



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Carolina de Matos Costa

DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

PASSADO, PRESENTE, E QUE FUTURO;

SUBSÍDIOS PARA UM DEBATE

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais com Menção em Direito Empresarial, orientada pelo Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Carolina de Matos Costa

DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

PASSADO, PRESENTE, E QUE FUTURO;

SUBSÍDIOS PARA UM DEBATE

AUTONOMY OF COMMERCIAL LAW

PAST, PRESENT, AND WHAT FUTURE;

SUBSIDIES FOR A DEBATE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Empresarial, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa.

Coimbra, 2021

Aos meus avós, Armelim e Conceição, fiéis companheiros de muitas horas

Outras tantas houvesse...

RESUMO

Merece o direito comercial a autonomia de que beneficia? Ou, pelo contrário, ao que se assiste é a uma progressiva nivelção da zona privatística, que leva a que o direito comercial irremediavelmente se dilua no direito comum, perdendo o seu lugar à parte nos quadros da lei e da ciência?

As relações privadas são reguladas pelo direito civil e pelo direito comercial. Neste contexto, há um sistema de normas reguladoras, de um modo geral, das relações entre os particulares, que é o direito civil; e depois, o direito comercial, que disciplina uma certa parte desse grupo mais vasto das relações jurídico-privadas: as relações derivadas do exercício do comércio e actividades afins. Sabendo a autonomia *de jure constituto*, do que se tratará nesta dissertação é de a problematizar, discutindo se a ela deverá haver lugar *de jure condendo*. No fundo, de pensar os dois momentos inescapáveis da identificação do direito comercial — critério e âmbito, variáveis intimamente relacionadas —, os efeitos que sobre elas tiveram os diferentes momentos históricos, e de que forma isso influenciou, e influencia, a discussão sobre a posição do direito comercial.

Se na sua origem era o direito comercial o direito dos comerciantes, um direito eminentemente subjectivista, a Revolução francesa e os ideais que carrou, em particular o da igualdade entre os cidadãos (*in casu*, o comerciante e o não comerciante), levaram a que se desse uma mudança de matriz e a que direito comercial passasse a ser o direito do comércio, eminentemente objectivista. As dificuldades no momento da definição de acto de comércio, a exiguidade do regime a que por essa via se chegava, a par de uma pretensa homogeneidade da nossa constituição social; tudo isto concorreu para que por muitos se entendesse que o direito comercial não mais se identificaria com a função que justificara o seu surgimento — a de providenciar respostas especiais para necessidades especiais —, e que, por isso, não mais se justificaria a sua existência autónoma.

Mas se de facto, numa óptica objectivista, se perdia a razão de ser da persistência de um direito privado especial do comércio, o que se fez foi ensaiar novas bases para o direito comercial do século XXI. Das teorias em volta das necessidades do grande tráfico; às da forma sob que concretamente se manifestava a realização desses actos; chegou-se à

construção do direito comercial como um direito das organizações características do comércio sistemático. Essas organizações não são outra coisa senão a moderna empresa ou estabelecimento comercial.

Mas se é verdade que o *jus commercii* só ganhará sentido e autonomia se pensado correlatamente com as empresas, não será isto o mesmo que dizer que será o direito comercial o estrito direito das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia, Empresas, Objectivismo, Subjectivismo, Unificação do direito privado

ABSTRACT

Does commercial law deserve the autonomy it enjoys? Or, on the contrary, what are we witnessing is a progressive leveling of the private zone, which leads to commercial law being irremediably diluted into common law, losing its separate place in the framework of law and science?

Private relationships are regulated by civil law and commercial law. In this context, there is a system of regulating norms, in general, of relations between individuals, which is civil law; and then, commercial law, which regulates a certain part of this broader group of legal-private relations: relations derived from the exercise of commerce and related activities. Knowing *jure constituto* autonomy, what this dissertation will deal with is to problematize it, discussing whether it should have *jure condendo* place. Basically, to think about the two inescapable moments of the identification of commercial law — criteria and scope, closely related variables —, the effects that the different historical moments had on them, and how this influenced, and influences, the discussion about the position of commercial law.

If at its origin commercial law was the right of merchants, an eminently subjective right, the French Revolution and the ideals it brought about, that of equality between citizens (*in casu*, the trader and the non-trader), led to a change of matrix and to commercial law becoming the right of commerce, eminently objectivist. The difficulties at the time of defining the act of commerce, the smallness of the regime that was reached in this way, together with the alleged homogeneity of our social constitution; all of this contributed to the understanding by many that commercial law would no longer identify with the function that justified its emergence — that of providing special answers for special needs — and that, therefore, its autonomous existence would no longer be justified.

But if in fact, from an objectivist point of view, the *raison d'être* of the persistence of a special private right of commerce was lost; what was done was to rehearse new bases for commercial law in the 21st century. Theories surrounding the needs of the big traffic; of the concrete form in which the performance of these acts was manifested; it came to the construction of commercial law as a right of organizations characteristic of systematic

commerce. These organizations are nothing other than the modern business or commercial establishment.

But if it is true that *jus commercii* will only gain meaning and autonomy if it is thought correlated with companies, this is not the same as saying that commercial law will be the strict law of companies.

