jpereira dacruz.pt/>; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 343-345 e nota 862. A versão actualizada do CPI pode ser consultada em <http://www.pgdlisboa.pt>.

¹⁶⁹⁹ Defendendo, *de jure condendo*, a integração da propriedade industrial e do direito de autor num “direito dos bens imateriais”, seguindo KOHLER, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 165-166; para uma exposição das várias teorias sobre a natureza jurídica da propriedade industrial (direitos privativos), GONÇALVES, Luís Couto, cit., págs. 24 e ss.

¹⁷⁰⁰ Considerando o direito (da propriedade) industrial parte integrante do direito comercial, apesar da (actual) não coincidência de objecto (referido aquele à empresa e este aos actos de comércio), ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, II*, cit., págs. 409 e ss.

2.3. A concorrência desleal e a despenalização de condutas assumidas no exercício do comércio

Está bem firmado entre nós o enquadramento sistemático do instituto da concorrência desleal no Código da Propriedade Industrial como parte do regime sancionatório das violações dos direitos de propriedade industrial.¹⁷⁰¹

Tal localização sistemática, todavia, tem sido criticada pela doutrina especializada porque, por um lado, a concorrência desleal não pressupõe a existência de qualquer direito privativo e, por outro, é nas situações que estão fora da protecção dos direitos privativos que a concorrência desleal assume, naturalmente, maior relevância prática - sendo duas figuras substancialmente autónomas.¹⁷⁰²

Sob o influxo do direito comunitário e na vertente da defesa do consumidor, a concorrência desleal adquiriu um novo alcance, ultrapassando o círculo tradicional dos seus beneficiários directos (os concorrentes) pelo seu alargamento aos consumidores: a directriz sobre práticas comerciais desleais veio harmonizar as legislações nacionais no que toca às condutas lesivas dos interesses dos consumidores – condutas ou práticas que integram actos de concorrência desleal com reflexos nas relações com os consumidores -, deixando aos Estados-Membros a regulação da concorrência desleal no plano das relações entre concorrentes.¹⁷⁰³

A partir de ângulos diferentes, concorrência desleal e protecção do consumidor convergem, hoje claramente, na concretização de políticas de defesa do mercado, posto que o objectivo central, na actual fase da construção europeia, é justamente a protecção do mercado único, que se serve mas sobrepassa a defesa do consumidor.¹⁷⁰⁴

Convergência que aconselha uma reponderação das relações entre ambos os institutos, no seu enquadramento sistemático e na afinação das suas soluções, de modo a evitar sobreposições, duplicações, dissonâncias e omissões – reponderação para a qual poderá contribuir a opção do legislador espanhol de, na transposição da referida directriz, integrar

¹⁷⁰¹ Assim desde a Carta de Lei de 21 de Maio de 1896: LIMA, José Lobo d'Avila, *Da Concorrência Desleal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910 (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235074633174218181901.pdf> - acesso em 9.11.2015); PAÚL, Jorge Patrício, cit., pág. 107; CARRIÇO, Ana Isabel Mendes, *A tutela penal dos direitos de propriedade industrial*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Outubro 2012 (Dissertação de Mestrado), pág. 6 (<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13681/1/A%20Tutela%20Penal%20dos%20Direitos%20de%20Propriedade%20Industrial.pdf> – acesso em 9.11.2015).

¹⁷⁰² PAÚL, Jorge Patrício, cit., pág. 119; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, II, cit., págs. 50 e ss.

¹⁷⁰³ PEREIRA, Alexandre Dias, *Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, cit., pág. 363. Cfr. o considerando 8 da Directriz 2005/29/CE, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo DL n.º 57/2008, de 26 de Março, recentemente alterado (pelo DL n.º 205/2015, de 23/09) para, entre outros pontos, “alargar o regime das práticas comerciais desleais às relações entre empresas, no que respeita a algumas ações enganosas.” Analisando e comentando o diploma de transposição, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, ROA, Ano 71 (2011), II, pp. 423-445.

¹⁷⁰⁴ Como escreveu ASSUNÇÃO CRISTAS: “... para a Europa é mais importante o fortalecimento e o crescimento de um mercado interno do que a protecção do consumidor, [que] esta será sustentada enquanto for um bom suporte àquele objectivo e secundarizada se se tornar um entrave.” (*Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE*, pág. 19 – www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/AC_MA_3813.doc, acesso em 10.11.2015.)

a defesa dos consumidores na regulação do mercado “como forma de assegurar que aquela tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada.”¹⁷⁰⁵

Esta aproximação das disciplinas da concorrência desleal e da defesa do consumidor aconselha uma mudança da inserção sistemática da primeira do CPI para um diploma comercial de âmbito mais geral em que se possa mais facilmente integrar com a segunda, ou seja, para um novo código comercial centrado na empresa comercial.^{1706 1707}

Caberá, por último, uma referência à evolução do tratamento legal do ilícito resultante da prática de actos de concorrência desleal: da tradicional qualificação como ilícito criminal para a de ilícito contra-ordenacional.¹⁷⁰⁸ Sendo de aplaudir, na medida em que põe termo a uma utilização desviante do direito penal, que deverá ficar reservado para a protecção do “núcleo essencial dos valores que permitem a vida em comunidade”,¹⁷⁰⁹ poderá mesmo servir de guia a outras áreas do direito comercial,¹⁷¹⁰ em que tal tentação sancionatória se

¹⁷⁰⁵ Preâmbulo da *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, II* (<https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/31/pdfs/BOE-A-2009-21162.pdf> - acesso em 10.11.2015); sobre a matéria, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 16ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015, págs.. 394 e ss.

¹⁷⁰⁶ Integração legislativa a que se procedeu na Alemanha com a reforma de 2004 da *UGW*, que expressamente passou a abranger a tutela dos vários interesses presentes no mercado (concorrentes, consumidores e todos os outros participantes no mercado – *Schutzwecktrias*): § 1. [A *UGW (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)* pode ser consultada em http://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html, também com tradução em inglês – acesso em 11.11.2015.] Para uma análise do direito alemão da concorrência desleal, VREY, Rogier W. de, *Towards a European Unfair Competition Law – A Clash Between Legal Families*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2006, págs. 147 e ss., *max.* 154-155. No mesmo sentido seguiu o legislador macaense de 1999, ao incluir no Código Comercial (arts. 156º e ss.) a regulação da concorrência desleal, o que fez “de modo bastante abrangente (regime das práticas concorrenciais desleais, que aproveita também aos consumidores).” – PEREIRA, Alexandre Dias, *Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento)*, AA.VV., Direito Industrial, V, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 473, nota 6; e, mais recentemente, os Anteprojectos de Código Comercial brasileiro (arts. 155. e ss.) e de Código Mercantil espanhol (art. 310-1 e arts. 321-1 e ss.): cfr. a Exposição de Motivos, 4) I-26 e 7) I-34.

¹⁷⁰⁷ A autonomia substancial da concorrência desleal relativamente aos direitos privativos de propriedade industrial está amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacionais (PAÚL, Jorge Patrício, cit., pág. 120), defendendo-se que “a legislação que interfere na concorrência e no consumo deve ser concebida no contexto de uma síntese mais abrangente das disciplinas de ordenação do mercado”, seguindo a evolução jurídica comunitária de “refundição” das directrizes parcelares, para o que se terá de superar “a tentativa de assentar em grupos de interesses mais ou menos corporizados os fundamentos pré-legislativos” – porque, afinal, “actualmente, a concorrência desleal não pode deixar de ser vista como um instituto de regulação do mercado e de protecção do consumidor” (LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um Estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais*, AA.VV., Direito Industrial, IV, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 281 e 283).

¹⁷⁰⁸ CPI, art. 331º. A qualificação do ilícito de concorrência desleal como crime público vigorou entre nós desde o Decreto nº 6, de 15 de Dezembro de 1894, até ao CPI1995 (art. 260º): cfr. PAÚL, Jorge Patrício, cit., pág. 109. Criticando o excesso de tal qualificação, contrária à função do direito penal, assim colocado ao serviço de interesses puramente económicos, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Industrial e Direito Penal*, AA.VV., Direito Industrial, VII, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 25-51; COSTA, José de Faria, cit.; CURADO, José Luís Soares, *Direito Industrial e Direito Penal*, AA.VV., Direito Industrial, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 91-97.

¹⁷⁰⁹ COSTA, José de Faria, cit., pág. 33. Cfr., sobre a matéria, CORREIA, Eduardo, *Notas críticas à penalização de actividades económicas*, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985, págs. 11-23.

¹⁷¹⁰ Como, por exemplo, as dos direitos de propriedade industrial (CPI, arts. 321º e ss. - crimes semipúblicos: art. 329º), das sociedades (CSC, arts. 509º e ss. – crimes públicos; de notar que várias destas disposições remetem, em determinadas circunstâncias, para a pena do crime de infidelidade, previsto e

tem feito sentir, com os riscos da inversão de valores, da banalização e da perda de eficácia do direito penal, substituindo-a por medidas mais adequadas de tutela dos interesses públicos e privados ofendidos, que privilegiem sanções de natureza profissional, de exposição pública e pecuniária ajustadas ao tipo de conduta em causa, como a suspensão ou destituição de funções, as sanções contra-ordenacionais, a invalidade dos contratos, a responsabilidade civil (com presunção de culpa), a proibição da continuação das práticas ilícitas, as sanções acessórias (publicidade da sentença condenatória, encerramento de estabelecimento, etc.).¹⁷¹¹

punido pelo art. 224º do Código Penal – crime este que a lei penal qualifica como semipúblico: art. 224º, 3) ou dos valores mobiliários (CVM, arts. 378º e 379º - crimes públicos). Pensamos ser preferível, em lugar de prever crimes nas leis comerciais, fazê-lo no Código Penal sempre que estejam em causa “bens jurídicos cuja densidade axiológica só por si imponha sem mais a sua tutela penal” (COSTA, José de Faria, cit., pág. 39), avaliada nos termos e segundo a bitola do direito penal e da sua ciência. Até porque um código é sempre um código e, no caso do direito penal, “a inserção de uma norma n[o] Código acaba por assumir um *efeito simbólico de legitimidade sobretudo na consciência colectiva*”, exigindo-lhe requisitos dogmáticos próprios e conferindo-lhe por isso mesmo uma especial solenidade, rigidez e durabilidade (ANDRADE, João da Costa, *O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal*, AA.VV., Temas de Direito Penal Económico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 23). Quanto à criminalização de comportamentos em matéria das sociedades comerciais, ver CARVALHO, José Tomé de, *Direito Penal Societário*, JULGAR - N.º 9 – 2009, max. págs. 229 e ss. (<http://julgar.pt/direito-penal-societario/> - acesso em 17.11.2015.)

¹⁷¹¹ Cfr., v.g., o art. 35º do Código da Publicidade ou os arts. 380º e 380º-A do CVM.

Capítulo IV – Um novo Código Comercial?

“As dificuldades de reforma do Código Comercial de Veiga Beirão encontram justificações, também neste plano: já não é hoje possível reescrever, ‘ex novo’, um Código Comercial.” “Mas não há regras absolutas, no campo cultural.”
António Menezes Cordeiro¹⁷¹²

§ 1º - Da (im)possibilidade de elaborar hoje um Código Comercial

Aqui chegados, bem podemos dizer também do nosso Código Comercial que “no ha perdido vigencia, pero sí vigor.”¹⁷¹³ Mas será possível, hoje, elaborar, de raiz, um Código Comercial?

Sabemos já que a esta pergunta pode ser dada mais do que uma resposta: - se tivermos subjacente a ideia moderna de código, será negativa, pois não se vê como encerrar num corpo normativo único, elaborado segundo critérios sistemático-científicos, com vocação de completude, exclusividade e perenidade, todo o nosso actual direito comercial, mesmo que depurado e simplificado até ao limite do possível;¹⁷¹⁴ - contudo, se virmos o direito comercial como um sistema complexo, espriado por diversas áreas e patamares mas aglutinado por um critério comum e formando nesse todo uma “*unità dinamica*, aperta verso il futuro, densa di conflitti e di antinomie, percorsa da logiche contrastanti” – em suma, um “polissistema”¹⁷¹⁵ -, essa resposta poderá ser positiva.

Tomando como critério ou bússola orientadora a empresa comercial, esse sistema teria no seu centro as normas comerciais da Constituição¹⁷¹⁶ e desenvolver-se-ia segundo o mapa já sugerido: forma, constituição e organização da empresa (empresa individual, empresa colectiva, registo comercial); noção e espécies de comerciante (incluindo a definição das situações de incompatibilidade, impedimento e inibição para o exercício da empresa comercial), seu estatuto (abrangendo a defesa do consumidor) e representação;

¹⁷¹² *Direito Comercial*, cit., pág. 77.

¹⁷¹³ Exposição de Motivos do Anteprojecto de Código Mercantil de Espanha, cit., I-5.

¹⁷¹⁴ Cremos ter este sentido a afirmação de MENEZES CORDEIRO epigrafada (*supra*, nota 1712).

¹⁷¹⁵ IRTI, Natalino, cit., pág. 77.

¹⁷¹⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., págs. 53-54 (para além, obviamente, dos outros princípios e normas constitucionais que se aplicam e condicionam todos os ramos do direito). São particularmente importantes para o direito comercial as normas constitucionais que desenham o modelo económico nacional, conformando-o como um sistema tripartido (“economia mista”) em que ganha relevo a empresa privada (arts. 61º, 1, 82º, 86º e 293º - afastada que foi a irreversibilidade das conquistas revolucionárias), a liberdade de iniciativa e de organização empresarial (arts. 80º, c) e 89º) e a defesa do mercado (arts. 81º, f), 99º e 100º). Sobre a evolução da nossa Constituição Económica de um sistema próximo do modelo de direcção central e planificada da economia para o modelo de Economia Social de Mercado, AMORIM, João Pacheco de, cit., pág. 101; havendo ainda a referir, com as necessárias cautelas, a evolução mais acentuada da realidade constitucional e mesmo dos valores constitucionais no sentido do que poderemos designar de privatização geral da sociedade.

direitos e negócios sobre a empresa (com relevo para o reconhecimento do direito de propriedade sobre a empresa como unidade); instrumentos jurídicos do funcionamento (actividade externa) da empresa (contratos comerciais, incluindo o regime das cláusulas contratuais gerais, títulos de crédito e meios de pagamento); a tutela da empresa (propriedade industrial e concorrência, incluindo a concorrência desleal); a crise da empresa (sobrevivência e morte); o encerramento da empresa.

Assente o mapa, escolher-se-iam os respectivos suportes formais, para o que se sugerem os seguintes princípios: - em atenção à natureza privada do direito comercial, as normas institucionais, de supervisão/regulação, penais e processuais manter-se-iam nos seus diplomas próprios (RGICSF, RGES, CVM, LAV) ou seriam reconduzidas aos códigos respectivos (CP,¹⁷¹⁷ CPC¹⁷¹⁸); - manter-se-iam os códigos e consolidações sectoriais estabilizados, a que se introduziriam as alterações de harmonização necessárias¹⁷¹⁹ (CSC, CIRE, CPI, CRC); - suprimir-se-iam, por redundantes, as normas materialmente comerciais do Código Civil;¹⁷²⁰ - autonomizar-se-ia o direito marítimo, num código próprio, e o direito aéreo, numa lei consolidante ou mesmo num código.

Para o código comercial, como matriz do sistema, reservar-se-iam as seguintes matérias: - critério de delimitação da matéria mercantil e indicação dos seus diversos sectores; - noção e forma da empresa comercial; - constituição e organização da empresa mercantil individual de responsabilidade limitada;¹⁷²¹ - noção e estatuto do comerciante; - direitos e negócios sobre a empresa; - contratos comerciais (incluindo os princípios comerciais materiais, o regime das cláusulas contratuais gerais, a regra quanto aos contratos mistos,¹⁷²² para além de um elenco alargado de contratos comerciais¹⁷²³); - títulos de crédito;¹⁷²⁴ - meios de pagamento;¹⁷²⁵ - concorrência (incluindo o instituto da

¹⁷¹⁷ Onde já estão, por exemplo, o crime de abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º) e os crimes insolvenciais (arts. 227º-229º-A).

¹⁷¹⁸ Não esquecendo que entre as críticas dirigidas ao nosso primeiro Código Comercial avultou a inclusão de normas processuais a par de normas substantivas (*supra*, Cap. I, § 2º, 2. e 4.), o que, não podendo evitar-se em certos códigos microssistémicos (v.g., o CIRE), poderá e deverá sê-lo no código matriz.

¹⁷¹⁹ Por exemplo, no CSC a alteração da noção de sociedade comercial e a despenalização de comportamentos; no CPI a exclusão do instituto da concorrência desleal e a despenalização das violações dos direitos privativos; no CRC a obrigatoriedade e efeito constitutivo do registo da empresa comercial.

¹⁷²⁰ A título de exemplo, as normas sobre o trespasse e a locação do estabelecimento ou a responsabilidade do cônjuge do comerciante. Questão diferente, como bem se sabe, da aplicação subsidiária do direito civil às relações comerciais, que, numa visão acentuadamente privatística do direito comercial, como a nossa, só poderia sair reforçada, remetendo-se para o Código Civil sempre que não se reclame em absoluto uma disciplina específica, até porque “não faz sentido criar dogmáticas novas, onde elas já existam” (CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 276).

¹⁷²¹ Se se optasse por “ressuscitar” o actual EIRL (*supra*, Cap. III, § 4º, 1.6.2.1.), única forma de empresa individual admitida para além da detida pela SUPQ.

¹⁷²² Devendo manter-se, segundo julgamos, a regra tradicional da disciplina comercial dos actos mistos (Código Comercial, art. 99º; Código Comercial de Macau, art. 563º), harmonizada com o regime de protecção do consumidor.

¹⁷²³ Cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit.

¹⁷²⁴ Podendo optar-se, com vantagem, por uma solução semelhante à do Código Comercial de Macau (Livro IV) com disposições gerais seguidas da integração no código das leis uniformes.

¹⁷²⁵ Com especial atenção aos instrumentos de pagamento electrónicos: cfr. GUIMARÃES, Maria Raquel, (*Ainda*) a responsabilidade pelo uso indevido de instrumentos de pagamento electrónicos em operações presenciais e à distância, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, cit., págs. 115 e ss.

concorrência desleal); - regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de empresas comerciais.¹⁷²⁶

De referir, ainda, a conveniência de aproveitar uma tal oportunidade – se e quando se vier a deparar – para redesenhar, no código matriz, o elenco das fontes do direito comercial, admitindo expressamente os usos comerciais, intervenham eles por via da lei, do costume ou da autonomia privada.¹⁷²⁷

Tanto basta para se ver da impossibilidade de integrar toda este naipe de matérias no Código Civil, à velha maneira fusionista, até porque, quanto a este, não se põe o problema de morte por inanição que atingiu o Código de Veiga Beirão, pois está no fulgor da meia-idade, estabilizado e consolidado por uma doutrina pujante e por uma jurisprudência que não há muito começou a tirar pleno partido das suas inovações, necessitando sem dúvida de ajustamentos e actualizações mas não de uma revisão de fundo e, ainda menos, de substituição.¹⁷²⁸ Havendo que ter em conta ainda que a essência do Direito Civil reside no facto de ele ser “o Direito Comum do Homem Comum”, “aquele de que todos os membros de uma comunidade participam, pelo simples fato de serem pessoas”, que “não pressupõe divisões ou especialidades particulares, profissionais ou outras, que cabem a ramos do Direito especiais.”¹⁷²⁹ E que é, ele e o seu código, nada mais, nada menos do que o centro, o grande tronco comum, a raiz mais profunda e mais estável do Direito de uma dada sociedade:¹⁷³⁰ “*Cosa grande es un Código Civil!*”¹⁷³¹

¹⁷²⁶ O actual regime aplica-se às sociedades comerciais, às sociedades civis sob forma comercial, às cooperativas e aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada (art. 2º, 1, do Anexo III ao DL nº 76-A/2006, de 29 de Março). Na nossa perspectiva, as cooperativas não seriam comerciantes (e as suas empresas não seriam comerciais, independentemente do objecto) em vista da inexistência de fim lucrativo e de organização em moldes comerciais (o que inclui a organização e funcionamento em função do capital) – no mesmo sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., pág. 280; contra, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 122 -, mas nada impediria que o código próprio (aliás, já existente) remetesse para este regime mercantil, continuando a prática tradicional de utilização de figuras, institutos e regimes comerciais por não comerciantes, ilustrativa da vocação expansionista do direito comercial.