KEYWORDS: Autonomy, Companies, Objectivism, Subjectivism, Unification of private law

SIGLAS E ABREVIATURAS

a. C.	—	Antes de Cristo
ADHGB	—	<i>Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch</i>
ALR	—	<i>Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten</i>
Art.	—	Artigo
BGB	—	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	—	Código Comercial
CCiv.	—	Código Civil
Cf.	—	Confira
Cit.	—	Citado(a)
Cont.	—	Continuação
CSC	—	Código das Sociedades Comerciais
d. C.	—	Depois de Cristo
DL	—	Decreto-lei
Ex.	—	Exemplo
HGB	—	<i>Handelsgesetzbuch</i>
Loc. cit.	—	<i>Loco citato</i>
N.º	—	Número
Op. cit.	—	<i>Opus citatum</i>
[P]	—	Parágrafo
P.	—	Página
Pp.	—	Páginas
Séc.	—	Século
Sep.	—	Separata
Ss.	—	Seguintes

T.	—	Tomo
Tb.	—	También
V.	—	Veja
V.g.	—	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	—	Volume

ÍNDICE

	Pág.
RESUMO	4
ABSTRACT	6
SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO: RAZÃO DE ORDEM; METODOLOGIA	13
CAPÍTULO I — PRELÚDIO DE UMA AUTONOMIA; PLANO GERAL E PLANO NACIONAL	18
SECÇÃO I — PLANO GERAL	18
1. No direito romano	18
2. O sistema feudal e seu declínio; o reavivamento do comércio	23
3. A criação de regras especiais para regular o comércio	27
4. Cont.; características do direito comercial primevo	32
5. A Idade Moderna e a Revolução Francesa	34
SECÇÃO II — PLANO NACIONAL	37
6. Enquadramento/Generalidades	37
7. No início da nacionalidade	38
8. As Ordenações	39
9. A administração de Marquês de Pombal	42
10. A Revolução Francesa e o movimento de codificação; o Código Ferreira Borges	43

	Pág.
11. Cont.; o Código Veiga Beirão	46
 CAPÍTULO II — A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL:	
TERMOS DA DISCUSSÃO E SUA EVOLUÇÃO	49
1. A Revolução Francesa e o que implicou	49
2. Cont.; as codificações mercantis oitocentistas	51
3. O "objectivismo" e a autonomia do direito comercial	55
4. Cont.; o direito comercial "objectivo" e a tendência do direito comercial para se fundir com o direito civil	57
5. A doutrina da unificação dos dois ramos do direito privado	61
6. <i>Excursus</i>	66
7. Posição do direito comercial face ao direito civil	66
8. Cont.; autonomia diferente de independência	69
9. A autonomia do direito comercial; as diferentes acepções	70
10. A doutrina da autonomia substancial dos dois ramos do direito privado	73
11. Cont.; a ideia de uma constituição homogénea não se oferece, ainda hoje, como minimamente verosímil	78
12. Não se logrou impor a tendência unificadora; a retractação de Vivante	80
13. O movimento de resistência à tendência unificadora; da perspectiva clássica dos actos de comércio	81
14. Cont.; suas limitações	83

	Pág.
15. A herança que deixou: o volte-face de base	85
16. Cont.; a produção em massa de actos jurídicos como critério de aplicabilidade dos preceitos jurídico-mercantis	86
17. Cont.; a, porventura, já implícita concepção do direito comercial como direito das empresas	86
18. Cont.; o direito comercial como direito das empresas: construções	88
19. A desadequação do direito comercial como estrito direito das empresas	90
20. O direito comercial existe fundamentalmente para a empresa, que é para ele "princípio energético"	93
21. Cont.; quais os interesses à volta das empresas que providenciam que se conceba o direito comercial moderno como domínio específico da fenomenologia jurídica	95
22. Cont.; nestes termos, qual o âmbito do direito comercial	98
CONCLUSÕES	100
BIBLIOGRAFIA	103

INTRODUÇÃO

RAZÃO DE ORDEM; METODOLOGIA

Escrevia assim VEIGA BEIRÃO

O Direito não é, por certo, a vida, como um brilhante escriptor o quiz definir com maior emphase do que justeza, mas é, sem duvida, condição da vida.

Com effeito, o homem, unico ser intelligente, foi creado para realizar um fim determinado, qual o aperfeiçoamento moral, intelectual e physico do individuo e da especie. A approximação successiva da humanidade d'esse fim constitue o progresso.

O conceito de um fim a realizar faz presupor fatalmente o emprego do meio a isso adequado.

Esse meio é o Direito, ou seja, a faculdade de praticar ou deixar de praticar certos factos.

O fundamento, pois, do Direito é a propria natureza humana.

(...)

Só o homem, pois, é susceptivel de direito e, juridicamente fallando, só elle tem capacidade ou, o que o mesmo é, personalidade.

Não pode, porém, o homem, entre fraco e desprovido de elementos para lutar contra a natureza, proseguir o seu fim, abandonado a si proprio. Precisa do convivio dos seus semelhantes, afim de que todos cooperem para o fim commum, e por isso, mau grado os sonhos e as utopias de alguns philosophos, a sociedade é o seu estado natural.

O Direito vem, pois, consequentemente a exercer-se na sociedade.

E', portanto, n'esse meio que ha a estudar o exercicio do direito na reciproca e reflexa acção do homem em relação aos outros homens ou sejam as relações criadas e adquiridas entre uns e outros.

Mas, para que assim possa ser, torna-se necessario quem outrem não impeça n'uns casos e n'outros auxilie a acção do direito.

Essa necessidade é a obrigação: e assim todo o direito corresponde a uma obrigação.

A noção do direito envolve, afinal, implicitamente, a idéa de relatividade e a de coacção.

A respeito do que levamos dito, é por tal modo demonstrativa a fabula attribuida ao genio do divino Platão, que não duvidamos, ao uso dos antigos philosophos, resumi-la.

Prometheu, tendo recebido o divino encargo de conferir a cada animal os dotes e faculdades que mais congruentes lhes fossem, delegou tal missão em Epithemeu. Este

atribuiu aos diversos animais armas, coberturas, alimentos e a faculdade de correr, voar ou nadar. Esqueceu, porém, o homem. Sem saber que fazer, recorreu a Prometeu. Este, vendo todos os animais devidamente apercebidos, só encontrou o homem nú, carecido de vestuário, calçado, habitação e armas. Foi então que roubou o fogo celeste, entregando-o ao homem. D'ahi veio para este o conhecimento do Creador, a arte de falar, de se vestir, alimentar e construir moradia. Viviam porém, ainda assim, os homens dispersos e houve receio de que não pudessem resistir aos outros animais, congregados contra elles. Foi então que começaram a congregarem-se em cidades. Mas ainda n'estas circunstancias, como não tinham a arte de conviver, surgiu de novo receio de que se destruíssem uns aos outros. Foi então, para que a vida commum se tornasse possível, que os deuses os presentearam com o Direito e a Moral.¹

De todos os ramos do direito, é o direito privado o que mais de perto assiste toda a existência do homem: o direito privado, como escrevia BRAGA DA CRUZ, sente-o o homem, ligado ao mais íntimo da sua vida e do seu ser; compreende-o como algo que brota naturalmente de dentro de si mesmo. É, por isso, onde o peso da tradição se faz sentir mais intensamente.² E por essa razão oferece também mais interesse histórico-jurídico. Todas estas considerações valem particularmente na tradição jus-comercialista, onde a relação entre o conhecimento do passado, análise do presente e propostas para o futuro é mais profunda.³

Escolhemos tratar neste lugar a questão — se bem julgamos, de primeira linha quando se pensa o direito comercial — de saber se é (*rectius*, se se deve manter) o direito comercial um direito autónomo. Tratar, é certo, mas como que *laconicamente*, qual relevante problema num ramo da enciclopédia jurídica com tão profundas e fasciculadas raízes na história e tão valiosa e vasta literatura.

A autonomia do direito comercial pode ser apreciada do ponto de vista *formal* ou *legislativo*, do ponto de vista *substancial* ou *jurídico*, e ainda do ponto de vista *científico* ou *didáctico*, pese embora este último se admita sem interesse de maior para o que se pretende aqui discutir. Conforme o entendimento comum, certo ramo de direito é formal ou legislativamente autónomo quando suas normas essenciais se enquadram em um código ou corpo de leis próprio. Por outro lado, determinado ramo de direito será substancial ou

¹ "Direito Commercial em Portugal", in *O Direito*, T. XLVI (1914), pp. 2 e 3.

² "Formação história do moderno direito privado português e brasileiro", in *Separata da Scientia Iuridica*, 4, 1954 (pp. 7-37), pp. 7 e 8.

³ GALGANO, *História do Direito Commercial*, p. 19.

juridicamente autónomo sempre que um conjunto de categorias jurídicas se subtrai à disciplina do direito comum e se regula por um complexo de regras investido em sistema, enquanto se baseia em certos princípios que lhe são inerentes. Do que deixamos dito, não parece haver dúvida de que no estado actual do nosso sistema jurídico o direito comercial beneficia quer de autonomia formal quer de autonomia substancial. Conquanto seja assim *de jure constituto*, discute-se se o deve ser *de jure condendo*.⁴ Pois que não somos daqueles, como também não era HINTZE RIBEIRO, que, formando um ideal de justiça, o julgam eterno e invariavelmente fixo. Não; também nós entendemos que as sociedades se renovam, as instituições se transformam; que as fases da filosofia se sucedem, as correntes do pensamento se transmudam; e que um tal ideal acaba por submergir no pélogo do passado, ante uma mais nova e mais vivida concepção da justiça que surge a lume, "atravez do incessante revolustear dos espiritos".⁵

O direito comercial nasce — com especificidade e autonomia — no advento de particulares exigências, exigências estas que eram do direito comum desconhecidas e às quais não estava habilitado a dar resposta. Exigências que, com a evolução do pensamento jurídico, profunda e naturalmente influenciado pelos condicionalismos vários de cada momento histórico, se entendeu, a dado momento e por algumas vozes autorizadas, não mais terem lugar. Desaparecendo essas particulares exigências, perder-se-ia a razão de ser do particularismo deste direito — que acabaria por sucumbir ao fenómeno da unificação do direito privado. E assim porque, de facto, pensado numa matriz objectivista, radicada na teoria dos actos de comércio, sem a antiga (e genética) relação umbilical à pessoa do comerciante, se confrontava com a dificuldade — ou antes, impossibilidade — de construir um critério que lograsse delimitar com segurança as fronteiras entre um e outro direito. E daqui se convolava para a tese da homogeneidade da vida sócio-económica, que não se compatibilizaria — porque para tanto não haveria justificação — com um tal particularismo. Tudo isto reverteu para que por muitos se entendesse que não mais haveria lugar à sua autonomia, cuja subsistência decorria não de outra coisa senão de uma qualquer inércia, ao arrepio do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas. Que o direito comercial em nada já se identificaria com o papel que outrora desempenhara, o de providenciar respostas especiais para necessidades especiais.

⁴ Como escrevia FERNANDO OLAVO, *in Direito Comercial*, vol. I, 2ª edição (2ª reimpressão), p. 17.

⁵ *In Da reforma da legislação comercial*, pp. 9 e 10.