¹⁷²⁷ *Supra*, notas 1050 e 1121; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 251-253; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso...*, I, cit., pág. 55; SANTOS, Filipe Cassiano dos, cit., págs. 57 e ss.; quanto à admissibilidade do costume como fonte do direito, NEVES, A. Castanheira, *Fontes do Direito*, cit., col. 1554 e ss.

¹⁷²⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil*, cit., págs. 199 e ss.; *Relatório Preliminar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ministério da Justiça (Gabinete de Política Legislativa e Planeamento), Reforma do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 25-26.

¹⁷²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Mecanicismo...*, cit., págs. 4742-4743.

¹⁷³⁰ *Relatório Preliminar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ministério da Justiça (Gabinete de Política Legislativa e Planeamento), Reforma do Direito Civil, cit., págs. 39-40.

¹⁷³¹ ANGEL OSSORIO, citado por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (*Lições de um Código Atual - O Código Civil Português*, cit., pág. 208).

§ 2º - Pressupostos de um processo de (re)codificação

1. Necessidade, possibilidade, oportunidade

Se bem que “le jurisconsulte dans son cabinet ne doit viser qu’à la perfection”,¹⁷³² não podemos deixar de nos interrogar agora sobre a necessidade, a possibilidade e a oportunidade de recodificar o direito comercial português.

1.1. Necessidade

Entre nós, o direito comercial goza de uma indiscutível autonomia formal, que, por inércia ou de caso pensado, foi mantida aquando da grande reforma do direito privado; e todos conhecemos, até por experiência própria, a força dessa tradição: sucessivas gerações de juristas nela formados e marcados pelos seus quadros de pensamento.

O sistema jurídico-mercantil transformou-se, com o tempo e a incúria dos homens, num não-sistema: um código comercial reduzido a proporções indignas,¹⁷³³ assente num critério obsoleto, incapaz de fornecer o fio condutor de disciplinas sectoriais que, mesmo quando dele se desgarraram, lhe disputam a primazia ou, pura e simplesmente, o ignoram, tratando-o como um velhinho senil – em suma, um direito especial incapaz de traçar, com a nitidez exigida pela sua condição, as suas próprias fronteiras.

Tratando-se de um ramo jurídico em que a segurança é um valor fundamental, a acessibilidade do direito legislado assume particular importância: a dispersão legislativa é, reconhecidamente, um obstáculo à pretendida acessibilidade, com os custos inerentes, dos quais o menor não será o das demoras da Justiça, na parte que respeita ao tempo consumido pelos julgadores a procurar a lei aplicável, quando é da experiência comum que, com a rápida sucessão de leis, nem sempre é fácil saber se se está a lidar com a disciplina actualizada na resolução de um dado problema concreto.

As leis avulsas são mais facilmente substituídas, pois permitem ou até induzem a sua consideração isolada, fomentando o abuso legislativo, isto é, o recurso excessivo à legislação, o “governar com as leis”,¹⁷³⁴ sendo que são vistas pelos seus próprios autores como descartáveis.¹⁷³⁵ Apesar de ser uma lei ordinária como as outras – tantas vezes sob

¹⁷³² *Supra*, nota 7.

¹⁷³³ “Na verdade, o Código Comercial português está moribundo, tendo as suas normas em vigor uma importância prática escassa.” (GOUVEIA, Mariana França, *Revisões de Códigos Legais - Alguns exemplos do ordenamento jurídico português*, São Tomé, Dezembro de 2003, pág. 15 (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68 – acesso em 19.11.2015). “Talvez valha aqui a tática de deixar cair em desuso, aliada às interrogações sucessivas que vão deixando sem conteúdo nem significado o pouco que vai restando deste código secular” (CRUZ, Branca Martins da, cit., pág. 122).

¹⁷³⁴ NEVES, A. Castanheira, *O direito interrogado...*, cit., pág. 28. *Supra*, nota 60.

¹⁷³⁵ Consideração a que não é indiferente a conhecida deslocação da sede legislativa dos parlamentos - incapazes, pela sua própria natureza de casa do debate político, com um tempo próprio, de acompanhar a vertigem legislativa da contemporaneidade - para os governos: cfr. *supra*, notas 413 e 418; CAUPERS, João/ALMEIDA, Marta Tavares de/ GUIBENTIF, Pierre, *Portugal e a Europa – Feitura das Leis*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014, págs. 148 e 212. Considerando a atribuição constitucional ao governo de uma competência legislativa normal uma “contradição estrutural”,

a forma de decreto-lei -, o código corre menos riscos de ser visto como descartável do que as leis avulsas, pelo carácter mais solene que lhe é conferido pela cultura jurídica – ainda muito próxima dos quadros da modernidade, se bem que já enfrentando os desafios da “pós-modernidade” – e pelo próprio imaginário popular: a codificação pode contribuir para limitar a tendência para a proliferação legislativa.¹⁷³⁶

Existe uma ligação entre as reformas legislativas e o crescimento económico;¹⁷³⁷ e é certo que a estabilidade (segurança) é determinante para os operadores económicos, o que implica estabilidade da legislação que permita a previsibilidade dos quadros jurídicos em que a actividade económica se desenvolve: a decisão económica (empresarial) assenta na previsão das respectivas consequências num horizonte temporal pré-definido e em determinado cenário macroeconómico, de que o enquadramento regulatório faz parte. Ora, o código é necessariamente mais estável do que a legislação avulsa.¹⁷³⁸

A ponderação destes argumentos conduzirá, segundo cremos, à conclusão da necessidade de proceder a uma reconfiguração geral do sistema mercantil, fruto de o repensar no seu contexto global, que integre os diversos componentes segundo um critério realista e compreensível, harmonizando-os entre si¹⁷³⁹ e traçando-lhe, com a maior nitidez possível, os limites.¹⁷⁴⁰

1.2. Possibilidade

Se é certo que uma das condições necessárias para o sucesso de um projecto de codificação comercial reside na existência de uma ciência jurídica amadurecida, capaz de entender a realidade, de se socorrer das experiências alheias passadas pelo “crivo” do direito comparado, de manejar bem a instrumentação jurídica civil, de trabalhar os princípios, conceitos e soluções e de os integrar num todo harmonioso,¹⁷⁴¹ Portugal goza actualmente de uma doutrina comercial de vulto,¹⁷⁴² próxima da vida prática das empresas,¹⁷⁴³ e de autores consagrados que estabelecem a ponte com a ciência jurídica civilista – o que não permitirá as radicalizações civilistas *vs.* comercialistas que, apesar

ALEXANDRINO, José de Melo, *A preponderância do Governo no exercício da função legislativa*, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, INA, nº 50, Outubro-Dezembro 2009, págs. 101 e ss.

¹⁷³⁶ Cfr. *supra*, nota 1710. Pressionados pelos ciclos eleitorais (e pela obsessão mediática da notícia), os governos privilegiam medidas avulsas que dêem ou pareçam dar uma resposta imediata aos problemas, segundo a máxima “não governes, legisla” – aqui também “o que parece, é” (CAUPERS, João/ALMEIDA, Marta Tavares de/ GUIBENTIF, Pierre, cit., págs. 65 e 166). Um código comercial novo poderia ser, nesta área fulcral da nossa vida em comunidade, um bom antídoto, por um período razoável, para este desvio da função legislativa.

¹⁷³⁷ *Idem*, págs. 25, 28 e 30.

¹⁷³⁸ CRISTAS, Assunção, *Legística (Código comercial: o problema da decisão de legislar)*, Cidade da Praia, Outubro de 2004, pág. 12 (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68&limitstart=5 – acesso em 19.11.2015). *Supra*, Parte I, Cap. I, § 2º, *in fine*.

¹⁷³⁹ Uma das maneiras de o fazer será pela transversalidade dos princípios adoptados, como a despenalização de condutas.

¹⁷⁴⁰ *V. g.*, pela noção de empresa comercial adoptada.

¹⁷⁴¹ *Supra*, nota 11.

¹⁷⁴² CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, cit., págs. 115 e ss.

¹⁷⁴³ Com obras especialmente dirigidas a empresários e gestores de empresas: *v.g.*, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito Empresarial Para Economistas e Gestores*, Almedina, Coimbra, 2014.

de antigas,¹⁷⁴⁴ se reacenderam há pouco em paragens bem próximas de nós pela língua ou pela geografia.

Por outro lado, devem ter-se em conta as experiências codificadoras recentes do direito comercial, tanto as já consumadas – com especial destaque para o Código Comercial de Macau, que incorpora os mais importantes contributos da doutrina comercial portuguesa contemporânea¹⁷⁴⁵ – como os projectos brasileiro e espanhol.

Julgamos estarem, assim, reunidos os requisitos de base necessários, do ponto de vista científico e técnico, para a recodificação do nosso direito comercial – só faltará a vontade política para fazer o momento favorável.

1.3. Oportunidade

É unânime a consideração da vetustez e desactualização profunda do Código Comercial; e vai-se tomando consciência de que a crise económica em que estamos mergulhados reclama, mais do nunca, que se façam boas leis;¹⁷⁴⁶ o direito da União Europeia, se não tem conseguido caminhar no sentido da codificação, mesmo que mitigada, está claramente a evoluir para a consideração global do sistema, com a refundição das directrizes parcelares.¹⁷⁴⁷

No direito, como na economia das empresas, os períodos de crise são também, desde que enfrentados com inteligência, tempos de oportunidade: julgamos que poucos projectos legislativos de fôlego serão mais oportunos do que a recodificação do nosso direito comercial, entendido como *polissistema*, por tudo o que ficou dito e, ainda, pelo espaço de reflexão que permitiria no âmbito do direito privado, aproveitando o fecho das primeiras cinco décadas do Código Civil e mostrando o regresso da autonomia do legislador nacional relativamente às imposições vexatórias de uma qualquer “troika”.¹⁷⁴⁸

2. Técnica de redacção

Postas estas questões de *legística material*,¹⁷⁴⁹ convirá considerar pontos de índole aparentemente mais comezinha mas de importância crescente e tratamento indispensável. Entre as desvantagens da codificação em geral, aponta-se habitualmente a *rigidez*, podendo os códigos gerar imobilismo e favorecer uma maior resistência à mudança;¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴⁴ *Supra*, nota 156.

¹⁷⁴⁵ FAN, Jianhong/PEREIRA, Alexandre Dias, cit., págs. 37 e ss.

¹⁷⁴⁶ CAUPERS, João/ALMEIDA, Marta Tavares de/ GUIBENTIF, Pierre, cit., págs. 19-20. Sublinhando a distinção entre leis bem feitas (as que cumprem as técnicas de elaboração, v.g., quanto à redacção ou sistematização) e leis boas (as que consubstanciam um governo bom), HESPANHA, António Manuel, *Leis Bem Feitas e Leis Boas*, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, INA, n.º 50, cit., págs. 31-47. Defendendo que “não há nada como leis simples e claras para promover a transparência e a eficiência empresariais”, MOREIRA, José Manuel, *A empresa do capitalismo...*, cit., pág. 154.

¹⁷⁴⁷ Veja-se o caso da Directriz 2005/29/CE sobre as práticas comerciais desleais: *supra*, nota 1707.

¹⁷⁴⁸ Evitando o que aconteceu com o CIRE: Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro; cfr. o nosso *Créditos do Estado...*, cit., pág. 27 e nota 6.

¹⁷⁴⁹ Para a definição de *legística* e distinção entre *legística material* e *legística formal*, CRISTAS, Assunção, *Legística ou a arte de bem fazer leis*, Revista CEJ, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006, pág. 79; ver tb. *La Légistique ou l'art de rédiger le droit*, cit., págs. 5-6.

¹⁷⁵⁰ CRISTAS, Assunção, *Legística (Código comercial...)*, cit., pág. 12.

e, no que especificamente respeita à codificação comercial, não pode perder-se de vista a natureza evolutiva, quase volátil, da vida dos negócios, reclamando especial agilidade da legislação.¹⁷⁵¹

Por outro lado, sabemos que os códigos não nascem sem lacunas, que a sua letra não pode, de per si, oferecer uma boa solução para todos os problemas futuros, devendo por isso abandonar-se a técnica de tudo querer prever e controlar para oferecer quadros de grandes princípios orientadores e normas suficientemente flexíveis que dêem espaço ao desenvolvimento jurisprudencial do direito.

Exige-se um justo equilíbrio entre estabilidade (segurança) e flexibilidade (inovação) – uma espécie de *flexisegurança* adaptada ao nosso campo de trabalho -,¹⁷⁵² entre apuro científico e técnico e proximidade aos problemas concretos.

Haverá que ter em atenção estas exigências, particularmente vivas no direito comercial, ao afrontar uma sua recodificação – não esquecendo o problema da acessibilidade da lei, também condição de segurança jurídica.

Um novo código comercial deveria, assim, reflectir diversas preocupações do legislador, umas de natureza mais formal do que outras: - dar prevalência aos princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados e padrões de referência sobre normas minuciosas e fechadas, visando oferecer ao intérprete, não a solução, mas os critérios normativos que hão-de presidir à solução dos casos concretos;¹⁷⁵³ - remeter para as leis avulsas as matérias mais conjunturais, susceptíveis de provocar uma mais rápida erosão da lei; - renunciar a todas as duplicações relativamente ao direito civil, só prevendo em caso de manifesta especialidade, isto é, das normas gerais não bastarem para a boa solução do problema em apreço; - incluir normas de origem jurisprudencial (jurisprudência estabilizada, uniformizada); - redigir as normas com clareza e rigor técnico-científico, não esquecendo que a ciência do direito é a fonte da escrita normativa mas evitando hermetismos, erudições, ambiguidades e complexidades desnecessárias; - escrever correctamente em português de Portugal, aliando o rigor gramatical à sobriedade de estilo;^{1754 1755} - ter em consideração a homogeneidade conceptual e terminológica não só entre as normas do

¹⁷⁵¹ *Supra*, Parte I, Cap. II, § 4º.

¹⁷⁵² Sobre a *flexisegurança* (*flexicurity*) no âmbito originário das relações laborais, ver <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=102> – acesso em 25.11.2015.

¹⁷⁵³ REALE, Miguel, *Visão Geral do projecto de Código Civil*, cit.

¹⁷⁵⁴ Seguindo o exemplo do legislador de 1966, que submeteu o texto final à revisão de um jurista-filólogo, PAULO MERÊA: MELLO, Gonçalo Sampaio e, *Professores de Direito*, JURISMAT - Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n.º 2, Portimão, Maio 2013, págs. 104 e ss. – e continuando uma prática antiga mas hoje, mais do que nunca, necessária: Alexandre Herculano integrou a comissão de redacção do Código Civil de 1867 e a intervenção linguística de Ruy Barbosa no Código Civil brasileiro de 1916 ficou para a história (O Portal da História, *Código Civil [de 1867]* - <http://www.arqnet.pt/dicionario/codigocivil.html>, acesso em 25.11.2015; VERONESE, Alexandre, *Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916*, págs. 317 e ss. – http://www.casaruiarbarbosa.gov.br/escritos/numero06/escritos%206_13_entre%20os%20dispositivos.pdf, acesso em 25.11.2015). Para já não falar de Stendhal e do *Code civil*: BROGLIE, Gabriel de, *La langue du Code civil*, Académie des sciences morales et politiques, Bicenenaire du Code civil (Séance solennelle du lundi 15 mars 2004) – http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/brogli/code_civil.pdf, acesso em 26.11.2015.

¹⁷⁵⁵ Até porque, não sendo tudo (NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico...*, cit., págs. 185 e ss.), a linguagem é uma “condição de possibilidade do direito” (LAPORTA, Francisco J., *La Ley y el Lenguaje*, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, INA, n.º 50, cit., pág. 247).

código matriz como entre estas e as dos códigos e consolidações sectoriais e das leis comerciais avulsas;¹⁷⁵⁶ - ser criterioso na transposição das directrizes europeias, não o fazendo precipitadamente (por exemplo, não transpondo textos não vigentes ou não aplicáveis)¹⁷⁵⁷ e tendo sempre presente a boa técnica de transposição;¹⁷⁵⁸ - procurar adoptar o ponto de vista dos destinatários das normas, colocando-se no seu lugar;¹⁷⁵⁹ - “não ceder à propensão demagógica daqueles que pensam que fazer uma lei tem um valor meramente simbólico, dos que entendem que os verdadeiros destinatários da lei são os *media* e os serviços de estatística da União Europeia – e não os membros da colectividade –, importando mais exhibir preocupação do que demonstrar eficiência.”¹⁷⁶⁰

3. Compromisso político

O que nos conduz a um aspecto essencial de política legislativa, em que se requer, para uma obra da magnitude e importância da elaboração e aprovação de um novo código comercial, o compromisso político, ao mais alto nível de decisão, com a reforma, de modo a torná-la possível, de qualidade, duradoura e imune às contingências políticas, reconhecendo-se que transcende os partidos que ocupam conjuntamente as cadeiras do poder, que só o será verdadeiramente se for obra de regime, não mera arma de arremesso político-partidária.¹⁷⁶¹

E, reconhecendo as fragilidades evidenciadas pelo vigente regime político, poderia equacionar-se a formalização desse compromisso numa norma constitucional impeditiva da aprovação (e alteração) dos “Grandes Códigos” por decreto-lei.¹⁷⁶²

¹⁷⁵⁶ *Supra*, nota 1586. O que implicará que o legislador das leis avulsas se preocupe com esta homogeneidade global do sistema, para o que terá de pensar em termos de sistema e evitar a fragmentação conceptual e terminológica do até agora habitual (e mais fácil) “para efeitos deste diploma...” – no que um código comercial novo, como matriz do sistema, poderá ser de grande utilidade.

¹⁷⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Evolução do direito europeu das sociedades*, ROA, Ano 66 (2006), I, 12.

¹⁷⁵⁸ MONTEIRO, António Pinto/BARBOSA, Mafalda Miranda, *Harmonização da Linguagem Jurídica ao nível do Direito Contratual Europeu – Breves notas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº 8, Coimbra, 2006/2007, pág. 110.

¹⁷⁵⁹ *La Légistique ou l’art de rédiger le droit*, cit., pág. 5 – e não apenas nos aspectos formais, como o da inteligibilidade das normas, mas também nas opções de fundo.

¹⁷⁶⁰ CAUPERS, João/ALMEIDA, Marta Tavares de/ GUIBENTIF, Pierre, cit., pág. 20.

¹⁷⁶¹ *Supra*, Parte I, Cap. IV, § 5º e nota 1239.

¹⁷⁶² Norma que, obrigando a seguir o procedimento legislativo parlamentar, poderia contribuir para uma maior estabilidade destes diplomas e que teria, naturalmente, de definir os “Grandes Códigos” (categoria que incluiria, sem dúvida, os códigos civil e comercial).

Conclusões

Apesar de reconhecermos que “é mais importante levantar questões do que dar-lhes resposta”, não poderíamos concluir este percurso sem tentar responder às questões enunciadas no seu início:¹⁷⁶³

- A decadência do Código de 1888, já considerado um “cadáver *exquis*”,¹⁷⁶⁴ a obsolescência do seu critério fundamental, a proliferação de legislação extravagante, de que os núcleos mais importantes se foram, com o tempo, consolidando e codificando, em suma, a fragmentação do direito comercial assim transformado num não-sistema, aconselham uma sua reconfiguração geral em que os vários códigos e consolidações sectoriais e as leis (que ficarem) avulsas possam ganhar sentido de conjunto por referência a um código matriz que, obedecendo a um critério ajustado à realidade actual, sirva de fio condutor do sistema – impõe-se, a nosso ver, a recodificação do direito comercial português.