Só que, segundo outras vozes, também elas autorizadas, ainda que seja legítimo que nos interroguemos sobre a sua subsistência enquanto ramo de direito autónomo relativamente ao direito privado comum; mais legítima será, porventura, a interpelação para uma mudança de matriz do direito comercial; uma sua refundação de base que permita que se formule um critério delimitador claro do âmbito dos dois direitos — âmbito e critério, momentos inescapáveis da identificação do direito comercial, que estão, é sabido, umbilicalmente ligados, mas, porventura, as mais das vezes como que desalinados —; que, no fundo, se preste à compreensão das realidades a que este ramo jurídico se dirige e que o justificam, desmistificando os prenúncios da homogeneidade e, por essa via, arrede os augúrios da unificação.

São estes, corridos ao de leve, os termos da discussão.

Para tanto — e porque não se pode julgar conhecer o que *é* sem se conhecer o que *foi*; e assim para que se possa sondar como *será* (ou melhor, como *deverá ser*) — partiremos, no capítulo I, pelos meandros da história do direito comercial, procurando averiguar qual o momento e conjuntura em que surge, com especificidade e autonomia, quer do ponto de vista da história *geral*, quer do ponto de vista da história *nacional*, e, bem assim, procurando apurar quais as motivações daquela que foi a sua mudança de matriz. Para depois, já no capítulo II, dar conta da relação dessa mudança de matriz com o advento das orientações unificadoras dos dois direitos, particularmente naqueles que são os seus argumentos e partidários. Seguidamente, e com base num esforço de clarificação dos termos fundantes da discussão, procurar-se-á analisar as orientações que defendem a autonomia do direito comercial, seus argumentos e partidários; quer tradicionalmente, quer sob as vestes mais recentes, acompanhando o caminho que foi feito, nas suas várias construções, entre um e outro momento.

Haverá pontos que, pese embora relacionados com o tema que nos propomos estudar, porque escolhas haviam que ser feitas entre margens porventura curtas, não serão aqui tratados. Haverá outros que, por entendermos inevitável que o caminho que escolhemos percorrer por eles houvesse que passar, serão analisados em momento próprio, ainda que na certeza de que muito mais sobre eles pertenceria dizer. Para mais não haveria espaço e por isso se tem consciência das limitações deste estudo. Mas também, e como escrevia PIRES

CARDOSO⁶, as mais das vezes, do que só existe em potência do espírito até à sua concretização em obra formal, vai uma lonjura tão grande como do Céu para a Terra. Será, porventura, tal-qualmente esse o nosso caso.

Traçadas ficam as coordenadas segundo as quais nos orientaremos. Numa tentativa de, sobretudo, sistemática dos dados da discussão. Será esse, ao menos, o nosso esforço.

Mais se diz que este escrito segue redigido de acordo com a antiga ortografia.

⁶ Na introdução do seu *Noções de Direito Comercial*.

CAPÍTULO I

PRELÚDIO DE UMA AUTONOMIA; PLANO GERAL E PLANO NACIONAL

Observação geral, simples e vulgar é a de que cada aspecto da vida social denota necessidades varias em cada meio considerado. Assim a vida economica, assim a vida politica, assim a vida commercial, assim a vida ou actividade financeira, assim todos os aspectos da episodica vida social.

Bastará uma ligeirissima attenção para surprehender em cada um desses *meios* um complexo de necessidades, diversas já no desenvolvimento da vida politica, já no desenvolvimento da vida commercial, que urge contentar, assegurando a mais solida, conciliadora e facil maneira de que todos os individuos no respectivo meio observados possam, sem melindre, realizar os proprios interesses.

Assim surge uma noção mui singela do Direito e a utilidade e a conveniencia e a necessidade de, a cada de taes aspectos da vida social, acorrer com as normas satisfactorias do Direito.

A vida commercial sente assim, desde os primeiros tempos em que se compõe, uma somma de necessidades próprias, o desejo de um conjuncto de providencias que lhe sejam particulares porque particular é também a naturêsa, particulares as circumstancias da vida commercial, pois que dentro della surgem manifestações de actividade que a vida politica ou meramente civil não offerecem.⁷

SECÇÃO I — PLANO GERAL

1. Como ponto de partida, importante é notar que só se pode falar, em sentido próprio, de "direito comercial" relativamente às sociedades onde tenha vigorado um corpo específico de normas cuja função exclusiva tenha sido a de regular a actividade comercial.⁸

⁷ PINTO COELHO, *Direito Commercial — exposição das lições proferidas pelo Exmo. Sr. Dr. Pinto Coelho e colligidas por João Maria de Magalhães Collaço*, pp. 5-6.

⁸ GALGANO, *História do Direito Commercial* (tradução de J. ESPÍRITO SANTO), p. 26. Observação clara para GOLDSCHMIDT, para quem não existe direito comercial onde "a organização do tráfego mercantil está sujeita às mesmas normas jurídicas que regem a troca de bens em geral". Cf. *Storia Universale del Diritto Commerciale* (tradução de VITTORIO POUCHAIN e ANTONIO SCIALOJA), p. 12.

A assim ser, parece justo asseverar que a civilização romana, não obstante ter conhecido um tráfego comercial florescente — e onde, de resto, se assinalam algumas instituições jurídicas relacionadas com o comércio⁹ —, não teve um direito comercial.¹⁰⁻¹¹

⁹ Sobre a terminologia jurídica romana alusiva ao exercício da actividade comercial, vide CERAMI/PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano: Profilo Storico*, 3ª edizone, pp. 15-20.