- O modo como hoje se deve perspectivar o direito comercial (*polissistema*) e o peso jurídico-cultural, sistemática, função e estado do Código Civil (não esquecendo que “os códigos têm alma” e que este código se depara também com o problema da recodificação de leis avulsas), para além da nossa arreigada tradição dualista, impossibilitam a inserção nele das matérias que constituiriam a nova matriz do sistema mercantil – o que nos conduz a um Código Comercial novo.

- A autonomia formal, científica e didáctica do direito comercial é, entre nós, um facto indesmentível; e a autonomia substancial ou jurídica sê-lo-á também adoptando-se o critério proposto da empresa comercial.

- Empresa comercial que será o factor de aglutinação da matéria mercantil, cujo novo recorte deixámos assinalado e de que os diversos componentes irradiarão como elementos do seu ser e agir.

- A profunda raiz histórico-cultural do nosso ramo jurídico, a imprecisão da ideia (geral) de empresa, a visão acentuadamente privatística de que partimos e a adopção do conceito de empresa comercial proposto aconselham a manutenção da designação clássica de Direito Comercial (e de Código Comercial), apesar do seu carácter tão-só simbólico e formal.

¹⁷⁶³ *Supra*, Apresentação.

¹⁷⁶⁴ CARVALHO, Orlando de, *Direito Comercial*, Direito das Empresas, cit., pág. 225.

Nota final

Este trabalho, escrito entre Maio de 2014 e Fevereiro de 2016, pretende dar conta da investigação e reflexão que vimos fazendo sobre o direito comercial português enquanto sistema e dos possíveis caminhos que se lhe abrem neste início de milénio.

Procurámos esses caminhos no oscilar do pêndulo da história da codificação do direito: a) o momento inicial carregado de ideologia: um novo Homem, um novo Mundo, um novo Direito, através do qual se pretendem “rasgar as avenidas do futuro”, e o seu paradigma de legalismo e normativismo; b) a descodificação e os factores que lhe deram origem e impulso, a sua natureza mais formal do que material (as leis avulsas precisam de âncoras, dos princípios gerais informadores do sistema em causa) e a inexorável fragmentação do direito privado e, de modo particularmente evidente, do direito comercial - descodificação que se revela como um fenómeno geral (e não apenas uma “questão italiana”), afectando todos os ordenamentos da grande família romano-germânica; c) a recodificação e a consciência do *processo contínuo codificação-descodificação-consolidação-recodificação*, que não implica decerto um retorno aos códigos modernos e à sua ambição de completude, exclusividade e perenidade, mas aposta naquele mínimo de segurança jurídica cuja procura aproxima os legisladores, os ordenamentos e as principais famílias jurídicas do mundo (incluindo o direito anglo-americano e os seus *codes*).

Atentámos na génese do direito comercial em geral e do nosso em particular e nas circunstâncias históricas, políticas, económicas, sociais e jurídicas em que ele se tornou pioneiro na codificação e, mais tarde, na descodificação.

Vimos como o século XX português, desiludido com o liberalismo, inflamado na busca da “terceira via” e reformador do direito, adiou a sua reforma geral – adiamento que viria a provocar, não apenas a inevitável fragmentação, mas a destruição do seu sistema.

E, inspirados na sua longa história, conservando tudo quanto possa manter-se – buscando rasgos de contemporaneidade num *antiquarian bent* -, tentámos dar-lhe um novo rumo, pensando-o como um *polissistema* em que os vários componentes ou *microssistemas*, geralmente reconhecidos como comerciais, se agrupam segundo o critério da “empresa comercial”, organização produtiva em moldes capitalistas, motor incontestado – se bem que por vezes detestado – da economia dos nossos dias.

(Poli)sistema que, assim orientado, acolhe sem dificuldade importantes figuras e regimes hoje dispersos mas nascidos na vida dos negócios, pragmaticamente se estende a todos quantos nela participam, independentemente da sua posição e interesses, e continua a abrir-se, pela força interior de inovação, aos que entendam beneficiar dos seus quadros regulatórios.

Com a plena consciência de todas as limitações, oferecem-se algumas ideias-força para o futuro do direito comercial português:

- Definição clara do objectivo prioritário do direito comercial: proporcionar o melhor funcionamento da economia de mercado.
- Uma estrutura conformada segundo o modelo do *polissistema*, com um código matriz – o (novo) Código Comercial – e os *microssistemas* constituídos pelas leis consolidantes sectoriais.
- A adopção, como critério base, da empresa capitalista (a “empresa comercial”), com as características apontadas, em especial o fim lucrativo e a maximização e apropriação do lucro (o que, partindo de irrecusável constatação prática, não se confunde com uma apologia cega do modelo capitalista – sistema de “crises periódicas e injustiças permanentes”, produto brutal do “selfish gene” conatural ao homem, “civilização das desigualdades”... mas não terá o homem uma indisfarçável ambição à desigualdade?).
- A redefinição consequente da *matéria mercantil*, como a exclusão da cooperativa, independentemente do objecto, e a inclusão de actividades tradicionalmente excluídas (agricultura e afins, artesanato, profissões liberais, desde que exercidas empresarialmente, *hoc sensu*), e qualificação como comerciantes, nas mesmas circunstâncias, dos mandatários comerciais – redefinição que se projectará na sistemática do novo código.
- O redesenho das fontes do direito comercial, com expresse reconhecimento do costume mercantil.
- A clarificação do conceito de empresa como bem imaterial *sui generis* e a expressa admissão do direito de propriedade sobre ela.
- A consagração da sociedade comercial pela forma e a reponderação do elenco dos tipos sociais.
- A inclusão de matérias actualmente avulsas, como a concorrência, os contratos de adesão, as cláusulas contratuais gerais, a tutela do consumidor.
- A descriminalização de condutas assumidas no exercício da empresa.

Procurámos também clareza na redacção, bem sabendo que aliar clareza, substância e rigor é privilégio de eleitos, enxugando a escrita e reservando às notas de rodapé explicações, clarificações e comentários. Método que, em contrapartida, multiplicou e alongou tais notas que, apesar das revisões, se mostram porventura excessivas, em número e tamanho, quebrando o correr da leitura – defeito, longe de ser o único, de que nos penitenciamos.

Tendo tentado seguir, apesar de tudo, o conselho do poeta:

*“Avant donc que d’écrire, apprenez à penser.
Selon que notre idée est plus ou moins obscure,
L’expression la suit, ou moins nette, ou plus pure.”*¹⁷⁶⁵

¹⁷⁶⁵ NICOLAS BOILEAU (1636-1711), *L’art poétique* (apud La Légistique ou l’art de rédiger le droit, Courrier Juridique des Finances et de l’Industrie, numéro spécial, Juin 2008).

Bibliografia

AA.VV., *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007

AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil- Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (<http://hdl.handle.net/10016/20763>)

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996; *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010; *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Caderno nº 5 do IDET, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010; *Curso de Direito Comercial*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013; *Curso de Direito Comercial*, II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Comentarios a las Reformas al Código de Comercio* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/34.pdf>)

AKPET, Koli Ori, *The Australian Legal System: The Legal Profession and the Judiciary*, Ankara Bar Review 2011/1, pp. 71-94

ALARCÃO, Rui de, *Globalização, Democracia e Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, nº 8, 2006/2007, págs. 17-27

ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce et de la Legislation Commerciale*, I, 3ª édition, Marchal, Billard & Cie, Paris, 1879

ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira, *Notas sobre o Contrato de Franquia na Legislação Brasileira*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 11, 11855-11879

ALEXANDRINO, José de Melo, *A preponderância do Governo no exercício da função legislativa*, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, INA – Instituto Nacional de Administração, nº 50, Outubro-Dezembro 2009, pp. 99-107

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil*, AA.VV., Codificaciones del Derecho Privado en el S. XXI, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2015, pp. 19-26

ALLARD, France, *The Supreme Court of Canada and its impact on the expression of bijuralism* (<http://canada.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b3-f3/bf3a.html>)

ALLARD, Julie/GARAPON, Antoine, *Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, 2006

ALMEIDA, António Pereira de, *Direito Comercial*, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, polic., 1976-77

ALMEIDA, Pedro Tavares de, *Comportamentos eleitorais em Lisboa (1878-1910)*, *Análise Social*, vol. XXI (85), 1985-1.º, 111-152

ALPA, Guido, *Le “Code de Commerce” et l’Italie: Quelques Reflexions sur l’Histoire et les Perspectives du Droit Commercial*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 2007, vol. 59, n.º 2, pp. 235-257

ALVES, Filipe Domingues Cerqueira, *O Decreto-Lei 33/2011 e as Entradas em Indústria nas Sociedades Por Quotas*, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto (Dissertação de Mestrado), 2011

ALVES, José Carlos Moreira, *Lições de um Código Atual - O Código Civil Português*, 1969 (<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66590/69200>)

AMES, J. B., *The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit*, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), pp. 1-19 (<http://www.jstor.org/stable/1321512>)

AMORIM, João Pacheco de, *Direito Administrativo da Economia*, I, Almedina, Coimbra, 2014

ANDERSON, Michelle Chernikoff/MACCOUN, Robert J., *Goal Conflict in Juror Assessments of Compensatory and Punitive Damages*, *Law and Human Behavior*, Vol. 23, No. 3, 1999, pp. 313-330

ANDRADE, João da Costa, *O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal*, AA.VV., *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 9-64

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 3ª reimpressão, Almedina, 1972

ANDRESEN-LEITÃO, Nicolau, *O convidado inesperado: Portugal e a fundação da EFTA, 1956-1960*, *Análise Social*, vol. XXXIX (171), 2004, 285-312

ANDRIOLI, Virgilio/ CIANCARINI, Ovidio/LEFEBVRE d'OVIDIO, Antonio, *Codice*, *Enciclopedia Italiana - II Appendice* (1948) - <http://www.treccani.it>

ANGER, William H., *Summary of Canadian Commercial Law*, The Commercial Text Book Co., Toronto, Canada, 1910 (<https://archive.org/details/summaryofcanadi00angeoft>)

ANTHERO, Adriano, *A Historia Economica (Historia Universal do Commercio e da Industria)*, vol. VI, Imprensa Moderna, Lda, Porto, 1925

ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002; *Estrutura e*

Responsabilidade da Empresa: o Moderno Paradoxo Regulatório, Revista DireitoGV, v. 1 n. 2 | P. 029 - 068 | JUN-DEZ 2005; *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano III, Janeiro 2007, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 401-442; *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2011 (reimpressão)

ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *Subsídios para a tutela dos interesses difusos*, ROA, 1985 (Ano 45), Vol. III, pp. 917-931

APARICIO, Carlos, *Introducción al Derecho del Siglo XXI* (<https://books.google.pt/books?isbn=9974393876>)

APPLE, James G./ DEYLING, Robert P., *A Primer on the Civil-Law System*, Federal Judicial Center (US), s/d ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw.pdf))

ARAÚJO, Fernando, *Os Sentidos de 'Aequitas' em Marco Túlio Cícero*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 12, pp. 13365-13492; *Sobre o Dano Moral Colectivo - Seis Tópicos (Apresentação do livro de Felipe Teixeira Neto, DANO MORAL COLETIVO. A CONFIGURAÇÃO E A INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL POR LESÃO A INTERESSES DIFUSOS NA SUA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL)*, RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, pp. 6389-6419

ARDEN, Lady, *An English Judge in Europe* (<http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/lj-arden-an-english-judge-in-europe.pdf>)

ARNOLD, Morris S., *"Statutes as Judgments: The Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medieval England"* (1977). Faculty Publications. Paper 1136. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1136>

ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Fontes do Direito no Sistema Jurídico Anglo-Americano*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1974; *Direito Comercial*, I, ed. polic., Lisboa, 1986/87; *Direito Comercial*, II (*Direito Industrial*), ed. polic., Lisboa, 1988; *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, ROA, Ano 47, vol. I (1987), pp. 5-26; *Direitos Reais*, Direito das Empresas, Coordenação de Diogo Leite de Campos, Oeiras, INA, 1990, pp. 161-187; *Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação do princípio da analogia*, ROA, Ano 57 (1997), III, págs. 913-941; *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*, ROA, Ano 60 (2000), II, pp. 573-595; *Direito Civil e Direito do Consumidor*, Themis, 2008, Edição Especial "Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais", pp. 165-182 [estudo também publicado em Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 8, 2006/2007, pp. 29-49]; *Direito Industrial e Direito Penal*, AA.VV., Direito Industrial, VII, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 25-51; *O Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo*, ROA, Ano 71 (2011), II, págs. 391-411; *Mecanicismo, Equidade e Cláusulas Gerais no Direito das Obrigações*, RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da

Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº 7, págs. 4733-4749; *O “Fundamento do Direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa*, HOMEM, António Pedro Barbas/BRANDÃO, Cláudio (org.), *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 15-32

ATHAYDE, Augusto de, *Empresa Pública*, Polis, 2, 1984, cols. 939-945

ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens & Sons, London, 1987; *Tort Law and the alternatives: some anglo-american comparisons*, *Duke Law Journal*, vol. 1987, Nº 6 (Dec. 1987), pp. 1002-1044; *Justice and Predictability in the Common Law*, *The University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15, No. 2, Aug 1992: 448-461 (<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1992/19.pdf>)

BACHMANN, Gregor, *Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company - Special Issue on the Reform of the GmbH*, *German Law Journal*, vol. 9, nº 9, GmbH – Special Issue, 2008, pp. 1063-1068 (<http://www.germanlawjournal.com>)

BAKER, Sir John, *The Law Merchant and the Common Law before 1700*, *Collected Papers on English Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 66

BANAKAS, Stathis, *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, *InDret* 1/2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368208)

BANDEIRA, Francisco Hélio Soares, *Empresas em recuperação judicial*, Faculdade Metropolitana de Caieiras, 2009 (<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/empresas-recuperacao-judicial/empresas-recuperacao-judicial.pdf>)

BANGILLON, Ar. Bouvier, *La Legislation Nouvelle sur les Sociétés – Loi du 1er Aout 1893 – Commentaire Theorique et Pratique*, L. Larose, Éditeur, Paris, 1894 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62597416/f219.item.zoom>)

BARRERA GRAF, Jorge, *El Derecho Mercantil en la América Latina hasta el siglo XIX* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/734/3.pdf>)

BAYER, Christian/BURHOP, Carsten, *If only I could sack you! Management turnover and performance in large German Banks between 1874 and 1913* (https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/hist_sem_swg/forschung/qwu/burhoprauswurf.pdf)

BARBOUR, W. T., *The History of Contract in Early English Equity*, *Oxford Studies in Social and Legal History*, Vol. IV, Clarendon Press, Oxford, 1914

BEN JABEUR, Sami, *Statut de la faillite en théorie financière: aproches théoriques et validations empiriques dans le contexte français*. Tese de Doutorado apresentada à l'Université du Sud Toulon-Var, 2012. Disponível em: http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/75/96/32/PDF/these_-_ben_-_jabeur.pdf

BENJAMIN, *Benjamin's Treatise on the Law of Sale of Personal Property: with references to the American Decisions, and to the French Code and Civil Law*, Third Edition, Boston, 1888 (<https://ia600407.us.archive.org/34/items/cu31924061533133/cu31924061533133.pdf>)

BENNION, F. A. R., *The Renton Report*, 1975 (<http://www.francisbennion.com/pdfs/fb/1975/1975-003-renton-report-nlj.pdf>)

BENWELL, Richard/GAY, Oonagh, *The Separation of Powers*, House of Commons Library, Standard Note: SN/PC/06053, 15 August 2011 (<http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06053/the-separation-of-powers>)

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 16^a ed., Aranzadi, Navarra, 2015

BERKSON, Larry C., updated by Rachel Caufield and Malia Reddick, *Judicial selection in the United States: a special report*, American Judicature Society, 2010 (http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Berkson_1196091951709.pdf)

BERLEE, Anna, *A Matter of Honour, in Which a Small People Can Be Great – the Dutch Codification Efforts in Brief*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 287-317

BERMEJO CASTRILLO, Manuel, *Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 9-63

BERTRAND, André R., *Droits Excusifs, Concurrence Déloyale et Défense de la Concurrence*, *Direito Industrial*, III, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 25-31

BEURSKENS, Michael/ NOACK, Ulrich, 2008, *The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?*, *German Law Journal*, GmbH – Special Issue, vol. 9, n° 9

BHAMRA, Meena K., *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, Ashgate Publishing Limited, England, 2011

BLACKBURN, Colin, *A Treatise on the Effect of the Contract of Sale; on the legal rights of Property and Possession, in Goods, Wares and Merchandize*, London, William Benning and Co., 1845 (<http://www.archive.org/details/atreatiseoneffe01blacgoog>)

BLICK, Andrew, *Codifying – or not codifying – the UK constitution: A Literature Review*, Centre for Political and Constitutional Studies, King's College London, February 2011 (<http://www.parliament.uk/pagefiles/56954/CPCS%20Literature%20Review%20%284%29.pdf>)

BOOTH, Igor, *Russia's Natural Resources: A Mixed Blessing*, IMR – Institute of Modern Russia, 26 June 2012 (<http://imrussia.org/en/economy/255-russian-oil-blessing-or-curse>)

BORGES, José Ferreira, *Das fontes, especialidade, e excellencia da administração commercial segundo o Codigo Commercial Portuguez*, Typographia Commercial Portuense, Porto, 1835

BORISOVA, Tatiana, *Emergence of Russian National Legal Tradition: SVOD Versus ULOZHENIE in Nineteenth Century Russia* (<http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Borisova-Russian-National-Legal-Tradition.htm>)

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña: Génesis, Significado y ¿Defunción?*, *Ivs Fvgit*, 16, 2009-2010, pp. 181-196

BRACON, *De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ*, Harvard Law School Library, Bracton Online (<http://bracton.law.harvard.edu/>)

BREDA, Zélia/COSTA, Carlos, *Redes e internacionalização no contexto das empresas de turismo Portuguesas*, *Revista Turismo & Desenvolvimento*, nºs 17-18, vol. 4, págs. 107-108 (<http://www.ua.pt/degei/rtd>)

BRIERLEY, John E.C., *Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed*, *McGill Law Journal*, Vol. 14, Nº 4, Montreal, 1968, pp. 521-589 (<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/353355-brierley.pdf>)

BRITO, Maria Helena, *O contrato de agência*, AA.VV., *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 105-135

BROGLIE, Gabriel de, *La langue du Code civil*, Académie des sciences morales et politiques, Bicentenaire du Code civil (Séance solennelle du lundi 15 mars 2004) (http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/broglie/code_civil.pdf)

BRONZE, Fernando José, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994; *O 'Corpus Iuris Lusitani' no Hemisfério do Sistema Jurídico Romano-Germânico (Considerações Introdutórias)*, BFD 74 (1998), págs. 63-88; “*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 77-87

BRUNET, Michel, *French Canada and the early decades of British rule 1760-1791*, The Canadian Historical Association, Historical Booklet Nº 13, Ottawa, 1981 (http://www.nlc-bnc.ca/obj/008004/f2/H-13_en.pdf)

BRUNNER, Heinrich, *The Sources of English Law*, Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. II, Little, Brown, and Company, Boston, 1908, pp. 12-40 (<http://oll.libertyfund.org/title/2082>)

CABRAL, Gustavo César Machado, *A Lei da Boa Razão e as Fontes do Direito: Investigações sobre as Mudanças no Direito Português do Final do Antigo Regime*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, pp. 6114-6126 (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GCabral.pdf)

CABRILLAC, Rémy, *Les enjeux de la codification en France*, Les Cahiers de droit, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 533-545 (<http://id.erudit.org/iderudit/043852ar>); *Las Codificaciones*, trad. esp. de Paulina Pulido Velasco e Claudia Bulnes Olivares, Editorial Flandes Indiano Ltda., Santiago, Chile, 2009

CAEIRO, António, *A Exclusão Estatutária do Direito de Voto nas Sociedades por Quotas*, Temas de Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 1984, págs. 9-160

CAETANO, Marcello, *História do Direito Português* (Sécs. XII-XVI), 4ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000

CALABRESI, Guido, "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts" (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 2022 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2022)

CALLEROS, Charles, *Cause, Consideration, Promissory Estoppel and Promises Under Deed: What Our Students Should Know About Enforcement of Promises in a Historical and International Context* (<http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Charles-Calleros-Cause-Consideration-Promissory-Estoppel-Calleros1.pdf>)

CALVETE, Victor, M. C. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, 1335 pp. (Recensão), BCE LI (2008)

CALVI, James V./COLEMAN, Susan, *American Law and Legal Systems*, 3ª edition, Prentice-Hall, New Jersey, 1997

CÁMARA, Hector, *Código de Comercio de la República Argentina y Reformas o Tentativas hasta la Actualidad* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/7.pdf>).