"(...) tal direito [do comércio em Roma] apresenta, em germe, em estado imperfeito e incompleto, os caracteres desenvolvidos pelas legislações comerciais modernas sobretudo as legislações alemã e italiana, mais adiantadas que a francesa. Impelida pelas necessidades da vida pôde a prática romana ter obscuramente sentido a necessidade de dar às instituições comerciais privadas certos traços particulares, jamais, entretanto, elevados, pelos jurisconsultos romanos, à categoria de princípios teóricos." por CASTRO CÔRREA, "Existiu, em Roma, Direito Comercial?" em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXV (1970), p. 102, onde se acerca dos caracteres comuns das instituições de direito privado tendentes a, não obstante não ter existido em Roma ramo jurídico próprio das instituições comerciais, satisfazer as necessidades interiores das transacções comerciais.

¹⁰ Damos início ao nosso caminho com a época romana. De lado fica tudo quanto diz respeito à época pré-romana por entendermos que a disciplina jurídica do comércio de então não oferece dados (tão) relevantes para aquele que é o quadro a partir do qual se dá a emancipação do Direito Comercial — com autonomia e especificidade —, pese embora cientes da sua importância, nomeadamente entre certos povos antigos, como os Fenícios, os Assírios, os Babilónios e, nos já mais próximos, os Gregos. Ademais se assinala a sinuosidade do caminho que do seu estudo se inteiraria, descrito como tarefa "não só ingrata como quasi inutil, porque os meios de estudo seriam forçosamente imperfeitos, o historiador não saberia *collocar-se* em taes epocas, e, alem de tudo, as condições de outr'ora são tão diversas que o interesse se limitaria a uns apaixonados commercialistas historicos" — "não nos oferece o interesse romântico e o colorido pitoresco, escrevia PAULO MERÊA, que constituem o atractivo da história em geral, por isso exerce pouca sedução sobre os espíritos que necessitam de estímulo para o estudo da verdade; não obstante, tem um interesse impercível para aqueles que possuem a coragem de se lhe consagrar" ("A tradição romana no nosso direito medieval", *Estudos de História do Direito I: Direito Português*, pp. 270-271) —. Diferente é já o caso dos Gregos, em que, e ainda que timidamente, "a par com determinações regulando a actividade mercantil de mera ordem publica, se apontam já preceitos legislativos quanto á forma de regular os contratos commerciaes, quanto á constituição das obrigações mercantis, á escripturação particular dos commerciantes, querendo alguns mesmo denunciar já entre elles a existencia e uso da letra de cambio". PINTO COELHO, *Direito Commercial* cit., pp. 6-7. Para a narrativa de alguns destes "apaixonados commercialistas historicos" vide GOLDSCHMIDT, *Storia Universale del Diritto Commerciale* cit., pp. 41 e ss.; ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, pp. 2 e ss.; NAVARRINI, *Trattato elementare de Diritto Commerciale*, vol. I, 5ª edição, pp. 11 e ss.. Acercando-se em particular do período da Grécia Clássica (não deixando, porém, de advertir para a certamente incomparável relação entre o direito civil e o direito comercial gregos com a análoga entendida hodiernamente, já que os termos em que essa relação subsiste se afiguram de natureza muito diferente), ENRICO PAOLI, "L'autonomia del Ditto Commerciale nella Grecia Classica" in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXIII (1935), I, pp. 36-54. LANGLE RUBIO chama ainda à atenção para as reflexões das "mais altas e representativas" figuras do conhecimento destes povos, procurando apurar a fiabilidade da crença difundida segundo a qual os grandes mestres quer da civilização helénica quer da civilização romana não terão sabido escapar dos preconceitos de seus contemporâneos, *in casu* o desprezo pelos mercadores e suas negociações. Enquanto Aristóteles desprezava o comércio, porque a sua preocupação era o dinheiro e o seu objectivo era a obtenção de riqueza e opulência ilimitadas; ao projectar uma organização democrática do poder na sua obra, *Política*, coloca os mercadores entre as mais desprezíveis classes sociais; Platão terá tomado diferente partido, ao afiançar pela utilidade do comércio na *República*: não se opunha à riqueza em si, mas tão-somente às más paixões que despertava; quando alude ao "espírito de interesse que caracteriza os fenícios e egípcios", não atira contra o comércio lícito, mas sim contra a corrupção dos costumes. Cícero terá mostrado ter parecer análogo ao de Aristóteles, entendendo, em *Da república*, que a ruína de Cartago, Corinto e de toda a Grécia foi explicada pela "vida errante dos cidadãos que, pelo desejo de navegar e comerciar, abandonaram o cultivo dos campos e o manejo das armas", atribuindo a culpa aos fenícios, que, dizia, tinham sido "os primeiros que, com o seu comércio e mercadorias, trouxeram a ganância, o luxo e uma infinidade de necessidades insaciáveis para a Grécia". Cf. *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. I, pp. 107 e ss..

O que dizer sobre este estado de coisas?

A causa do gorado desenvolvimento de um direito comercial especial não deve procurar sustentar-se numa pretensa escassa importância do comércio romano.¹² Em boa verdade, o progressivo alargamento do domínio do Império; a circunstância de ser capital dum Estado que dominava todas as praças comerciais da época; e emprestando a *pax romana*, durante o período da hegemonia de Roma, segurança e tranquilidade pelo mundo;

¹¹ Escorando-se na doutrina de CARLO FADDA (*Instituti commerciali del diritto romano — Introduzione*: Reimpressão 1987, com notas de LUCIO BOVE), que procurou demonstrar que o Direito romano estaria dotado dos diversos institutos comerciais, ideia que terá sido retomada por HUVELIN (*Études d'Histoire du Droit Commercial Romain: Histoire Externe — Droit Maritime*) e por GUISEPPE VALERI ("Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale", *Rivista di Diritto Commerciale* XLI (1943), I, pp. 21-45), MENEZES CORDEIRO procura contrariar a orientação, no seu dizer muito em voga na literatura francesa, de que o Direito comercial apenas viria à luz nos burgos medievais. De acordo com o Autor, para além de institutos especializados claramente comerciais, deve ter-se em conta que o Direito romano, particularmente após a criação dos *bonae fidei iudiciae*, nos finais do sécs. II a. C., e justamente em obediência às necessidades do comércio, ter-se-á dotado de contratos consensuais, flexíveis, equilibrados e acessíveis a *cives* e a *peregrini*; a essa luz, poder-se-á afirmar, em seu juízo, que todo o Direito romano, designadamente no campo das obrigações e dos contratos, era Direito comercial — que se teria formado por oposição ao velho *jus civile*, consubstanciado nas *legis actiones* e inadaptável ao comércio, pela sua rigidez e formalismo. No seu entender, tendo-nos deixado o Direito romano institutos aptos a desenvolver o tráfego comercial e a profissão de comerciante, não terão eles sido articulados em sistema dado o próprio Direito romano não ser, à época, sistemático. Para tanto, *vide Direito Comercial*, 4ª edição, revista, actualizada e aumentada, pp. 48-51. Em sentido idêntico correm CERAMI/PETRUCCI que, a par do avançado *supra*, consideram infundada a ideia de estranheza à história jurídica de Roma de uma reflexão científica correlata e autónoma na mesma medida da estranheza a uma lei especial do comércio: porque subjaz a identificação da especialidade e da autonomia relacionada, que podem por vezes derivar — como no actual sistema de codificação italiano — exclusivamente da especialidade substancial do fenómeno jurídico regulamentado; lançando também mão da lição do romanista FADDA (*Ibidem*, p. 60 e ss.), que acreditava que os romanos tinham um conceito substancialmente exacto da especialidade do direito comercial, e que apenas lhe teria faltado — assim como a muita legislação *moderna* — o encontro de todas essas disciplinas especiais num único corpo de leis, com princípios e normas particulares. Cf. *Diritto Commerciale Romano* cit., pp. 10 e ss..

¹² Partindo de uma ideia (*rectius* convicção) de não apenas utilidade mas indispensabilidade do comércio a um qualquer Estado; e tomando de grande admiração o génio jurídico e político da antiga Roma. Embora lúcidos de que não houvesse extraordinária exaltação do comércio, parece-nos francamente desajustado crer que só *raramente* dele se tenham ocupado. "O Mediterraneo, escrevia GOLDSCHMIDT (passagem transcrita/traduzida por VEIGA BEIRÃO), é um lago romano, a navegação e o comercio nelle e nas suas costas estão politicamente unificadas. Por toda a parte domina o capital romano, o espirito romano d'iniciativa. Com respeito a esses tempos mais notaveis especialmente na epoca mais feliz do mundo antigo, que é a do Imperio no 2.º seculo, na qual também o direito romano atinge a sua maxima perfeição artistica, não pode, por isso, levantar-se razoavelmente a questão — se o imperio romano foi um Estado comercial. É que o comercio na Roma d'então era substancialmente o comercio mundial do tempo em extensão e grau de perfeição, certamente não egualdos senão depois da descoberta das novas partes do mundo, e não excedida a não ser a datar do XVIII seculo." E bem assim, se é também certo que os Romanos "não deram aos comerciantes consideração equal á que attribuiam aos militares e aos agricultores", não pode a nosso juízo sustentar-se "que elles o houvessem envilecido pela forma por que, seguindo no encalce de Montesquieu, vulgarmente certos escriptores o affirmam" — como atesta VEIGA BEIRÃO em exame cuidadoso dos trechos dos escritores invocados por esses autores em prol da sua afirmação; acabando por considerar (tal a sua importância) verdadeiramente directa a influência que o Direito Romano exerceu sobre o nosso Direito comercial "terrestre". Para tanto, *vide* "Da influência do Direito Romano sobre o Direito Comercial Portuguez" (transcrição do texto da *Revista do Comércio* 2/12, 1915, pp. 81-88, por MARGARIDA SEIXAS) in *Interpretatio Prudentium* III (2018), I, pp. 325-336.

tudo isto concorria para que fosse palco da maior parte do tráfego mundial, conjuntura que naturalmente se reflectia na vida económica e social dos romanos. As causas que inviabilizaram a sua formação devem ser procuradas *noutros lugares*. O direito romano não conheceu um sistema de direito comercial e para tanto porventura terá concorrido não só a *natureza da sua economia*, mas também, e sobretudo, a *elasticidade* de que bebia, *maxime* na sua forma de maravilhosa obra de adaptação por intermédio da figura do pretor. A economia do mundo romano erguia-se sobre a escravatura: a indústria e o comércio eram exercidos por meio de escravos, tendo lugar entre o senhor e os seus servos — propostos ao comércio — puras relações de facto. O comércio era julgado indigno da condição de homem livre e, nesse sentido, não se concebia a formação de regras particulares a proteger os escravos no seu exercício. Mas, sobremaneira, prescindia-se de um direito especial para o comércio pelo próprio carácter do direito privado geral romano, nas suas extraordinária flexibilidade e prodigiosa vitalidade, permeável às necessidades que se iam fazendo sentir.¹³ O edito do pretor, na sua função de, *ex bona fida, interpretar, integrar e corrigir o direito civil*¹⁴, oferecia resposta às premências emergentes de quando em quando e os usos do comércio estiveram, verosimilmente, na origem de inúmeras regras civis. A par de tudo isto, aponta-se ainda o subsídio do elemento internacional e a-nacional do direito romano, que, despertado pelas múltiplas relações económicas com povos industriais e comerciantes, se