CÂMARA, Paulo, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 9-141

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva ("lease-back") no direito português*, ROA 1982 (Ano 42), III, pp. 775-793

CANALES, Manuel Jesús Miranda, *Estructura Organizacional Piramidal de los Organos Jurisdiccionales en el Perú y en el Extranjero*, Revista Oficial del Poder Judicial 1/1 2007, págs. 85-106 (<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/133b090043eb7b>)

7aa6a9e74684c6236a/5+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+Miranda+Canales.pdf?
MOD=AJPERES&CACHEID=133b090043eb7b7aa6a9e74684c6236a.)

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck, München, 2006; *Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006; *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012

CANIVET, Guy, *The Interrelationship Between Common Law and Civil Law*, 63 La. L. Rev. (2003) Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/3>

CANOTILHO, J. J. Gomes, *O Estado-Garantidor, Claros-Escuros de um Conceito*, O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito, NUNES, António José Avelãs/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, coord., Almedina, Coimbra, 2008

CAPPER, David, *The Need for Mareva Injunctions Reconsidered*, 73 Fordham L. Rev. 2161 (2005). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss5/8>

CARDOSO, Augusto Lopes, *Locação de Estabelecimento Comercial*, Porto, 1989

CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, 13th printing June 1946

CARONI, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, 2013

CARRIÇO, Ana Isabel Mendes, *A tutela penal dos direitos de propriedade industrial*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Outubro 2012 (<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13681/1/A%20Tutela%20Penal%20dos%20Direitos%20de%20Propriedade%20Industrial.pdf>)

CARTER, A. T., *A History of English Legal Institutions*, Third Edition, Butterworth & Co. Law Publishers, London, 1906

CARTER, Sarah/SWIFT, Hester, *A Guide to the UK Legal System*, GlobaLex, 2015 (http://www.nyulawglobal.org/globalex/United_Kingdom1.htm#nireland)

CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Lisboa, Março de 2011 (Dissertação de doutoramento), http://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf; *Manual de Direito do Consumo*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2014

CARVALHO, José Tomé de, *Direito Penal Societário*, JULGAR - N.º 9 – 2009, pp. 203-232 (<http://julgar.pt/direito-penal-societario/>)

CARVALHO, Orlando de, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I – O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, Coimbra, 1967; *Direito Civil (Teoria*

Geral da Relação Jurídica), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 1968-69; *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado*, Separata do vol. LX do BFD, Coimbra, 1985; *Introdução à Posse*, RLJ, ano 122º, n.ºs. 3780, pp. 65-69, e 3781, pp. 104-108; *Para Um Novo Paradigma Interpretativo: O Projecto Social Global*, BFD 73 (1997), pp. 1-17; *Direito das Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

CAUPERS, João/ALMEIDA, Marta Tavares de/ GUIBENTIF, Pierre, *Portugal e a Europa – Feitura das Leis*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014

CAVALLI, Cássio, *O Debate em torno do Projeto de Código Comercial*, 2012 (<http://www.cassiocavalli.com.br/?p=144>)

CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, *La conferencia de La Haya de Derecho internacional privado aprueba los Principios sobre Elección de Ley en Contratos comerciales internacionales*, 7 abril, 2015 (<http://accursio.com/blog/?p=112>)

CERAMI, P./DI PORTO, A/PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2a ed., G. Giappichelli editore, Torino 2004

CHALMERS, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities*, Fifth Edition, London, Stevens and Sons, 1896 (<http://books.google.com/>); *The Sale of Goods Act, 1893, including the Factors Acts, 1889 & 1890*, Second Edition, Revised, London, William Clowes and Sons, Limited, 1894 (<http://www.archive.org/details/cu31924022471134>)

CHARTIER, Yves, *Droit des Affaires*, I, PUF – Presses Universitaires de France, 1984

CHEIBUB, Zairo B./ LOCKE, Richard M., *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas* (http://rlocke.scripts.mit.edu/~rlocke/docs/papers/Locke,R%20%26%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf)

CHEREDNYCHENKO, Olha, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), (<http://www.ejcl.org/>)

CHEVALIER, Michel, *Cours d'Économie Politique*, I, Meline, Cans et Comp., Libraires-Éditeurs, Bruxelles, 1851

CHIU, Hungdah/FA, Jyh-Pin, *Taiwan's Legal System and Legal Profession*, Occasional Papers/Reprint Series in Contemporary Asian Studies, School of Law, University of Maryland, No 5, 1994

CHORÃO, Mário Bigotte, *Positivismo Jurídico*, POLIS, 4, col. 1410-1427; *Segurança Jurídica*, POLIS 5, col. 642-655

CLARO E., Eliana/GARCÍA G., José Francisco, *Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile*, http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sij9reformaalajusticiacivilycomercialenchileclaroyjfgarciaabril2012.pdf

CLEMENTI, Sir David, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales – Final Report*, December 2004, (http://www.avocatsparis.org/Presence_Internationale/Droit_homme/PDF/Rapport_Clementi.pdf)

COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *Conceito e Validade do Direito. O Direito dos Juízes*, BFD 86 (2010), pp. 259-279

COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial – Direito da Empresa*, 18ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007; *Princípios do Direito Comercial*, Editora Saraiva, São Paulo, 2012

COELHO, José Gabriel Pinto, *Direito Commercial Portuguez*, I, F. França Amado, Editor, Coimbra, 1914

COLINA GAREA, Rafael, *La Funcion Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 1995 (http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1164/2/ColinaGareaRafael_opt.pdf.txt)

COLLINS, Lawrence, *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, 105 L.Q.Rev. 262 (1989) - <http://www.uniset.ca/lloydata/art/105LQRev262.html>

COOK, Walter Wheeler, *The Powers of Courts of Equity. I. "In Rem" and "In Personam"*, Columbia Law Review, Vol. 15, No. 1 (Jan., 1915), pp. 37-54 (<http://www.jstor.org/stable/1110531>)

CORBIN, Arthur, *"Waiver of Tort and Suit in Assumpsit"* (1910). Faculty Scholarship Series. Paper 2936. (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2936); *"A Tribute to Karl Llewellyn"* (1962). Faculty Scholarship Series. Paper 2879. (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2879)

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Do 'Trust' no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014

CORDEIRO, António M. Menezes, *Negative Pledge: um estudo comparatístico*, O Direito, ano 142º, 2010, III, pp. 497-538

CORDEIRO, António Menezes, *Common Law*, POLIS, 1, 1983, col. 1003-1006; *Da Boa Fé no Direito Civil*, I e II, Lisboa, 1984; *Princípios Gerais de Direito*, POLIS, 4, 1986, col. 1490-1493; *Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais*, ROA 1996 (Ano 56), I, pp. 157-177; *A modernização do Direito das Obrigações*, ROA, Ano 62 (2002), I, II e III; *Da Modernização do Direito Civil*, I, Almedina, Coimbra, 2004; *Da natureza civil do Direito do consumo*, O Direito, Ano 136º, IV, 2004, pp. 605-640; *Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia*, AA.VV., *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 9-28; *Evolução do direito europeu das sociedades*, ROA,

Ano 66 (2006), I; *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, ROA, Ano 66 (2006), II; *O sistema lusófono de Direito*, ROA 70 (2010); *Direito das Sociedades*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011; *Direito Comercial*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012; *Introdução à Edição Portuguesa*, CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012, pp. IX-CXIV; *Audição Parlamentar realizada no âmbito da apreciação na especialidade do Projeto de Lei n.º 278/XIII.ª (19-07-2013)*, vídeo disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=bmBF0L9mgp4>; *Direito das Sociedades*, II, Almedina, Coimbra, 2014 (reimpressão)

CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, II, Universidade de Coimbra, polic., 1968; *Reivindicação do Estabelecimento Comercial Como Unidade Jurídica*, Estudos Jurídicos II – Direito Civil e Comercial. Direito Criminal, Atlântida Editora, Coimbra, 1969; *Lições de Direito Comercial*, I, Universidade de Coimbra, polic., 1973; *Lições de Direito Comercial*, III, Universidade de Coimbra (polic.), 1975; *As sociedades comerciais no período da constituição*, Estudos Vários de Direito, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 1982, pp. 507-545; *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 25-71

CORREIA, Eduardo, *Notas críticas à penalização de actividades económicas*, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985, págs. 11-23

CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011

COSTA, Adalberto, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*, Vida Económica, Porto, 2014

COSTA, Cynara de Barros, *O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: Desconstruindo o mito da Lex Mercatoria medieval*, FACULDADE DAMAS – CADERNO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – V.3, N.5 (2012), pp. 32-45 (<http://www.faculdaadedamas.edu.br/revista/index.php/relacoesinternacionais>)

COSTA, José de Faria, *O Direito Penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*, AA.VV., Direito Industrial, III, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 33-44

COSTA, Kelly Jackeline *et al*, *Competitividade e Sustentabilidade Empresarial: um Estudo sobre como a Visão de Sustentabilidade foi relevante para a Competitividade de uma Empresa Florestal*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 6, 819-858

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, BFD XXXVI, 1960, pp. 16-43; *La Présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, BFD XLI, 1965, pp. 47-62; *Responsabilidade Civil por Ruptura das Negociações Preparatórias de Um Contrato (Anotação ao Acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 1981)*,

RLJ 116 (1983-1984); *História do Direito Português*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1992

COSTA, Ricardo, *O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial*, AA.VV., Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 121-146

CREPEAU, Paul-A. "Réflexions sur la Codification du Droit Privé." *Osgoode Hall Law Journal* 38.2 (2000): 267-295. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol38/iss2/4>

CRISTAS, Assunção, *Legística (Código comercial: o problema da decisão de legislar)*, COOPERAÇÃO CE – PALOP, Programa PIR PALOP II, Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, Workshop W3, Cidade da Praia, Outubro de 2004 (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68&limitstart=5); *Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE* (www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/AC_MA_3813.doc); *Legística ou a arte de bem fazer leis*, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

CROSS, Rupert, *The First Two Vinerian Professors: Blackstone and Chambers*, 20 Wm. & Mary L. Rev. 602 (1979), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol20/iss4/6>

CRUZ, Branca Martins da, *A teoria geral do acto de comércio – Sua relevância actual na determinação da matéria comercial*, AA.VV., As Operações Comerciais, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 93-124

CRUZ, Guilherme Braga da, *Obras Esparsas*, II, 2ª parte, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1981

CRUZ, Jorge, *Comentários ao Código da Propriedade Industrial 2008*, 3º volume, Lisboa, 2011

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, 4ª edição, Coimbra 1984

CUA, Celina Esther V., *Towards a General Notion of Good Faith in English Contract Law*, University of Amsterdam, Faculty of Law, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297037)

CUNHA, Carolina, *Letras e Livranças: Paradigmas Actuais e Recompreensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 2012

CUNHA, Paulo Ferreira da, *A Polémica da “História do Direito Civil Português” de Paschoal de Mello Freire (Seguindo um manuscrito de António Pereira de Figueiredo)*, ROA 1994 (Ano 54), III, pp. 957-971

CUNHA, Paulo Olavo, *Venda de Bens Alheios*, ROA, Ano 47 (1987), II, pp. 421-472; *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010; *Direito Empresarial Para Economistas e Gestores*, Almedina, Coimbra, 2014

CURA, António A. Vieira, *O costume como fonte de direito em Portugal*, BFD 74 (1998), págs. 241-272

CURADO, José Luís Soares, *Direito Industrial e Direito Penal*, AA.VV., Direito Industrial, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 91-97

DAINOW, Joseph, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, No. 3 (1966 - 1967), pp. 419-435 (<http://www.jstor.org/stable/838275>)

D'AMATO, Anthony, *"Lon Fuller and Substantive Natural Law"* (1981). Faculty Working Papers. Paper 131. (<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/131>)

DAMMANN, Jens C., *The Future of Codetermination After Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model?*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Volume 8, Issue 2, 2003, Article 7 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl>)

DANZIG, Richard, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, MERRYMAN, John Henry (edit.), Stanford Legal Essays, Stanford University Press, 1975, pp. 97-112

D'ASSAC, Jacques Ploncard, *La Réaction*, La Voix de L'Occident, La Librairie Française, Paris, sem data

DAVID, René, *A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*, www.abysinialaw.com

DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. espanhola de Jorge Sánchez Cordero, 11ª edição, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010

DAWKINS, Richard, *The Selfish Gene*, Ebook v1.0., Oxford, 1989 (<https://ia902707.us.archive.org/4/items/TheSelfishGene/RichardDawkins-TheSelfishGene.pdf>)

DELPLANQUE, Catherine, *Origine, signification et portée du Code civil en France*, Association française pour l'histoire de la justice, Juillet 2004 (<http://www.afhj.fr/ressources/code-civil.pdf>)

DEMANTE, Gabriel, *M. Pardessus, Sa Vie et Ses Ouvrages*, Bibliothèque de l'École des Chartes, 1854, Vol. 15, N° 15, pp. 453-467 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bec_0373-6237_1854_num_15_1_445207)

DEMOTT, Deborah A., *Foreword*, Law and Contemporary Problems, vol. 56, n° 3, Summer 1993, pp. 1-6 (<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4329&context=lcp>)

DESJARDINS, Thierry, “*Arrêtez d’emmerder les Français!*” – *Il y a trop de lois idiotes dans ce pays*, Plon, 2000

DEUMIER, Pascale, *La Recodification à Droit Constant: Outil de Legistique ou de Reforme?*, Universitatis Babeş-Bolyai, Studia Iurisprudentia, 2008, nº 2, s/pag. (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=118>)

DIAS, Augusto Silva, *O Direito Penal como Instrumento de Superação da Crise Económico-Financeira: Estado da Discussão e Novas Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 2014 (e-book).

DIAS, José Henrique Rodrigues, *José Ferreira Borges – Política e Economia*, Instituto Nacional de Investigação Científica, Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1988

DIAS, Rui, *A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos recentes do Direito das Sociedades na Alemanha)*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. 1, Março 2009, Almedina, Coimbra, pp. 243-251.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Garantias da Consistência do Património Social*, Problemas do Direito das Sociedades, IDET, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 497-545; *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas*, Estudos de Direito das Sociedades, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 151-222

DORN, James A., *Equality, Justice, and Freedom: A Constitutional Perspective*, 1.10.2014 (<http://www.libertarianism.org/publications/essays/equality-justice-freedom-constitutional-perspective>)

DRAKOPOULOU, M., *Equity, Conscience and the Art of Judgment as Ius Aequi et Boni*, Law Text Culture, 5(1), 2000. Available at:<http://ro.uow.edu.au/ltc/vol5/iss1/19>

DUARTE, Açucena/MACARINGUE, João/NHATITIMA, Pedro, *Revisão do Código Comercial de Moçambique*, Projecto de Cooperação CE-PALOP de Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários, Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, Workshop 3 – Direito Comercial (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68&limitstart=5)

DUARTE, Rui Peixoto/CRUZ, Ana Sofia, *Sale and Leaseback*, Research Abreu Advogados, Maio 2011

DUARTE, Rui Pinto, *O penhor de estabelecimento comercial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007; *A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade?*, SERRA, Catarina (coord.), I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 153-174

DUMONT, Ét., *Oeuvres de Jérémie Bentham, Jurisconsulte Anglais*, Tome Troisième - De l'Organisation Judiciaire et de la Codification, Troisième Édition, Société Belge de Librairie – Hauman et C.e, Bruxelles, 1840

DUXBURY, Neil, *The Authority of Precedent: Two Problems* (<https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>)

DYE, James, *Socratic Method and Scientific Method* (<http://www.niu.edu/~jdye/method.html>)

DYMOND, Glenn, *The Appellate Jurisdiction of the House of Lords (Updated November 2009)*, HOUSE OF LORDS, Library Note, 20th November 2009 LLN 2009/010

EDWARDS, Caroline (2004) "Article 2 of the Uniform Commercial Code and Consumer Protection: The Refusal to Experiment", *St. John's Law Review*: Vol. 78: Iss. 3, Article 11. Available at: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol78/iss3/11>

ENDICOTT, Timothy A. O., *Legal Interpretation*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper No 39/2011, June 2011 (<http://ssrn.com/abstract=1872883>)

ESCARRA, Edouard, *Le Traité de droit commercial de MM. J. Hamel et G. Lagarde*, *Revue économique*. Volume 6, n°4, 1955. pp. 663-669 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/reco_0035-2764_1955_num_6_4_407132)

ESQUIVEL OBREGON, T., *Latin-American Commercial Law*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1921 (<https://ia600502.us.archive.org/9/items/latinamericancom00esqurich/latinamericancom00esqurich.pdf>)

ESSIEN, Victor, *Researching Ghanaian Law*, GlobaLex, Hauser Global Law School Program, New York University School of Law (http://www.nyulawglobal.org/globalex/ghana.htm#_Legal_Profession)

EVERS, Williamson M., *Toward a Reformulation of the Law of Contracts*, *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, n° 1, 1977, pp. 3-13 (http://mises.org/journals/jls/1_1/1_1_2.pdf)

FACHIN, Luiz Edson, *Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista*, *BFD* 76 (2000), pp. 129-151

FAIRCHILD, Thomas E., *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or Sunbursting*, 51 *Marq. L. Rev.* 254 (1968). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>

FAN, Jianhong/PEREIRA, Alexandre Dias, *Commercial and Economic Law in Macau*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011

FAN, Leong, *Guia da Lei Básica de Macau*, Associação das Ciências Económicas de Macau/Associação (Preparatória) de Estudos de Direito de Macau, 1995

FARIA, Miguel Figueira de/MENDES, José Amado (coord.), *Dicionário de História Empresarial Portuguesa – Séculos XIX e XX*, I, 1ª edição, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2013

FARNSWORTH, Allan, *The Concept of Good Faith in American Law*, 1993 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth3.html>)

FERNANDES, Aureliano, *Political Transition In Post Colonial Societies. Goa in Perspective*, Lusotopie 2000, pp. 341-358 – (<http://www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/resu0021.html>)

FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2013

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *La Constitución Mexicana y el Arbitraje Comercial*, Cuestiones Constitucionales, Núm. 16, enero-junio 2007, págs. 159-204

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La primera Constitución española: El Estatuto de Bayona* (http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-primera-constitucin-espaoala---el-estatuto-de-bayona-0/html/ffc6353a-82b1-11df-acc7-002185ce6064_4.html)

FERRAZ, José Manuel, *O desenvolvimento socioeconómico durante a Primeira República(1910-26)* (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223912673Y8iRK9tq7Sh93OU6.pdf>)

FERREIRA, Bruno, *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance – Implicações da Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 30, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), Lisboa, Agosto de 2008

FERREIRA, Nuno Manuel Basto Silva, *A Locação Financeira Restitutiva*, Universidade do Minho, 2012 (Dissertação de Mestrado) - <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20817/1/Nuno%20Manuel%20Basto%20Silva%20Ferreira.pdf>

FERREIRA, Sílvia, *O papel de movimento social das organizações do terceiro sector em Portugal*, Comunicação apresentada no V Congresso Português de Sociologia, Universidade do Minho, Braga, 12-15 de Maio de 2004

FERREIRA, Waldemar, *A personalidade jurídica das sociedades mercantis no direito brasileiro*, RFDUSP, v. 48 (1953), pp. 26-49