¹³ "O próprio direito civil originário (*ius civile*), embora pelo seu rigoroso formalismo e talvez pouco apto a satisfazer as exigências da simplicidade e da rapidez do tráfico mercantil, era, todavia, informado, por outro lado, por alguns princípios fundamentais como a plena autonomia reconhecida ao indivíduo no âmbito da lei, e o rigor material e formal do vínculo obrigatório, os quais garantiam ao comércio aquela *liberdade* e aquela *segurança*, que lhe são sobretudo necessárias. Mas, complementemente apto a satisfazer as exigências do tráfico mercantil nos aparece o direito romano na sua forma de maravilhosa obra de adaptação do pretor (*ius praetorium* ou *honorarium*). Os institutos do direito civil romano são tão largamente concebidos que compreendem em si aquelas normas e aqueles princípios que nós estamos habituados a considerar próprios da matéria comercial: as exigências do tráfico, em vez de determinar categorias especiais, informavam por si os institutos gerais de direito civil: o *mandatum*, a *emptio venditio*, a *locatio conductio*, o *mutuum*, o *depositum*, a *stipulatio*, a *delegatio*, a *societas*. Se a isto se juntar o favor dado à *boa fé*, o reconhecimento geral do uso comercial, a excelente forma do processo de cognição, a execução forçada por débito, rigorosa e fundada sobre o princípio da universalidade e generalidade (*concurso*), como o actual processo de falência, e os poderes quase legislativos concedidos ao pretor, que dêles se servia exactamente para adequar os institutos jurídicos às necessidades da vida, compreende-se como o direito romano fôsse mais do que suficiente para regular, também, as relações do comércio." ROCCO, *Princípios de Direito Comercial — Parte Geral* (traduzida do italiano pelo Professor CABRAL DE MONCADA), p. 6. Para uma resenha das principais disposições do direito romano que "mais ou menos se referem ao commercio" vide CAEIRO DA MATTA, *Direito Commercial Português*, pp. 36-40.

¹⁴ "*Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*", como assinala PAPINIANUS, referenciado por SANTOS JUSTO, *Manual de Direito Privado Romano*, 2ª edição, p. 16.

achava acautelado de normas tal-qualmente aptas a regular as relações comerciais.¹⁵ Pois bem, a actividade comercial exercitava-se vastamente — unicamente se desprendia de delimitações legais.

Se é justo dizer que o direito romano tocou o seu cume de grandeza aquando do auge do Império, a sua decadência terá igualmente coincidido com a crise que o assolou. Os méritos do direito romano clássico são entretanto obscurecidos e diminuídos. O pós-classismo abre espaço ao vulgarismo: um direito romano metamorfoseado, *corrompido*, comprometido, pouco rigoroso, erguido da confusão de noções clássicas, de um assingelar de conceitos, da desordem na exposição das matérias, e que veio aprumar a dimensão prática em detrimento das categorias lógicas. Olvida-se a técnica jurídica de pensamento e expressão altamente refinada dos juristas clássicos, assinalando-se uma clara degenerescência do direito romano.¹⁶ Mas, em parte, a persistência dum direito consuetudinário local, à margem do direito imperial¹⁷, e, especialmente, o decréscimo de

¹⁵ Juntamente a estas são ainda aduzidas outras razões, pese embora com menor ressonância. Por um lado, a unidade fundamental do direito romano, que proviria do próprio génio da raça latina, inclinada naturalmente à abstracção e à centralização — de que são exemplos, de acordo com GOLDSCHMIDT, a noção de pessoa (personalidade jurídica singular, e daí, igualdade de todos os sujeitos livres) e a noção de coisa (bem material), cf. *op. cit.*, p. 60; por outro, o desenvolvimento político e as conquistas do Império Romano: não haveria lugar a um direito comercial específico num império onde todos os cidadãos se faziam valer dos mesmos direitos. Sobre estas razões e seu contraditório, bem como para importantes referências, *vide*, desenvolvidamente, LIMPENS, "Da unificação do direito civil e do direito comercial" in *Jornal do Foro*, anos 20 e 21 (1957), (pp. 14-24; 370-378; 40-52), pp. 19 e ss..

¹⁶ Com SANTOS JUSTO, a época pós-clássica, que se situa entre os anos 230 e 530, compreende duas etapas: a primeira, de 230 a 295 (ano em que o Imperador Teodósio I divide definitivamente o Império Romano em duas partes — Ocidente e Oriente — pelos seus filhos Honório e Arcádio), marcada pela "confusão (de terminologia, de conceitos, de instituições) e pelo advento da Escola que substitui a *iurisprudentia* e se dedica à elaboração de glosas, glosemas e resumos de textos que revelam uma ciência simplista e elementar"; e a segunda, de 395 a 530, que é caracterizada em *a*) "no Ocidente, pela vulgarização do direito romano que se traduz na simplificação dos conceitos, na confusão de noções clássicas, no predomínio do aspecto prático sem atenção pelas categorias lógicas e pela desordem na exposição de matérias", e em *b*) "no Oriente, pela reacção antivulgarista (classismo) que, alimentada sobretudo nas Escolas de Constantinopla, Alexandria e Beirute, conseguiu travar a expansão dos fenómenos vulgarísticos e impedir que, tornando-se dominantes, se transformassem em direito vulgar. Além do classismo, assinala-se também a helenização: tendência para sublimar a terminologia e certas construções jurídicas, informando-as de princípios e ideias filosóficas gregas". *Op. cit.*, pp. 10-12.