FIFOOT, C. H. S., *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, Published under the auspices of THE HAMLYN TRUST, Stevens and Sons Limited, London, 1959

FILANGIERI, Gaetano, *La Science de la Législation, Oeuvres de G. Filangieri traduites de l'italien*, Nouvelle édition, Tome troisième, P. Dufart, Libraire, Paris, M. DCCCXXII

FINE, Toni M., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2011 (reimpressão)

FLUME, Johannes W., *Law and Commerce – The Evolution of Codified Business Law in Europe* (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380751)

FOSTER, Nigel, *Austrian Legal System & Laws*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003

FOX, J.C., *A Handbook of English Law Reports*, I, Butterworth & Co., London, 1913

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, ROA, Ano 67 (2007), I (www.oa.pt); *Nos 40 anos do Código Civil Português – Tutela da Personalidade e Dano Existencial*, Themis, 2008, Edição Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, págs. 47-68

FRAGA, Francisco Castro, *O regime do novo arrendamento urbano*, ROA 2006 (Ano 66), I (www.oa.pt)

FRAGOSO, Américo Oliveira, *Contratos de adesão no novo Código Comercial de Moçambique* (<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Fragoso-Americo-Oliveira-CONTRATOS-DE-ADESAO-NO-NOVO-CODIGO-COMERCIAL-DE-MOCAMBIQUE.pdf>)

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial*, Revista Jurídica Consulex, Ano XVII, Nº 400, 15 de Setembro/2013, pp. 32-37 (www.consulex.com.br)

FRANCO, A. L. Sousa, *Capitalismo*, Polis, 1, 1983, col. 718-727

FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, third edition, Touchstone, New York, 2005

FRISCHKORN, Michael, *Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria’s Flexibility*, 7. EJLR (2005), pp. 331-351

FUJITA, Tomotaka, *“De-codification” of the Commercial Code in Japan*, The University of Tokyo, March 2013 (<http://www.gcoe.j.u-tokyo.ac.jp/pdf/GCOESOFTLAW-2012-5.pdf>)

FULLER, Lon L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 630-672 - <http://www.jstor.org/stable/1338226>

FURTADO, J. Pinto, *Disposições Gerais do Código Comercial*, Almedina, Coimbra, 1984; *Manual de Arrendamento Urbano*, I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2009

GALGANO, Francesco, *História do Direito Comercial*, tradução portuguesa da edição de 1980 por João Espírito Santo, Signo Editores, Lisboa; *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005; *Diritto commerciale – L’imprenditore*, 13ª edizione, Zanichelli, Bologna, 2013

GARCIA, Augusto Teixeira/WEI, Dan/CORREIA, Paula Nunes/CHENG, Tong Io, *Codification in China: The Special Case of Macau*, The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 83-103

GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Is it possible for a Minor Code of the Nineteenth Century to serve as a Model in the Twenty-First Century?*, The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 369-385

GARCÍA-GALLO, Concepción, *La Legislación Indiana de 1636 a 1680 y la Recopilación de 1680* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/27/art/art1.pdf>)

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Número 2130, Abril de 2011 (www.mjusticia.es/bmj); *Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación*, AA.VV., Codificaciones del Derecho Privado en el S. XXI, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2015, pp. 61-113

GARNER, Bryan A., *Exercises from Legal Writing in Plain English*, University of Chicago Press, 2001 (<http://press-pubs.uchicago.edu/garner/exercises.txt>)

GAROFALO, Luigi/TALAMANCA, Mario (dir.), *Trattato delle obbligazioni*, vol. I, tomo III, CEDAM, 2010

GAROUPA, Nuno, *Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito*, *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, cepejus, v. 1, n. 1 (2009); *A Análise Económica do Direito e o Paroquialismo Legal*, Idem, v. 3, n. 1, p. 2-21, 2011; *O Governo da Justiça*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011

GARRETT, João António Bahia de Almeida, *Dívidas Comerciais*, RJUPT, nº 1, Junho 1998, pp. 49-72; *O crédito, a actividade e o direito comercial*, Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha, Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 1999, pp. 237-257; *Breves notas sobre a evolução recente do direito comercial da lusofonia*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 12, 13677-13719; *A empresa individual no direito comercial da lusofonia*, Revista Electrónica de Direito, Nº 2, CIJE - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, www.cije.up.pt/revistared; *Créditos do Estado e Recuperação da Empresa no Direito Português*, Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 25-41, maio/ago. 2014; *De novo sobre a responsabilidade do cônjuge do comerciante*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, 1029-1064 (anteriormente publicado em AA.VV., *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 209-237)

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, MCMLXXVI

GARTEIZ-AURRECOA, Javier Divar, *Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España*, Academia Vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año X. N° 22. Diciembre 2011, pp. 7-19

GENN, Dame Hazel, *Judging civil justice*, The Hamlyn Lectures 2008 (https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/lawimages/hamlyntrust/Genn_judging_civil_justice.pdf)

GERALDES, António Santos Abrantes, *Recursos em Processo Civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

GHATAN, Gil J., *The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice* (<http://ssrn.com/abstract=1477030>)

GIERKE, Otto, *Natural Law and the Theory of Society (1500 to 1800)*, trad. inglesa de Ernest Barker, Beacon Press, Beacon Hill, Boston, 1957 ([http://chandonnet.m.free.fr/dimitri/echantillons/Natural%20Law%20and%20the%20Theory%20of%20Society%201500%20to%201800%20\(scan%20perso\).pdf](http://chandonnet.m.free.fr/dimitri/echantillons/Natural%20Law%20and%20the%20Theory%20of%20Society%201500%20to%201800%20(scan%20perso).pdf))

GIFFORD, John, *The Complete English Lawyer*, 21st edition, Longman & C°, Simpkin & C°, Whittaker & C°, Sherwood & C°, London, 1838

GIUSTI, Alberto, *L'assegnazione del ricorso e lo svolgimento dell'udienza*, IANNIRUBERTO, Giuseppe/MORCAVALLO, Ulpiano (ed.), Il Nuovo Giudizio di Cassazione, II Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010

GODINHO, José Magalhães, *Prefácio*, SILVA, António Maria da, O Meu Depoimento, I, República, Lisboa, 1974

GODOY, Arnaldo Moraes, *A Completude do Ordenamento Jurídico na Lei da Boa Razão: A Teoria de Norberto Bobbio e a Experiência Jurídica Pombalina*, Scientia Iuris, v. 2/3 (1998/1999), pp. 196-211 (<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/issue/view/418>)

GOETZMANN, William/KÖLL, Elisabeth, *The History of Corporate Ownership in China: State Patronage, Company Legislation, and the Issue of Control*, MORCK, Randall K. (edit.), *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, University of Chicago Press, 2005 (<http://www.nber.org/chapters/c10269.pdf>)

GOLDMAN, Seth R./DYER, Michael G./FLOWERS, Margot, *Precedent-based Legal Reasoning in Contract Law* (http://ftp.cs.ucla.edu/tech-report/198_-reports/860072.pdf)

GOMES, Carla Amado, *Direito dos Animais: Um Ramo Emergente?*, RJLB, Ano 1 (2015), n° 2, pp. 359-380

- GOMES, Conceição, *Os Atrasos da Justiça*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- GOMES, M. Januário Costa, *Contrato de mandato comercial – Questões de tipologia e regime*, AA.VV., As Operações Comerciais, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 465-564
- GOMES, Orlando, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Martins Fontes, 2006
- GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2014
- GOODE, Roy, *The Codification of Commercial Law*, Monash University Law Review, Vol. 14, SEPTEMBER '88, pp. 135-157; *The Concept of "Good Faith" in English Law* (1992) - <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html>; *Commercial Law in the next Millennium*, Sweet & Maxwell, London, 1998; *Commercial Law*, Edited and fully revised by Ewan McKendrick, fourth edition, Penguin Books, London, 2010
- GOTTI, Claudio Li, *Fascismo e Nazismo: due regime a confronto* (<http://cronologia.leonardo.it/storia/a1927d.htm>)
- GOURDAULT, Jules, *Colbert, Ministre de Louis XIV (1661-1683)*, Sixième Édition, Alfred Mame Et Fils, Editeurs, Tours, M DCCC LXXXIV (disponível em <https://archive.org/details/colbertministred00gouruoft>)
- GOUVEIA, Mariana França, *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa - Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão* (www.fd.unl.pt/docentes_docs/mf/mfg_ma_2830.doc); *Revisões de Códigos Legais - Alguns exemplos do ordenamento jurídico português*, COOPERAÇÃO CE – PALOP, Programa PIR PALOP II, Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, Workshop W1, São Tomé, Dezembro de 2003 (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68)
- GRAÇA, Luís, *Industrialização e Legislação do Trabalho (1867-1909)* - <http://www.ensp.unl.pt/lgraca/textos14.html>
- GREEN, Leslie, *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003 (<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#4>)
- GREEN, Thomas A., *"The Jury and the English Law of Homicide, 1200-1600."* Mich. L. Rev. 74 (1976): 413-99
- GRITTI, G., *La metodonomologia giuridica di Fernando José Bronze*, in: i-lex, 13-14, 2011, pp. 167 – 175, (www.i-lex.it)

GUIJO, Florencia, *El Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial Argentinos* (<http://www.asuntosdelsur.org/el-proyecto-de-reforma-y-unificacion-de-los-codigos-civil-y-comercial-argentinos/>)

GUILLENCHMIDT, Jacqueline de, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit civil*, 2007 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070123.pdf)

GUIMARÃES, Maria Raquel, *(Ainda) a responsabilidade pelo uso indevido de instrumentos de pagamento electrónicos em operações presenciais e à distância*, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 115-144

HAHN, Elliott J., *An Overview of the Japanese Legal System*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 5, Issue 3, Fall 1983, pp. 517-539

HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, Lord, *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, Stevens & Sons, London, 1983

HALE, Lady Brenda, *Equal Access to Justice in the Big Society* (https://www.supremecourt.uk/docs/speech_110627.pdf)

HALL, Jeffrey B., *Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany*, 9 *German Law Journal* 771-798 (2008), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=966>

HALLIDAY, Stephen, *The First Common Market? The Hanseatic League*, *History Today* Volume: 59 Issue: 7 2009 (<http://www.historytoday.com/stephen-halliday/first-common-market-hanseatic-league>)

HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'Histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?*, *Revue Pouvoirs*, 107, 2003, págs. 11-21 (<http://www.revue-pouvoirs.fr/-107-Le-Code-civil-.html>)

HANG, Yang Yin, *The Commercial Code of Japan*, The Boston Book Company, Boston, U.S.A., 1911 (<https://ia600201.us.archive.org/2/items/commercialcodeof00japarich/commercialcodeof00japarich.pdf>)

HANNA, John, *The Role of Precedent in Judicial Decision*, 2 *Vill. L. Rev.* 367 (1957), Available at: <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol2/iss3/2>

HARTKAMP, Arthur S./TILLEMA, Marianne M. M./TER HEIDE, Annemarie E. B., *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2011

HAZELTINE, Harold D., *Holdsworth's History of English Law*, *Political Science Quarterly*, Vol. 27, No. 1 (Mar., 1912), pp. 125-130 (<http://www.jstor.org/stable/2141111>)

HEPBURN, Samantha, *Principles of Equity & Trusts*, second edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2001

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio/MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *Codification in Venezuela*, The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 455-465

HESPANHA, António Manuel, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 1994-1995; *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, *Análise Social*, vol. XXXVII (165), 2003, pp. 1285-1302; *Leis Bem Feitas e Leis Boas*, *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, INA – Instituto Nacional de Administração, nº 50, Outubro-Dezembro 2009, págs. 31-47

HICKS, Peter, *Comment Napoléon est-il devenu Roi d'Italie* (http://www.napoleon.org/fr/salle_lecture/articles/files/napoleonroiitalie_phicks_mai2005.asp)

HILAIRE, Jean, *Genese et destin du Code de commerce de 1807* (www.univ-montp1.fr/.../genese_destin_jean_hilaire)

HIRSCH, Werner Z., *Law and Economics – An Introductory Analysis*, second edition, Academic Press, Inc., San Diego, 1988

HOLDSWORTH, W. S., *The Development of the Law Merchant and its Courts*, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, Little, Brown, and Company, Boston, 1907, pp. 289-331; *The Year Books*, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, cit., vol. II, 1908, pp. 63-76 (<http://oll.libertyfund.org/title/2082>); *The Early History of Equity*, *Michigan Law Review*, Vol. 13, No. 4 (Feb., 1915), pp. 293-301 (<http://www.jstor.org/stable/1274509>); *The Relation of the Equity Administered by the Common Law Judges to the Equity Administered by the Chancellor*, *The Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 1 (Nov., 1916), pp. 1-23 (<http://www.jstor.org/stable/787320>)

HOOD JR., John T., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, 19 *La. L. Rev.* (1958) - <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol19/iss1/14>

HOUH, Emily, *"The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?"* (2005). *Faculty Articles and Other Publications*. Paper 103. http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/103

HSU, Berry Fong-Chung, *The Common Law System in Chinese Context: Hong Kong in Transition*, M. E. Sharpe, Inc., New York, 1992

HUANG, Ming-Jye/TSENG, Wang-Ruu, *Taiwan's National Report: Codification in East Asia: Commercial Law*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, pp. 131-136

HUDSON, Alastair, *Equity and Trusts*, eighth edition, Routledge, London and New York, 2015

HUDSON, John, *Common Law - Henry II and the Birth of a State* (http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/henryii_law_01.shtml#two)

HUIZINK, J. B., *Commercial Law*, CHORUS, Jeroen/GERVER, Piet-Hein/HONDIUS, Ewoud (ed.), *Introduction to Dutch Law*, fourth edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2006, pp. 205-225

IAKOVLEV, Veniamin F., *The Arbitrazh Courts and the New Russian Civil Code*, SIMMONS, William (ed.), *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honour of F.J.M. Feldbrugge*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2009, págs. 99-110

IÑESTA PASTOR, Emilia, *La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 65-103

IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, quarta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1999

ISHIKAWA, H., *Codification, Decodification and Recodification of the Japanese Civil Code*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 267-285

JACKSON, Vicki C., *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 *Mont. L. Rev.* 15-40 (2004) – <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>

JACOBSON, Arthur J./McCORMICK, John P., *The Business of Democracy Is Democracy*, The Law School, The University of Chicago, 2005 (http://www.law.uchicago.edu/files/files/261_1.pdf)

JAMES, William, *Pragmatism: A New Name For Some Old Ways Of Thinking*, 1907 - <http://iws.collin.edu/amiller/William%20James%20-%20Pragmatism.pdf>

JENKS, Edward, *The Development of the Teutonic Law*, AA.VV., *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, Little, Brown, and Company, Boston, 1907, pp. 34-87; *The Prerogative Writs in English Law*, 32 *Yale L.J.* 1922-1923, pp. 523-534

JEREZ DELGADO, Carmen/PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, *La Comisión General de Codificación y su Labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones*, RJUAM, nº 19, 2009-I, pp. 155-179

JHERING, Rudolf v., *Culpa in contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição* (tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto), Almedina, Coimbra, 2008

JOHNSTONE, Quintin, *An Overview of the Legal Profession in the United States, How That Profession Recently Has Been Changing, and Its Future Prospects* (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 1888 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1888)

JORGE, João Evangelista/FERNANDES, António Monteiro/FERREIRA, Rogério Fernandes, *Empresa*, POLIS, 2, col. 925-939

JÚNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, ROA, Ano 57 (1997), II, pp. 565-604

JUNYENT BAS, Francisco, *Hacia una nueva conceptualización de la comercialidad en el proyecto de Código Civil y Comercial*, ERREIUS, Compendio Jurídico, tomo 67, pág. 51, Outubro 2012 (<http://www.erreius.com/>)

JUSTO, A. Santos, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, BFD, 71 (1995), págs. 27-96; *O Direito Luso-Brasileiro: Codificação Civil*, BFD 79 (2003), págs. 1-46; *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; *Direito Privado Romano, I (Parte Geral)*, Stvdia Iuridica 50, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011

KANE, Minneh, et al., *SIERRA LEONE: Legal and Judicial Sector Assessment*, Legal Vice Presidency, The World Bank, May 2004 (<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/SierraLeoneFinal.pdf>)

KEITHLY, David M., *Catherine II, the Great* (http://enlightenment-revolution.org/index.php/Catherine_II,_the_Great)

KESSLER, Friedrich/FINE, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, (1964). Faculty Scholarship Series. Paper 2724. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724

KIM, Kon Sik, *Codification in East Asia: Commercial Law*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, pp. 61-79

KIMBALL, Bruce A., *Christopher Langdell: The Case of an ‘Abomination’ in Teaching Practice*, Thought & Action - The NEA Higher Education Journal, Summer 2004, pp. 23-38

KIRBY, William C., *China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-Century China*, LEE, Tahirih V. (edit.), *Foreigners in Chinese Law*, 1997 (ISBN 0-8153-2484-7), pp. 383 e ss.

KLINCK, Dennis R., *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, Surrey, 2010

KNAPP, Viktor, *La Codification du Droit Civil dans les Pays Socialistes Européens*, *Révue internationale de droit comparé*, 1979, vol 31, n° 4, pp. 733-748

KOFFLER, Joseph H./REPPY, Alison, *Handbook of Common Law Pleading*, West Publishing Co., New York, 1969

KÖNDGEN, Johannes/BORGES, Georg, *Commercial Law, Introduction to German Law* (ed. J. Zekoll e M. Reimann), 2ª edição, Kluwer Law International, Haia, Holanda, 2005, págs. 121-142

KOUBI, Geneviève, *Code et codification: du civil à l'incivil*, *Droit et cultures*, n° 48, 2004, pp. 133-144 (<http://droitcultures.revues.org/1748>)

KOZOLCHYK, Boris, *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law*, 40 *La. L. Rev.* (1979). Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol40/iss1/4>

KRAMER, Adam, *Contract Law, An Index and Digest of Published Writings*, Hart Publishing, Portland, USA, 2010

LABAREDA, João, *Sociedades Irregulares – Algumas Reflexões*, AA.VV., *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 177-204

LAIDLER, Pawel, *The Distinctive Character of the Quebec Legal System* (<http://www.ptbk.org.pl/userfiles/file/laidler04.pdf>)

LAMOND, Grant, *"Precedent and Analogy in Legal Reasoning"*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>.

LAMOUREUX, Sophie, *La codification ou la démocratisation du droit*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2001/4 (n° 48), Presses Universitaires de France, pp. 801-824

LANGBEIN, John H., *Bifurcation and the bench: The influence of the jury on English conceptions of the judiciary*, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law From Antiquity to Modern Times*, BRAND, Paul/GETZLER, Joshua (edit.), Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2013, pp. 67-82

LAPORTA, Francisco J., *La Ley y el Lenguaje*, *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, INA – Instituto Nacional de Administração, n° 50, Outubro-Dezembro 2009, pp. 245-259

LAS CASAS, Antonio, *Affidamento Precontrattuale e Rimedi nei Sistemi con "Immunità Precontrattuale"* (http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/lascasas_affidamento.pdf)

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Cronica de la Codificación Española – Codificación Mercantil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1999

LEE, James, *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court*, (http://www.innertemple.org.uk/downloads/education/lectures/lecture_james_lee.pdf)

LEGRAND, P., *Pour le common law*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 44 N°4, Octobre-décembre 1992, págs. 941-947

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um Estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais*, AA.VV., *Direito Industrial*, IV, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 267-284

LEITÃO, Helena, *O Código Civil Português de 1966 nos PALOP e as Tendências de Reforma*, THEMIS, Edição Especial: Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 129-161

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, ROA, Ano 60 (2000), I, pp. 49-71; *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, ROA, Ano 71 (2011), II, pp. 423-445; *Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015; *O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação*, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 9-26

LEQUETTE, Yves, *Vers un Code Civil Européen?*, *Revue Pouvoirs*, 107, 2003, págs. 97-126 (<http://www.revue-pouvoirs.fr/-107-Le-Code-civil-.html>)

LEUPRECHT, Peter, *Contraindre le fort pour affranchir le faible*, *Revue Relations*, n° 705, Dezembro 2005 (<http://www.cjf.qc.ca/fr/relations/>)

LEVI, Leone, *Manual of the Mercantile Law of Great Britain and Ireland*, Smith, Elder & Co., London, 1854

LEYLAND, Peter, *The House of Lords: From Lord Chancellor to Lord Speaker*, il Filangieri Quaderno 2012-2013, ARSAE- Associazione per le ricerche e gli studi sulla rappresentanza politica nelle assemblee elettive, Jovene editore, Roma/Napoli, 2013, pp. 75-87

LE ROUX, Nat, *Elective dictatorship? The democratic mandate concept has become dangerously over-extended*, LSE – The London School of Economics and Political Science, 2014 (<http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/elective-dictatorship-democratic-mandate/>)

LIMA, José Lobo d'Avila, *Da Concorrência Desleal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910 (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235074633174218181901.pdf>)

LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, III, 2ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LISBOA, José da Silva, *Princípios de Direito Mercantil, e Leis de Marinha*, Tom. I, Lisboa, Na Impressão Regia, Anno 1806

LOCRÉ, Jean-Guillaume, *Esprit du Code de Commerce*, Tome Quatrième, Deuxième Édition, Dufour & Cie, Libraires, Paris, 1829 (<https://ia600403.us.archive.org/35/items/espritducodedeco04lochr/espritducodedeco04lochr.pdf>)

LONG, Weidi, *The People's Republic of China (Mainland) Court Hierarchy in Civil and Commercial Matters*, July 2009 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/China-PRC.html>)

LOPES, José Reinaldo de Lima, *A formação do Direito Comercial Brasileiro – A criação dos Tribunais do Comércio do Império*, Cadernos Direito GV v.4 n.6: novembro 2007 (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo).

LORENZEN, Ernest G., "*Causa and Consideration in the Law of Contracts*" (1919). Faculty Scholarship Series. Paper 4560. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4560

LOURENÇO, Paula Meira, *A Indemnização Punitiva e os critérios para a sua determinação*, 2008 (http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf)

LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura, *Notas sobre el Sistema de Justicia y el Poder Judicial en Venezuela*, ACCESO a la justicia.org

LUCENA, Manuel de, *A revolução portuguesa: do desmantelamento da organização corporativa ao duvidoso fim do corporativismo*, *Análise Social*, vol. XIII (51), 1977-3.º, 541-592

LUQUE TALAVÁN, Miguel, *Un universo de opiniones: la literatura jurídica indiana*, Biblioteca de Historia de América, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003

MA, Debin, *Growth, Institutions and Knowledge: A Review and Reflection on the Historiography of 18th-20th Century China*, *Australian Economic History Review*, Vol. 44, No. 3, November 2004 (http://personal.lse.ac.uk/mad1/ma_pdf_files/Australian%20economic%20his.%20review.pdf)

MACHADO, João Baptista, *A Hipótese Neocorporativa*, Obra Dispersa, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pp. 449-465; *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994

MADUREIRA, Nuno Luís, *O Estado, o patronato e indústria portuguesa (1922-1957)*, *Análise Social*, vol. XXXIII (148), 1998 (4º), pp. 777-822 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221844152N2aLM8di5Rd95LR3.pdf>)

MAER, Lucinda/GAY, Oonagh, *The Bill of Rights 1689*, House of Commons Library, Standard Note: SN/PC/0293, 5 October 2009 (www.parliament.uk/briefing-papers/SN00293.pdf)

MAGALHÃES, Barbosa de, *A Revisão Geral do Código Civil, a Autonomia do Direito Comercial e o Problema da Codificação*, ROA 10 (1950), n.ºs 1 e 2, pp. 1-58; *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1951*, ROA 11 (1951), n.ºs. 3 e 4, pp. 364-378

MAGGS, Gregory E., *Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, 71 U. Colo. L. Rev. 541 (2000) - <http://ssrn.com/abstract=1033090>

MAIA, Pedro, *Tipos de Sociedades Comerciais*, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 13-39

MAITLAND, Frederic William, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge University Press, 1907 (<https://archive.org/details/domesdaybook00maituoft>); *The Forms of Action at Common Law*, 1909 (<http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.asp>); *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, ed. H.A.L. Fisher (Cambridge University Press, 1911). Vol. 2.

MAITLAND, Frederic W./MONTAGUE, Francis C., *A Sketch of English Legal History*, G. P. Putnam's Sons, New York and London, 1915, cópia disponibilizada pela Cornell University Library (<http://www.archive.org/details/cu31924069476020>)

MAKUCH, Andrij, *Ukraine (Ukrayina)* (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/612921/Ukraine>)

MALTEZ, José Adelino, *Estado*, Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura, Edição Século XXI, 10, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1999; *Crónica do Pensamento Político, editada em Dili, na ilha do nascer do sol, finais de 2008* (<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/1250-1299/1253.htm>); *Corporativismo*, Tópicos Jurídicos e Políticos, estruturados em Dili, na ilha do nascer do sol, finais de 2008, revistos no exílio procurado da Ribeira do Tejo, começos de 2009 (<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Corporativismo.htm>)

MANDEL, Ernest, *Le capitalisme*, 1981, in Ernest Mandel Archives Internet (http://www.ernestmandel.org/fr/ecrits/txt/1981/le_capitalisme.htm)

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *As Companhias Pombalinas – Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Almedina, Coimbra, 1997

MARIANO, José Gabriel, *O Tribunal Privativo dos Chinas de Macau*, O Direito On Line (<http://www.odireito.com.mo/doutrina/100-o-tribunal-privativo-dos-chinas-de-macau.html>)

MARQUES, A. H. de Oliveira, *História de Portugal*, Edições Ágora, Lisboa, 1973

MARQUES, J. P. Remédio, *Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público*, AA.VV., Direito Industrial, IV, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 199-235

MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, BFD XXIX, Suplemento, 1986; *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra, 2003; *Considerações sobre a vigência do Código Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 89-102; *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2009

MARSEILLE, Jacques, *Le Code de commerce, éternel retardataire*, Enjeux Les Echos n° 232 du 01 Février 2007 • page 098 - <http://archives.lesechos.fr/archives/2007/Enjeux/232-64-ENJ.htm>

MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Filosofia do Direito*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2003; *O Pensamento Filosófico de Portalis*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVII, N.ºs. 1 e 2, Coimbra Editora, 2006; *Economia Política*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

MARTINS, Alexandre de Soveral, “*Empresas na Hora*”, IDET/Colóquios n° 2 (Temas Societários), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 79-105; *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015

MARTINS-COSTA, Judith, *O Projeto de Código Comercial: desnecessário e inoportuno*, Letrado - Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 98, p. 16-17, 2012

MASON, Sir Anthony, *The Use and Abuse of Precedent*, 2ND SIR LEO CUSSEN MEMORIAL LECTURE, 14 November 1987, <http://www.leocussen.vic.edu.au/resources/Lecture%20%20Mason%201987.pdf>.)

MATA, Maria Eugénia, *Sociedades Anónimas: Regulação e Economia*, BCE, XLI, 1998, pp. 347-372

MATOS, Joana Maria Silva Carvalho Campos e, *A Redução do Capital Social e a Tutela dos Credores Sociais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012 (Dissertação de Mestrado) - <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9724/1/tese.pdf>

MCCAULEY, Martin, *A Revolução Russa e o Estado Soviético (1917-1921)*, trad. port., Edições Acrópole, Lda, Alfragide, 1975

MEDINA, Graciela, *Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code*, The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and

Justice 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 43-66

MEIRA, Sílvio, *Os códigos civis e a felicidade dos povos* (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/3/est/est7.pdf>)

MELLO, Gonçalo Sampaio e, *Professores de Direito*, JURISMAT - Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n.º 2 – PORTIMÃO – Maio 2013, pp. 99 - 108

MENDES, José Amado, *A Empresa Bancária em Portugal no Séc. XX: Evolução e Estratégias*, Gestão e Desenvolvimento, 11 (2002), 39-56

MENDES, Marcelo Barroso, *A responsabilidade tributária do administrador da sociedade anónima no caso de falência*, 2007 (<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19837-19838-1-PB.pdf>)

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *Presentacion*, Centenario del Código de Comercio, I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, pp. 15-32

MERÊA, Paulo, *Como nasceu a Faculdade de Direito*, BFD, Suplemento XV, I, 1961, pp. 151-168

MESQUITA, Amílcar da Costa P., *O Direito Comercial até à Lei da Boa Razão no Quadro Económico Português*, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem Aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coimbra Editora, 2007, págs. 189-201 (separata)

MESQUITA, António Pedro Pinto de, *Os direitos do senhorio no caso de trespasses de estabelecimentos comerciais (Relatório)*, ROA, 1942 (Ano 2), I e II, págs. 154-160

MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil*, RLJ, Ano 145º, Nº 3995 (Nov. – Dez. 2015), pp. 78-108

MEZZOMO, Rodrigo, *Novo Código Comercial à vista: preparem-se para mais intervenção!*, Instituto Liberal, 2014 (<http://www.institutoliberal.org.br/blog/novo-codigo-comercial-vista-preparem-se-para-mais-intervencao/>)

MICHELL, Paul, *The Mareva Injunction in Aid of Foreign Proceedings*, Osgoode Hall Law Journal 34.4 (1996): 741-806. (<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol34/iss4/4>)

MIRANDA, Alberto Souto de, *A Autonomia do Direito Comercial*, As Operações Comerciais, Almedina, Coimbra, 1988

MIRANDA, Jorge, *Juízes, Liberdade de Associação e Sindicatos*, Themis, ano XIII, nºs. 24/25, 2013, pp. 7-24

MOISSET de ESPANÉS, Luis, *El nuevo Código civil paraguayo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) (<http://www.acader.unc.edu.ar>)

MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1º, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1955; vol. 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1966

MONCADA, Luís [S.] Cabral de, *A empresa pública e o seu regime jurídico; aspectos gerais*, BFD, separata do número especial “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, Coimbra, 1988

MONREAL ZIA, Gregorio, *Codificación civil y legislación foral de Bizkaia*, AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 185-251

MONTEIRO, António Pinto, *La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal*, *European Review of Private Law*, 2, 1997; *Rebus Sic Stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law*, *European Review of Private Law*, 3, 1998; *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, ROA, 2002 (Ano 62), vol. I; *Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor (A propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português)*, Themis, 2008, Edição Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, pp. 183-206; *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009; *Editorial*, RLJ, Ano 142º, Nº 3976 (Set.- Out. 2012); *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 2014 (2ª reimpressão); *A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor*, RLJ, Ano 143º, Nº 3987 (Julho-Agosto 2014), pp. 376-390; *Banca e cláusulas contratuais gerais (Breve apontamento)*, AA.VV., I Congresso de Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2015; *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, RLJ, Ano 145º, Nº 3995 (Nov.- Dez. 2015), pp. 66-77

MONTEIRO, António Pinto/BARBOSA, Mafalda Miranda, *Harmonização da Linguagem Jurídica ao nível do Direito Contratual Europeu – Breves notas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº 8, Coimbra, 2006/2007, pp. 109-126

MOREIRA, Adriano, *Conceitos Operacionais*, POLIS, 1, col. 1061-1065; *Instituição*, POLIS, 3, col. 578-582

MOREIRA, José Manuel, *A empresa do capitalismo como factor de progresso e de desenvolvimento*, RJUPT, Número Especial, 2002, pp. 147-156; *A Ética contextualizada - A pessoa, o profissional, a empresa, a organização*, Apresentação feita na Ordem dos Engenheiros em 5 de Novembro de 2004 ([http://www.apdsi.pt/uploads/news/id482/jos%C3%A9%20manuel%20moreira%20\(univ.%20aveiro\)_%C3%A9tica_1026_20041105.pdf](http://www.apdsi.pt/uploads/news/id482/jos%C3%A9%20manuel%20moreira%20(univ.%20aveiro)_%C3%A9tica_1026_20041105.pdf))

MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Centelha, Coimbra, 1973

MORIN, Michel, *Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada* (<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2000-tome-60-2-p247.pdf>)

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La Reforma de 2007 del Código de Comercio* (<http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/ArchivosCIJ/0003.pdf>)

MORRISON, James, *Essential Public Affairs for Journalists*, third edition, Oxford University Press, Oxford, UK, 2013

MOTILLA MARTÍNEZ, Jesus, *Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, Interesante Fuente Historica del Derecho Mercantil (versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto)*, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>

MOURA, Vasco Graça, *Acordo Ortográfico: a perspectiva do desastre*, Alêtheia Editores, Lisboa, 2008

MOVSESIAN, Mark L., *Samuel Williston*, Harvard Magazine, 2006 (<http://harvardmagazine.com/2006/01/samuel-williston.html>)

MOYSAN, Hervé, *La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 27, 3 Juillet 2002, I 147

MUHLINSKI, Peter, *The Development of German Corporate Law Until 1990: An Historical Reappraisal*, German Law Journal, Vol.14, No. 02, 01 February 2013 (www.germanlawjournal.com)

MURILLO, Maria Luisa, *The Evolution of Codification in the Civil Law legal Systems: Towards Decodification and Recodification*, J. TRANSNATIONAL LAW & POLICY, Vol. 11:1, 2001, pp. 1-20.

MURPHY, Robert P., *The Chicago School versus the Austrian School*, June 20, 2011 (<https://mises.org/library/chicago-school-versus-austrian-school>)

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, *A quem interessa um novo Código Comercial?*, FÓRUM ABRASCA, Revista RI, Fevereiro 2014, pp. 42-46

NABAIS, José Casalta, *Ainda fará sentido o artigo 104º da Constituição?*, Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 467-488; *Direito Fiscal*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015

NETO, Eugênio Facchini, *A tradição do direito civil do Québec – uma codificação de país de common law*, Revista Justiça e História, vol. 8, n°s 15 e 16 (http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/)

NETO, Francisco dos Santos Amaral, *Os Grupos de Sociedades*, ROA, Ano 47 (1987), II, pp. 589-613

NEVES, A. Castanheira, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 1968-69; *Escola do Direito Livre*, POLIS 2, col. 1021-1032; *Escola da Exegese*, POLIS 2, col. 1032-1046; *Fontes do Direito*, POLIS 2, col. 1512-1578; *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*, O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito, NUNES, António José Avelãs/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-82; *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014

NEVES, Edson Alvisi, *O Tribunal do Comércio no Aparato Estatal do Império*, Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 4, no.2, maio-agosto 2012, p. 213-232

NORONHA, Ricardo Vieira de Campos de Abreu, *A nacionalização da banca no contexto do processo revolucionário português (1974-75)*, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, Junho de 2011 (Dissertação de Doutoramento) - http://resistir.info/livros/ricardo_nacionalizacao_banca.pdf

NUNES, A. J. Avelãs, *Os Sistemas Económicos*, BCE XVI (separata), Coimbra, 1975; *Neo-Liberalismo, Globalização e Desenvolvimento Económico*, BCE XLV (separata), Coimbra, 2002

OFFERHAUS, J., *L'Évolution du Droit Commercial spécialement aux Pays-Bas*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 7 N°2, Avril-juin 1955. pp. 296-310

OLAVARRÍA AVILA, Julio, *Manual de Derecho Comercial*, 3ª edição, Barcelona (Espanha), 1970

OLAVO, Carlos, *Introdução ao Direito Industrial*, AA.VV., Direito Industrial, IV, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 155 -198

OLAVO, Fernando, *Direito Comercial*, I, 2ª edição, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1979

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, Coimbra, 2007

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *Do conceito de consumidor: algumas questões e perspectivas de solução*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº 8, 2006/2007, pp. 467-557

OLIVEIRA, Ilda Helena Martins de, *Economia Social, Pilar de um novo modelo de desenvolvimento económico sustentável*, Instituto Politécnico do Porto, 2012 (http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/1173/1/DM_IldaOliveira_2012.pdf)

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Entre Código da Insolvência e “Princípios Orientadores”*: Um dever de (re)negociação?, ROA, 2012 (Ano 72), vol. II/III, pp. 677-

689; *Contratos de adesão nas relações entre empresas – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Fevereiro de 2005 (Processo nº 1575/05, 1ª Secção)*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, nº 15, Porto, 2012, pp. 239-254

OLIVERA GARCÍA, Ricardo/RIPPE, Siegbert, *Evolución y panorama del derecho comercial uruguayo*, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1989

OPRYSHKO, Dariia, *Enterprise and Union of Enterprises in Ukraine*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 Nº 1, pp. 351 - 365 [2014] (<http://derecho.uc.cl/Revista-Chilena-de-Derecho>)

OWEN, David G., *The Five Elements of Negligence*, Hofstra Law Review, Volume 35, No. 4 Summer 2007, págs. 1671-1686

PACE, Kimberley A., *Recalibrating the Scales of Justice through National Punitive Damage Reform*, American University Law Review 46, no. 5 (June 1997): 1573-1638.

PAINTER, Judge Mark P., *Legal Writing 201 – 30 Suggestions to Improve Readability or How to Write for Judges, Not like Judges* (<http://www.plainlanguagenetwork.org/legal/legalwriting.pdf>)

PALMER, Sir Francis Beaufort/TOPHAM, Alfred Frank, *Palmer's Company Law: A Practical Book for Lawyers and Business Men*, London, Stevens and Sons, 1905 (<http://books.google.com/>)

PARDESSUS, J. M., *Cours de Droit Commercial*, I, Sixième Édition, Henri Plon, Libraire-Éditeur, Paris, 1856 (<https://ia600403.us.archive.org/28/items/coursdedroitcomm01pard/coursdedroitcomm01pard.pdf>)

PATRÃO, Afonso, *Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, BFD 87 (2011), pp. 357-427

PAÚL, Jorge Patrício, *Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial*, ALBUQUERQUE, Ruy/CORDEIRO, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 107-120

PEREIRA, Alexandre Dias, *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, AA.VV., Direito Industrial, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 309-340; *Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, AA.VV., Estudos de Direito do Consumidor, nº 7, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2005, pp. 341-378; *Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento)*, AA.VV., Direito Industrial, V, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 461-475; *Direito Comercial das Empresas*, Editorial Juruá, 2015

PEREIRA, José Manuel, *O Caixeiro e a Instrução Comercial no Porto Oitocentista - Percursos, práticas e contextos profissionais*, Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Dissertação de Mestrado em História Contemporânea), Porto, 2001 (repositorio-aberto.up.pt/.../2/3980TM01CJosManuelPereira000080477.pdf)

PEREIRINHA, José António/CAROLO, Daniel Fernando, *Construção do Estado-providência em Portugal no período do Estado-Novo (1935-1974): notas sobre a evolução da despesa social*, CISEP – Centro de Investigação Sobre a Economia Portuguesa, ISEG – Instituto Superior de Economia e Gestão / Universidade Técnica de Lisboa, 2006 (<https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/2652/1/wp302006.pdf>)

PETERSON, M. J., *Legal Reasoning*, Political Science, University of Massachusetts Amherst International Law, n° 356, fall 2006

PETIT, Carlos, *Oposición Foral al Código de Comercio (1829)*, Documentos para la Historia del Derecho Español, pp. 699-736 (dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134556.pdf)

PIETTRE, André, *Marx et Marxisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1957

PIGNA, Felipe, *El Virreinato del Río de la Plata* (http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/virreinato/virreinato_del_rio_de_la_plata.php)

PIKETTY, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Translated by Arthur Goldhammer, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014 (<http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2014/06/14Thomas-Piketty.pdf>)

PINHEIRO, Luís de Lima, *O Direito Comercial Marítimo de Macau Revisitado*, ROA, Ano 62 (2002), II (www.oa.pt); *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*, Estudos de Direito Comercial Internacional, I, Almedina, 2004, pp. 11-61

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Uma nova modalidade jurídica de financiamento industrial: o 'leasing'*, RDES, Ano XII, N° 4, Outubro-Dezembro 1965, pp. 103-110; *A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos*, BFD (Suplemento XIV), 1966; *Direito Público da Economia*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, polic., 1982-83; *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

PINTO, Fernanda Maria Reis da Fonseca Ferreira, *A Integração de Portugal nas Comunidades Europeias*, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2011 (Dissertação de Mestrado) (<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19158/1/A%20Integra%C3%A7%C3%A3o%20de%20Portugal%20nas%20Comunidades%20Europeias%20-%20Fernanda%20Pinto.pdf>)

PINTO, Paulo Mota, *O Código Civil Português: “De uma possível tendência para o esvaziamento a uma também possível necessidade de reforma”?* *Algumas reflexões*,

Themis, 2008, Edição Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, pp. 25-46

PITASSI, Sandro Lucio Barbosa, *Novas ferramentas para a superação da crise empresarial: Argentina e Brasil*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, pp. 292-308, 2010 (http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_292.pdf)

PLUCKNETT, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, USA, 2010 (reproduced from the fifth edition originally published by Little, Brown and Co., 1956)

POLLOCK, Sir Frederick / MAITLAND, Frederic William, *The History of English Law Before The Time of Edward I*, vol. I, Liberty Fund, Indianapolis (http://lfe-oll.s3.amazonaws.com/titles/2313/Pollock_1541-01_LFeBk.pdf)

POMBO, Olga, *O Método Socrático* (http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/links/met_socrat.htm)

POSNER, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003

POWELL, H. Jefferson, *Cardozo's Foot: The Chancellor's Conscience And Constructive Trusts*, Law and Contemporary Problems, vol. 56, n° 3, Summer 1993, pp. 7-27 (<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4192&context=lcp>)

PRATA, Ana, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2005

PRENTICE, Robert A., “Law &” *Gratuitous Promises*, University of Illinois Law Review, 2007, No 3, pp. 881-938 (<http://www.illinoislawreview.org/volume/2007/#number3>)

PUTNEY, Albert H., *Equity Jurisprudence, Trusts, Equity Pleading*, Popular Law Library, Vol7, Section 11, Cree Publishing Company, 1908 (http://chestofbooks.com/society/law/Popular-Law-7/Section-11-Equity-Acts-In-Personam-And-Not-In-Rem.html#.VK_M0SusX_F)

QUINTÃO, Carlota, *Terceiro Sector – elementos para referenciação teórica e conceptual*, V Congresso Português de Sociologia, 12 a 15 de Maio de 2004, Universidade do Minho, Braga

RADAN & STEWART, *Principles of Australian Equity and Trusts*, LexisNexis, 2001

RADIN, Max, *Law as Logic and Experience*, The Lawbook Exchange, Ltd., Union, New Jersey, 2000

RAFF, Murray/TAITSLIN, Anna, *Property Rights under Socialist Civil Law: Looking Back to the Twentieth Century*, SIMONS, William Bradford (edit.), East European Faces

of Law and Society: Values and Practices, Koninklijke Brill, Leiden, The Netherlands, 2014, pp. 251-306

RAHMATIAN, A. (2004) *Codification of private law in Scotland: observations by a civil lawyer*. *Edinburgh Law Review*, 8 (1). pp. 31-59

RAISER, Thomas, *The Theory of Enterprise Law in the Federal Republic of Germany*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, No. 1 (Winter, 1988), pp. 111-129 (<http://www.jstor.org/stable/840186>)

RAMOS, Maria Elisabete, *Constituição das Sociedades Comerciais*, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-84

RANGEL, Paulo, *A Magna Carta como (pre)texto da superioridade britânica*, *Jornal Público*, 6.01.2015

RAPALLINI, Liliana Etel, *El perfil jurídico del Mercado Común del Sur*, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción - Capital Jurídica del Mercosur, Paraguay, Año 1, N° 1, 2013 (<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/32>)

RE, Edward D., *The Roman Contribution to the Common Law*, 29 *Fordham L. Rev.* 447 (1961). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol29/iss3/2>

REALE, Miguel, *Visão Geral do projecto de Código Civil; A Constituição e o Código Civil; Sanção da Lei N.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, que Institui o Novo Código Civil Brasileiro* (www.miguelreale.com.br)

REID, Elspeth, *Mixed but Not Codified: The Case of Scotland*, *The Scope and Structure of Civil Codes*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 343-368

REIS, Alberto dos, *Processo Ordinário Civil e Commercial*, I, Coimbra, Imprensa Académica, 1907

REIS, Jaime, *A Caixa Geral de Depósitos como instrumento de política económica: o período entre as duas guerras*, *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2º), pp. 255-277; *Introdução*, FARIA, Miguel Figueira de/MENDES, José Amado (coord.), *Dicionário de História Empresarial Portuguesa – Séculos XIX e XX*, I, 1ª edição, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2013

RICKERT, Paul R., *"Legal Positivism: The Leading Legal Theory in America"* (2005). Faculty Publications and Presentations. Paper 46. (http://digitalcommons.liberty.edu/gov_fac_pubs/46)

RIDGES, Edward Wavell, *Constitutional Law of England*, Stevens and Sons, Limited, Law Publishers, London, 1905

RIVERA, Julio César (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book)

ROBLES, Luis A., *Código de Comercio de la República de Colombia*, Imprenta de “La Luz”, Bogota (Colombia), 1899

ROCA GUILLAMON, Juan, *Codificación y Crisis del Derecho Civil*, Anales de Derecho, vol. 8 (1985), pp. 7-31 (<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/82881/79921>)

ROCHA, M. A. Coelho da, *Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal*, 7ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896

RODRIGUES, Adriano Duarte, *Teoria*, POLIS, 5, col. 1158-1161

RODRÍGUEZ PARDO, José Manuel, *La independencia del Paraguay no fue proclamada en Mayo de 1811*, El Catoblepas, número 116, octubre 2011, página 3 (<http://www.nodulo.org/ec/2011/n116p03.htm>)

RODRÍGUEZ URRACA, José, *El Poder Judicial en Venezuela* (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/474/8.pdf>)

ROJO, Ángel, *La Codificación Mercantil Española*, “Centenario del Código de Comercio”, Universidad Autónoma de México, México, 1991, pp. 475-515 (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/25.pdf>)

ROPER, Carl, *Trade Secret Theft, Industrial Espionage, and the China Threat*, Taylor & Francis, New York, 2014

ROSAS, Fernando, *Estado Novo e desenvolvimento económico (anos 30 e 40): uma industrialização sem reforma agrária*, Análise Social, vol. XXIX (128), 1994 (4º), pp. 871-887 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223377862S2yDZ6ad3Zv90JB8.pdf>)

ROSE, Francis, *Commercial Law*, The impact of the UK Human Rights Act on private law, edited by David Hoffman, Cambridge University Press, Cambridge, 2011

SÁ, Nuno Filipe Rodrigues de, *A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC*, Universidade Católica – Porto, Maio de 2014 (Dissertação de Mestrado) (<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16044/1/A%20Tributa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Grupos%20de%20Sociedades%20na%20mais%20recente%20Reforma%20do%20IRC.pdf>)

SÁ, Victor de, *A Reforma Administrativa Liberal que precedeu a de Mouzinho da Silveira*, Revista da Faculdade de Letras (Universidade do Porto), História, série II, vol. 02, 1985, pp. 201-216

SACCO, Rodolfo, *Codificare: Modo Superato di Legiferare?*, Rivista di Diritto Civile, 1983, Parte I (http://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_006641_resource1_orig.pdf); *Prospettive della Scienza Civilistica Italiana all’Inizio del Nuovo Secolo*, (http://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_006603_resource1_orig.pdf); *A Civil Code originated during the war (the Italian Codice Civile)*, The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 32, Springer Science+Business Media Dordrecht, Heidelberg/New York/London, 2013 (e-book), pp. 249-265

SACERDOTI, Adolfo, *Contro Un Codice Unico Delle Obbligazioni*, 1890, Reprint. London: Forgotten Books, 2013. 1-2. Print. (http://www.forgottenbooks.com/readbook_text/Contro_Un_Codice_Unico_Delle_Obligazioni_1300014391/1)

SALAZAR, *Antologia – Discursos, Notas, Relatórios, Teses, Artigos e Entrevistas, 1909-1953*, Editorial Vanguarda, Lisboa, 1954

SALAZAR, Helena, *Breves Notas Sobre A Responsabilidade Pelas Dívidas Contraídas Por Um Dos Cônjuges No Exercício Da Actividade Comercial*, Comunicação apresentada no âmbito das Comemorações dos 35 Anos do Código Civil, Direito da Família e das Sucessões, realizada entre 24 e 26 de Outubro de 2002, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (<http://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/2467>)

SAND, Peter H., *Current Trends in African Legal Geography: The Interfusion of Legal Systems*, 1971 (<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/05/sand-art.pdf>)

SANTO, João Espírito, *Sociedades Unipessoais de Direito Angolano* (com a colaboração de Victor Anjos Santos), Escolar Editora, Lobito (Angola), 2015

SANTOS, Aníbal, *Mercado*, POLIS, 4, col. 175-178

SANTOS, António Carlos dos/GONÇALVES, Maria Eduarda/MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2014

SANTOS, Boaventura Sousa, *A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas* (http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Justica_em_Portugal_Manifesto_2005.pdf)

SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, I, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

SANTOS, Luís Aguiar, *A Crise Financeira de 1891: Uma Tentativa de Explicação*, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, 185-207 (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726298J7kLR2hh1En65AF7.pdf>)

SANTOS, Luís Lima, *A propósito de falências: teorização de problemas contabilísticos*, *Revista de Contabilidade e Comércio*, nº 213, Vol. LIV, Ano 1997, pp. 95-112

SAVARY, Jacques, *Le Parfait Negociant ou Instruction Generale Pour Ce Qui Regarde Le Commerce...*, A Paris, Chez Louis Billaine, M. DC. LXXV (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86207898/f13.image>)

SAKI, Otto/CHIWARENOS, Tatenda, *The Law in Zimbabwe*, *GlobaLex* (http://www.nyulawglobal.org/globalex/zimbabwe.htm#_The_Legal_Profession)

SARDICA, José Miguel, *Os partidos políticos no Portugal oitocentista (discursos historiográficos e opiniões contemporâneas)*, *Análise Social*, vol. Xxxii (142), 1997 (3.º), 557-601

SCARMAN, Leslie George, (1967) "*Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence*," *Indiana Law Journal*: Vol. 42: Iss. 3, Article 3. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol42/iss3/3>

SCHAUER, Frederick, *Precedent*, *Stanford Law Review* February, 1987 39 *Stan. L. Rev.* 571; *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Faculty Research Working Papers Series, August 2007/RWP07-036

SCHAUER, Frederick/ZECKHAUSER, Richard, *The Trouble with Cases*, Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Papers Series, August 2009/RWP09-025

SCHMIDT, Jessica, *The New Unternehmergeellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison*, *German Law Journal*, vol. 9, nº 9, GmbH – Special Issue, 2008, pp. 1093-1108 (<http://www.germanlawjournal.com>)

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro, *Considerações Dogmáticas e Filosóficas do Instituto da Súmula Vinculante*, *RIDB*, Ano 3 (2014), nº 6, pp. 4591-4613

SCHUSTER, A. F., *The German Commercial Code*, Stevens and Sons Limited, Law Publishers, London, 1911

SCOGNAMIGLIO, Margherita, *L'economia di scambio nell'antica Roma*, *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, Anno I, Numero 12, Dicembre 2004 (www.rivista.ssef.it)

SCRUTTON, Thomas Edward, *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant*, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, cit., I, pp. 208-247

SEGHERS, Virginie, *Ce qui motive les entreprises mécènes: Philanthropie, investissement, responsabilité sociale?*, Editions Autrement, Paris, 2007

SEIA, Jorge Alberto Aragão, *O Papel da Jurisprudência na Aplicação do Código das Sociedades Comerciais*, IDET, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008

SEIDL, David, *Luhmann's theory of autopoietic social systems*, Ludwig-Maximilians-Universität München, Munich School of Management, 2004 (http://www.zfog.bwl.uni-muenchen.de/files/mitarbeiter/paper2004_2.pdf)

SELDEN, John, *The Table-Talk of John Selden with a biographical preface and notes by S. W. Singer, FSA*, Second Edition, London, John Russell Smith, 1856

SENDIN, Paulo Melero, *Letra de Câmbio – L. U. de Genebra*, I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1980; *Letra de Câmbio – L. U. de Genebra*, II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982; *Artigo 230, Código Comercial, e Teoria Jurídica da Empresa Mercantil (Um Primeiro Apontamento)*, Separata do número especial do BFD – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia” – 1984, Coimbra, 1989

SERRA, Catarina, *Direito comercial – Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009; *Processo Especial de Revitalização – contributos para uma “rectificação”*, ROA, Ano 72 (2012), II/III, pp. 715-741

SHEEHAN, Colleen, *James Madison: Father of the Constitution*, First Principles, The Heritage Foundation, N° 8, April 8, 2013 (http://s3.amazonaws.com/thf_media/2013/pdf/map08.pdf)

SHERMAN, Charles P., *Romanization of English Law* (1914). Faculty Scholarship Series. Paper 4436. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4436

SHIENTAG, Bernard L., *Lord Mansfield Revisited-- A Modern Assessment*, 10 Fordham L. Rev. 345 (1941), pág. 351. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol10/iss3/1>

SIDERI, S., *Trade and Power: Informal Colonialism in Anglo-Portuguese Relations*, Rotterdam University Press, 1970

SIEMS, Mathias M., *The Divergence of Austrian and German Commercial Law: What Kind of Commercial Law Do We Need in a Globalised Economy?*, International Company and Commercial Law Review, Sweet & Maxwell, Issue 9, 2004, pp. 273-278

SILVA, Henrique Dias da, *Reformas Administrativas em Portugal desde o Século XIX*, JURISMAT, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 65-97

SILVA, João Calvão da, *Locação financeira e garantia bancária*, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1999; *Titul[ariz]ação de Créditos – Securitization*, Almedina, Coimbra, 2003

SILVA, Maria Coeli Nobre da/LEITE, Maria Oderlânia Torquato, *Os Precedentes Judiciais Vinculantes e a Perda da Centralidade do Código no Sistema Civil Law: a Especificidade Brasileira*, RJLB, Ano 1 (2015), n° 2, pp. 1421-1455

SILVA, Marta Lúvia dos Santos, *O trust no Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu e as suas raízes históricas no Direito Romano*, O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 803-823

SINGH, Sir Rabinder, *The Unity of Law - Or The Dangers of Over-Specialisation*, 2013 (<http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/sir-rabinder-singh-speech-society-legal-scholars-centenary-lecture-28112013.pdf>)

SINYAVSKAYA, Maria, *Russian Civil Code: General Characteristics of one of the Recent Codifications*, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial: Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 71-80

SLAPPER, Gary/KELLY, David, *The English Legal System*, Fifteenth Edition, Routledge, London and New York, 2014-2015

SMITS, Jan, *SCOTLAND AS A MIXED JURISDICTION AND THE DEVELOPMENT OF EUROPEAN PRIVATE LAW: Is There Something to Learn from Evolutionary Theory?* (<http://www.ejcl.org/75/art75-1.PDF>)

SOARES, Maria Ângela Coelho Bento/RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional*, Coimbra, 1981 (publicação do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República)

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito público e sociedade técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008

SOLIDORO, Laura, *Annotazioni sullo studio storico del diritto commerciale*, Relazione tenuta all'Università degli Studi di Salerno in occasione del Convegno 'Soggetti e Responsabilità nell'impresa: una prospettiva storico-comparatistica', 28 Aprile 2008 (http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media//rivista/2009/contributi/2009_Contributi_Solidoro_EvoluzioneDirittoCommerciale.pdf)

SOMMERVILLE, J.P., *The decline of Roman Britain* (<http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/123/123%2041%20FallRoman%20Br.htm>); *Edward I* (<http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/123/123%20141%20EdwardI.htm>); *Custom, common law and constitutionalism* (<http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/367/367-044.htm>)

SOUSA, M. Teixeira de, *A Execução das Dívidas dos Cônjuges: Perspectivas de Evolução* (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/M_TEIXEIRA_DE_SOUSA_A_execucao_das_dividas_dos_conjuges.pdf)

SPAULDING, Norman W., *The Luxury of the Law: The Codification Movement and the Right to Counsel*, 73 Fordham L. Rev. 983 (2004), pp. 983-996. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss3/10>

STUBBS, Tim, *Overview of Russian Bankruptcy Law and Practice: What Can Creditors Expect in the Current Crisis?*, 2009 (https://www.usrbc.org/pics/File/Events/LegalConference2009/Tim%20Stubbs%20Bankruptcy%20Law%20presentation_Eng_final.pdf)

STAUBER, Alvin, *Commercial Courts: A Twenty First Century Necessity?*, Judicial Studies Institute Journal, 2007:1, págs. 154-177 (http://www.jsijournal.ie/html/Volume%207/2007%5B1%5D_Stauber_Commercial%20Courts.pdf)

ST. GERMAIN, Christopher, *Doctor and Student (1518) or, Dialogues between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England containing the grounds of those laws together with questions and cases, concerning the Equity thereof*, electronic edition based on the 1874 edition, Lonang Institute, 2006 (www.lonang.com)

STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les résultats de la codification*, RJOI Numéro 4 - Année 2003-2004, pp. 121-129 (<http://www.rjoi.fr>)

STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1833 (http://www.constitution.org/js/js_000.htm)

STREET, Amy, *Judicial Review and the Rule of Law - Who is in Control?*, The Constitution Society, London, 2013

SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela, *O Constitucionalismo Espanhol e Português durante a primeira metade do século XIX (Um Estudo Comparado)*, Historia Constitucional, n. 11, 2010, págs. 237-274 (<http://www.historiaconstitucional.com>).

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *Acciones del Comercio y de la Empresa: Responsabilidad Civil del Empresario-Dueño, de las Empresas Matrices y Filiales frente a Terceros, en la Roma Clásica*, Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador (http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=759&Itemid=55)

SUNG, Yun-Wing, *The China-Hong Kong Connection*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1991

SUNSTEIN, Cass R., *On Analogical Reasoning*, Harvard Law Review, Vol. 106, No. 3. (Jan., 1993), pp. 741-791

SWAIN, Warren, *Lord Mansfield and Lord Denning: some pitfalls and possibilities presented by the great judge approach to legal history and the law of contract*, British Legal History Conference, Oxford, 2007 (http://www.law.harvard.edu/programs/ames_foundation/BLHC07/Swain%20BLHC20071FINAL.pdf)

TADDEI, Marcelo Gazzì, *O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro*, nº 4 (<http://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>)

TEIXEIRA, Nuno Severiano, *Portugal e a NATO: 1949-1989*, *Análise Social*, vol. xxx (133), 1995 (4.º), 803-818

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010

TETLEY, William, *Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)*, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html#int>

TEUBNER, Gunther, *O Direito Como Sistema Autopoiético*, trad. port. de José Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993

THALLER, E., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Troisième Édition, Arthur ROUSSEAU Éditeur, Paris, 1904 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5463941k/f3.image>)

TIMM, Luciano Benetti, “Descodificação”, *constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?*, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Volume 3, Issue 1, 2008, Article 1, pp. 1-27 (<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=lacjls>)

TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America* (<http://www.gutenberg.org/>)

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz/CAMPOS, Diogo Leite de, *A propriedade fiduciária (trust) - Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999

TÖNIES, Christian/ EICKMANN, Marco, *Germany: Modernising the Companies Act*, 2009 (<http://www.iflr.com/Article/2239266/Germany-Modernising-the-Companies-Act.html>)

TRAHAN, J.-R., *An Elementary Treatise of the Civil Law of Louisiana*, vol. I (https://www.laed.uscourts.gov/200th/cle/civil_law_in_louisiana.pdf)

TRAMONTINI, Pierre, *A Locação Financeira e os Aspectos Jurídicos do Valor Residual*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Dissertação de Mestrado), Porto, 2013 (<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/69943/2/13024.pdf>)

TREANOR, William Michael/SPERLING, Gene B., *Prospective Overruling and the Revival of ‘Unconstitutional’ Statutes*, 93 *Colum. L. Rev.* 1902-1955 (1993) (<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1063>)

TULARD, Marie-José, *Le Code de Commerce* (http://www.napoleon.org/fr/salle_lecture/articles/files/codecomm_tulard_fayard.asp)

TWINING, William, *Blackstone's Tower: The English Law School*, Sweet & Maxwell, London, 1994

VACHON, Patrice/MARTINEAU, Fasken, *Une vue d'ensemble du nouveau Code civil du Québec*, Réseau juridique du Québec ([http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon.htm#Historique du Code civil du Québec](http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon.htm#Historique%20du%20Code%20civil%20du%20Qu%C3%A9bec))

VALÉS DUQUE, Pablo, *La Responsabilidad Precontractual*, Editorial Reus, SA, Madrid, 2012

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, vol. I, 10ª edição, 9ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012; vol. II, 7ª edição, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010

VARELA SUANZES, Joaquín, *Sovereignty in British Legal Doctrine*, E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law, Murdoch University, Perth, Western Australia (<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n3/suanzes63nf.html>)

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de (coord.), *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2015

VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1992

VEEDER, Van Vechten, *The English Reports: 1537-1865*, Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. II, Little, Brown, and Company, Boston, 1908, pp. 77-95 (<http://oll.libertyfund.org/title/2082>)

VENTURA, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais - Sociedades por Quotas*, Almedina, Coimbra, 1987, vol. I

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o direito societário (ii)*, Migalhas, 2012 (<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI153738,61044>)

VERONESE, Alexandre, *Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916* (http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero06/escritos%206_13_entre%20os%20dispositivos.pdf)

VICENTE, Dário Moura, *A formação dos contratos internacionais*, Estudos de Direito Comercial Internacional, I, Almedina, 2004, pp. 195-217; *A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação*, Idem, pp. 271-288; *A Responsabilidade Pré-Contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*, R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 34-41, abr./jun. 2004; *O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, 2010 (<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Hok25hMXaWk%3D&tabid=341>); *The Civil Code in Portugal and Goa: Common Heritage and Future Prospects*, 2010 (<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-Moura-The-Civil-Code-in-Portugal-and-Goa->

Common-Heritage-and-Future-Prospects.pdf); *Direito Comparado*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014

VICK, Douglas W., *The Human Rights Act and the British Constitution*, Texas International Law Journal, vol. 37, nº 2, 2002, pp. 329-372 (<https://www.questia.com/library/journal/1P3-114482696/the-human-rights-act-and-the-british-constitution>)

VIOLA, Luigi, *Il vincolo delle Sezioni Unite introdotto dal Dlgs n. 40/2006: ombre e luci*, 27.02.2006 (<http://www.altalex.com/index.php?idnot=10399>)

VIVANTE, Cesare, *Per un codice unico delle obbligazioni*, reproduzido em Scuola superiore dell'economia e delle finanze, Rivista On-line, Ano VII, Número 2, Abril-Setembro 2010 (<http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/sitee4a7.html?page>)

VOGEL, Louis, *Du Droit Commercial au Droit Économique*, RIPERT, G./ROBLOT, R., *Traité de droit des affaires*, tomo 1, vol. 1, 19ª edição, LGDJ, Paris, 2010

VONG, David, *Binding precedent and English judicial law-making* (<https://www.law.kuleuven.be/jura/art/21n3/vong.pdf>)

Von MEHREN, Arthur T., *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions* (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonmehren.html>)

VREY, Rogier W. de, *Towards a European Unfair Competition Law – A Clash Between Legal Families*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2006

WAHLGREN, Peter, *Legal Reasoning - A Jurisprudential Model*, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-10.pdf>

WALLACE, John William, *The Reporters*, Fourth edition published under the superintendence of Franklin Fiske Heard, Carswell & Co., Edinburgh and Toronto, 1882

WAMBAUGH, Eugene (ed.), *Littleton's Tenures*, John Byrne & Co., Washington DC, 1903 (<https://archive.org/details/littletonstenure00littiala>)

WANG, Liming, *The Systematization of the Chinese Civil Code*, CHEN, Lei/van RHEE, C. H. (Remco), edit., *Towards a Chinese Civil Code*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012

WANG, Wen-Yeu/CHIU, Yen-Lin Agnes, *The Defining Characteristics of the Legal Family in East Asia*, WANG, Wen-Yeu (edit.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, pp. 3-18

WEBER, Max, *Concepto y premisas del capitalismo*, El origen del capitalismo moderno, en *Historia económica general (1923-24)*, México, F.C.E., 1978 (<http://www.ual.es/personal/caranda/Max-Weber.pdf>)

WEBSTER, Graham, *The British Under Roman Rule: A Study in Colonialism*, History Today, 1980 (www.historytoday.com)

WEIGAND, Tory A., *The Duty of Good Faith and Fair Dealing in Commercial Contracts in Massachusetts*, Massachusetts Law Review 2004, v88, n4 (<http://www.massbar.org/publications/massachusetts-law-review/2004/v88-n4/the-duty-of-good-faith>)

WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and Its Member States*, EUROPEAN COMMISSION, Internal Market Directorate General, 2002 (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf)

WESSNER, Pierre, *La Distinction de la Responsabilité Contractuelle et de la Responsabilité Délictuelle* (http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280034_P.WESSNER.pdf)

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, trad. port. da 2ª edição alemã (1967) de A. M. Botelho Hespanha, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993

WILSON, Arthur, *The Supreme Court of Judicature Acts 1873 and 1875, Schedule of Rules and Forms and other Rules and Orders with notes*, Stevens and Sons, London, 1875

WOOLF, Lord, *Access to Justice Final Report 2009* (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>)

XAVIER, V. G. Lobo, *Comerciante*, POLIS, 1, col. 985-990; *Direito Comercial*, POLIS, 2, col. 416-428; *Estabelecimento Comercial*, POLIS, 2, col. 1121-1126

YIANNPOULOS, A.N., *The Civil Codes of Louisiana*, 1 CIV. L. COMMENT. 1, 1 (2008) - <http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf>

YOSHIDA, Toshihiro, *The Transformation of the Japanese Commercial Code and its Impact on the Japanese Economy*, MIT, 2007 (<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/39535/173995299.pdf?sequence=1>)

ZHOU, Qi, *Economic analysis of legal standard for deceit in English tort law*, 2008 (http://works.bepress.com/qi_zhou/3)

ZUBIRÍA SAMPER, Andrés de, *La historia de la Rama Judicial en Colombia*, Criterio Jurídico Garantista. Año 3, No. 6. Ene.-Jun. de 2012. issn: 2145-3381. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, págs. 154-187 (http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista6/08_Historia_de_la_rama_judicial.pdf.)

JURISPRUDÊNCIA

- Do *civil law*

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 743/1996 (Monteiro Diniz) - <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html>

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Segunda Câmara Cível, nº 0019814-20.2005.8.19.0001, de 20.09.2006 (Conceição Mousnier) - <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31835/recuperacao-judicial-viabilidade.pdf>

Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 Feb. 2013, rec. 1440/2010 (<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.02.2014 (Maria Clara Sottomayor) - www.dgsi.pt

- Do *common law* (*Table of Cases*)

A & Ors v. Secretary of State for the Home Department (2005) UKHL (*List of Leading Cases of United Kingdom, constitutional law* (<http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf>))

Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. And Others [CA 1975 A. No. 6292] – <http://uniset.ca/other/cs3/1976Ch55.html>

Arthur J S Hall & Co v Simons [2000] UKHL 38, [2000] 3 All ER 673 - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html>

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] EWCA Civ 1 (10 November 1947) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>

Banco de Portugal v Waterlow (BAILII: [1932] UKHL 1) [1932] AC 452 (nº 13) - <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1932/1.html&query=title+%28+waterlow+%29&method=boolean>

Beamish v Beamish - <http://uniset.ca/other/th/9HLC274.pdf>

Broome v Cassell & co. Ltd [1971] CA - <http://swarb.co.uk/cassell-co-ltd-v-broome-and-another-hl-23-feb-1972/>

Buck v Bell (1927) – http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/200#writing-USSC_CR_0274_0200_ZO

Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393 (1932) - <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/393/case.html>

Chartbrook Ltd -v- Persimmon Homes Ltd and Another; ChD 2-Mar-2007
(<http://swarb.co.uk/chartbrook-ltd-v-persimmon-homes-ltd-and-another-chd-2-mar-2007/>)

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1983] UKHL 6 (22 November 1983) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/6.html>

Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd. [1993] AC 534 - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/6.html>

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>

Edinburgh & Dalkeith Railway Co. v. Wauchope (1842) UKHL (*List of Leading Cases of United Kingdom, constitutional law* (<http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf>))

Entick v. Carrington & Ors (1765) EWHC (*List of Leading Cases of United Kingdom, constitutional law* (<http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf>))

Grant v Australian Knitting Mills [1936] AC 85 - <http://www.casebooks.eu/documents/tortLaw/heading6.3.1.C.pdf>

Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company 287 U.S. 358 (1932) - <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/358/case.html#363>

Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965) (<http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/Hoffman.pdf>)

Jackson & Ors v. Her Majesty's Attorney-General (2005) UKHL 56 (*List of Leading Cases of United Kingdom, constitutional law* (<http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf>))

Jones v Kaney [2011] UKSC 13 - <http://ukscblog.com/new-judgment-jones-v-kaney-2011-uksc-13/>

Leech [1994] QB 198 - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1993/12.html>

London Street Tramways Co Ltd v London CC [1898] UKHL 1 - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>

Macarthy's Ltd v Smith [1979] 3 AER 325 - *List of Leading Cases of United Kingdom, cit.*

Malone v. Commissioner for the Metropolitan Police (no.2) [1979] Chancery Division 344 - <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/malone.htm>

McLoughlin v O'Brian [1982] UKHL 3 (06 May 1982) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html>

Morelle Ltd v Wakeling [1955] EWCA Civ 1 (03 March 1955) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1955/1.html>

National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd (2005) - <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat-1.htm>

New Zealand Shipping v Satterthwaite [1975] AC 154 Privy Council - http://www.thomsonreuters.com.au/product/AU/files/720502512/contract_p4_new_zealand_shipping.pdf

Pepper (Inspector of Taxes) v Hart [1992] UKHL 3 (26 November 1992) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html>

Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras [2005] EWCA Civ 891 (<http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawReportsIndex/Mediation%20Data%20Base%20by%20Date.pdf>)

Pierson v Secretary of State [1998] AC 539 - <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1997/37.html&query=pierson&method=boolean>

Proforce Recruit Ltd -v- The Rugby Group Ltd CA 17-Feb-2006 (<http://swarb.co.uk/proforce-recruit-ltd-v-the-rugby-group-ltd-ca-17-feb-2006/>)

R (on the application of 'A') Claimants - v - Home Secretary [2003] EWHC 2846 (Admin) - <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/R-A-v-Home-Office-Admin-27-Nov-2003.pdf>

R (Jackson) v Attorney General [2006] 1 AC 262) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/56.html>

R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Holding and Barnes [2001] UKHL 23 - <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.htm>

R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle [2003] UKHL 13 - <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030313/quinta-1.htm>

R v R [1992] 1 A.C. 599, House of Lords - <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/rvr.htm>

Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant) [2010] UKSC 42 - https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0031_Judgment.pdf

Regina -v- J (rape: marital exemption) [1991] 1 All ER 759 – referido por R v R [1992]

Rylands v Fletcher [1868] UKHL 1 (17 July 1868) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html>

Rookes v Barnard (No 1) [1964] UKHL 1 (21 January 1964) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>

Scotson v Pegg (1861) 158 ER 121 - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1861/J2.html>

Siebe Gorman and Co Ltd v Barclays Bank Ltd ChD [1979] 2 LL Rep 142 (01-Jan-1979) - <http://swarb.co.uk/siebe-gorman-co-ltd-v-barclays-bank-ltd-chd-1979/>

Simms [2000] 2 AC 115 - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/33.html>

SRM Global Master Fund LP & Ors v HM Treasury [2009] EWCA Civ 788 (28 July 2009) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/788.html>

The Case of Prohibitions (1607) - <http://oll.libertyfund.org/pages/1658-coke-prohibitions-del-roy-pamphlet>

The Case of Proclamations (Proclamations, Case of [1610] EWHC KB J22 (01 November 1610) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html>

Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin) (18 February 2002) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2002/195.html>

Tin Council case [1990] 2 AC 418 - <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/1733uk89.case.1/law-ildc-1733uk89>

Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48 (9 July 2008) - <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/48.html>

Walford v. Miles [1992] 1 All ER 453 (<http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>)

Witham [1998] QB 575 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/1997/237.html>)

OUTRAS FONTES

ACTUALIZA – Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, *Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil* (http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxius/Documento_de_alegaciones.pdf)

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, Outubro de 2010 (http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf)

Canada Justice Laws Website (<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/D.html>)

CCI, *En France, Belgique et Allemagne, les juridictions consulaires dominant le paysage de la justice commerciale*, Commerce Internationale, 2007 (<http://www.actu-cci.com/features/193-vers-une-justice-economique-europeenne/10049-en-france-belgique-et-allemande-les-juridictions-consulaires-dominent-le-paysage-de-la-justice-commerciale>)

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *O Novo Processo Civil - Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, caderno I, 2ª edição, Dezembro de 2013 (e-book)

CODIGO COMMERCIAL PORTUGUEZ, Lisboa, Imprensa Nacional, 1833

Código das Sociedades (Projecto), Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1983

CÓDIGO DE COMERCIO PARA LA NACIÓN ARGENTINA, Libreria de la Victoria, 1865 (<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104504586;view=1up;seq=12>)

Código do Consumidor – Anteprojecto, Comissão do Código do Consumidor, Lisboa, Março de 2006
(Existe um Projecto de 2008, não publicado)

Comisión General de Codificación, Sección Primera, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Año LXIII, Enero de 2009 (www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?..)

Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, juin 2005 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf)

Conseil d'État, *L'Influence Internationale du Droit Français*, La Documentation française, Paris, 2001

Consejo de Estado, *Dictamen*, 29/1/2015 - Referencia: 837/2014 (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CED2014837>)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *El Poder Judicial en el Paraguay*, II, Asunción, 2012(http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/El_Poder_Judicial_en_el_Paraguay_tomo_II.pdf)

Cross-border Insolvency within the UK, 2008 (<https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch37-48/chapter42/part%204/PART%204.htm>)

Delegated legislation – Brief Guide, House of Commons, August 2011 (<http://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/Brief-Guides/Delegated-Legislation.pdf>)

Department for Constitutional Affairs, *A Guide to the Human Rights Act 1998*, third edition, October 2006 (<https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/act-studyguide.pdf>)

Department of Justice of Canada, *Canada's System of Justice*, 2005, (www.canada.justice.gc.ca); *Canada's Court System*, 2005, (<http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/pdf/courten.pdf>)

Derechos Forales (Compilaciones Forales) - <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-forales-compilaciones-forales/derechos-forales-compilaciones-forales.htm>

Direcção-Geral do Consumidor, *História Institucional da Defesa do Consumidor em Portugal*, 2009 (www.consumidor.pt)

Find Legal expertise in Guyana, Commonwealth Network, (<http://www.commonwealthofnations.org/sectors-guyana/business/legal/>)

Find Legal expertise in Zambia, Commonwealth Network (<http://www.commonwealthofnations.org/sectors-zambia/business/legal/>)

Guide to Making Legislation, Cabinet Office, July 2014 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/328408/Guide_to_Making_Legislation_July_2014.pdf)

Hong Kong Legal System – Legal Profession (<http://www.hkcliv.org/en/topics/hkLegalSystem/theLegalProfession/answer17.shtml>)

Hong Kong Legal System, The University of Hong Kong, Law and Technology Centre, Community Legal Information Centre, (<http://www.cliv.org.hk/en/topics/hkLegalSystem/all.shtml>)

How to practise in Nigeria, The Law Society of England and Wales (<http://international.lawsociety.org.uk/ip/africa/564/practise>)

India Legal Profession (Advocates Act 1961: <http://www.barcouncilofindia.org/about/about-the-legal-profession/history-of-the-legal-profession/>)

Japanese Law Translation (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>)

La Légistique ou l'art de rédiger le droit, Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie, numéro spécial, Juin 2008 (http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/cjfi/2008/cjfi-special-legistique.pdf)

Le Code Civil du Bas-Canada (En force depuis le 1er Aout 1866), Beauchemin & Valois, Montreal, 1885 (https://ia600500.us.archive.org/2/items/cihm_10769/cihm_10769.pdf)

Legal writing: an overview (http://www.law.cornell.edu/wex/legal_writing)

Legal System of Civil Law in the Netherlands (<http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem011.htm>)

Liberia - Judicial system, Encyclopedia of the Nations, African Law Library (<http://www.nationsencyclopedia.com/Africa/Liberia-JUDICIAL-SYSTEM.html>)

LIBRO DEL CONSULADO DEL MAR, edición del texto original catalán y traducción castellana de ANTONIO DE CAPMANY, Cámara Oficial de Comercio y Navegación de Barcelona, 1965

List of Leading Cases of United Kingdom (<http://www.commonlii.org/in/journals/NLUDLRS/2011/8.pdf>)

Malaysian Legal Profession Act 1976 (http://www.malaysianbar.org.my/legal_profession_act_1976)

Ministerio de Justicia, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Madrid, 2013 (http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf)

Ministério da Justiça, *Código das Sociedades (Projecto)*, Lisboa, 1983 (Separata do Boletim do Ministério da Justiça)

Ministério da Justiça (Gabinete de Política Legislativa e Planeamento), *Reforma do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005

Pakistan Legal Practitioners & Bar Councils Act, 1973 – (http://www.pbbarcouncil.com/downloads/barcouncil_act_amended_2005.pdf)

Projecto de Cooperação CE-PALOP de Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários, Workshops de apoio à revisão dos Códigos Legais, Workshop 3 – Direito Comercial (http://www.legis-palop.org/Palop/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=85&Itemid=68&limitstart=5)

Regulation of Legal Services in Northern Ireland, September 2005 (<http://www.dfpni.gov.uk/regn-legal-serv-ni.pdf>)

Relatório Final da Comissão de Juristas Para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no Âmbito do Senado Federal (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131119-03.pdf>)

SEAFARER SUBJECT GUIDE Q&A KENYA Compiled by Kelvin B. Asige, August 2013 (<http://www.africalegalnetwork.com/wp-content/uploads/2013/08/Seafarer-Subject-Guide.pdf>)

Singapore Legal Profession Act – (<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/assets/documents/linkclickd354.pdf>)

South African Legal System (<http://www.sabar.co.za/legal-system.html>)

Sri Lanka Administration of Justice Law (No. 44 of 1973) - http://www.commonlii.org/lk/legis/num_act/aojl44o1973330/s36.html

The future of legal services in Canada: trends and issues, The Canadian Bar Association, June 2013: (<http://www.cbafutures.org/cba/media/mediafiles/pdf/reports/trends-issues-eng.pdf?ext=.pdf>)

The legal profession in Tanzania, Tanzanian Affairs (<http://www.tzaffairs.org/1984/01/the-legal-profession-in-tanzania/>)

The Telegraph, *Ten core values of the British identity*, 27 Jul 2005 (<http://www.telegraph.co.uk/comment/telegraph-view/3618632/Ten-core-values-of-the-British-identity.html>)

U.S. Patent and Trademark Office, *Report on Patent Enforcement in China*, 2012 (http://www.uspto.gov/ip/global/China_Report_on_Patent_Enforcement_%28FullRprt%29FINAL.pdf)

World Bank, *China Overview, 2014* (<http://www.worldbank.org/en/country/china/overview#1>)

World Bank, *Russia Overview, 2014* (<http://www.worldbank.org/en/country/russia/overview#1>)

Written Ministerial Statement, Draft Consumer Rights Bill, 12 June 2013 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/274789/bis-13-917-written-ministerial-statement.pdf)