Sobre a origem da expressão "Direito Romano Vulgar" (*Vulgarrecht*) - que, nas palavras de SEBASTIÃO CRUZ, é grosso modo o Direito Romano clássico corrompido -, significado, alcance, factores que concorreram para essa corrupção do Direito romano clássico, assim como sobre o interesse dos romanistas contemporâneos pelo seu estudo e principal bibliografia, em *Direito Romano (Ius Romanum): I. Introdução, Fontes*, 4ª edição, p. 50, *vide*, do mesmo Autor, *Da «Solutio» II*, pp. 15-35.

¹⁷ "Mas, justamente, o divórcio espiritual cada vez maior entre as províncias e Roma ou Constantinopla, constituindo um ambiente necessariamente favorável ao despertar das tradições regionais, ia desmentindo também, na realidade dos factos, o dogma da aparente unidade jurídica do Império. O esfacelamento moral dêste último impossibilitava essa unidade. O direito romano aplicava-se nas províncias, sem dúvida; mas, já em virtude de uma interpretação defeituosa, já por força da pressão de necessidades práticas e como consequência também do afirmar-se de certas tradições e concepções jurídicas locais, esse direito ia-se

importância do comércio numa época de marcada decadência económica, terão toldado os *desajustes* deste direito comum, que continuou, portanto, sem inconveniente, a valer às relações comerciais. Um tanto escusado será dizer que do que vem sendo dito não se poderá seguir por uma qualquer tese que se furte de reconhecer aquele que foi o seu grande préstimo. Pois que verdadeiramente precípua é o papel que o direito romano ocupa no curso da história do direito comercial, não só pelo facto de ser matriz de todo o nosso direito privado, mas também pela circunstância de amiúde nos aparecer como produto das emergentes necessidades do comércio.¹⁸

2. Disposições particulares à matéria comercial os eruditos as assinalam desde o Código de Hamurabi¹⁹; todavia, um *sistema* de direito comercial — na qualidade de série de normas coordenadas a partir de princípios comuns — apenas germina no grémio da civilização comunal italiana, tão extraordinariamente rica de inspirações e impulsos de toda a ordem. Um direito comercial *diferenciado*, distinto do direito que regula as relações não comerciais, dá os primeiros passos apenas na Idade Média, no rescaldo de uma sociedade de intercâmbios limitados como é a sociedade feudal, ainda dominada pela economia senhorial, de resto assente nos antípodas de uma economia de troca.

A antiga classe mercantil extinguiu-se nos alvares do feudalismo²⁰, numa Europa fechada ao tráfego comercial com o exterior. Os recursos da terra e o produto do trabalho

deturpando e desviando pouco a pouco do direito romano oficial contido nas fontes legais." CABRAL DE MONCADA, *Elementos de História do Direito Romano*, vol. I: *Fontes e Instituições*, pp. 215-216.

¹⁸ "O *Ius Romanum* (portanto, o Direito Romano *stricto sensu*), escrevia SEBASTIÃO CRUZ, não é todo igual, nesses 13 séculos da sua vida (753 a. C.-565 d. C.). Como é natural, nesse círculo ininterrupto de vigência, o sistema jurídico romano teve de sofrer alterações profundas, para corresponder às transformações sociais dos tempos. No início, o *Ius Romanum* forma um sistema fechado, próprio só dos *quirites* [nome por que se designavam os primitivos cidadãos romanos], duro e feroz como aquela gente guerreira, impelida a lutar pela sua subsistência; formalístico e rigoroso como a ordem que impera numa sociedade agrícola e patriarcal. Pouco a pouco, devido não só à transformação social da *civitas*, aos contactos com usos e costumes doutras gentes, mas sobretudo ao génio criador dos grandes juristas de Roma, esse Direito, embora mantendo-se fiel à sua estrutura originária, torna-se apto a resolver as situações criadas pelas novas exigências da vida e pelo alargamento do comércio. E esse Direito nunca mais pára na sua evolução e adaptação às realidades sociais. Na verdade, o *Ius Romanum* apresenta uma evolução completa: nasce, cresce, atinge o apogeu, decai; retoma uma fase de certo esplendor, para, depois, se codificar. Forma um ciclo evolutivo perfeito. Um fenómeno assim não se verifica com nenhum outro direito. É único." *In Direito Romano (Ius Romanum)* cit., pp. 39-40.

¹⁹ Cf. ASCARELLI, *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. I, p. 4.

²⁰ Nos primeiros séculos, as sucessivas invasões bárbaras que dividiram e destruíram o império levaram a que se perdesse a comunicação não só *inter* Estados, como também *intra* Estados. Quando com o feudalismo a ordem é restabelecida, e com ela o tímido reerguer do comércio, os senhores feudais sobrecarregam os mercadores com pesados impostos e taxas, além de convocarem os seus serviços de forma caprichosa, ora os

respondem apenas para com as necessidades de consumo directo e pretensões do senhor, encerrando-se a vida económica nos limites da propriedade feudal.²¹

A reabertura das vias comerciais no Norte e Sul da Europa viria, porém, alterar esta conjuntura: o comércio ocidental, que se retraíra aquando do termo do contacto com o exterior, reanima-se com a sua reabertura. Servia este estado de coisas de prenúncio àquele que viria a ser o período de decadência da classe feudal — contrariamente ao que, em situação similar, haviam experimentado os antigos latifundiários. O colapso do sistema feudal dá-se *por de dentro*: a ineficácia da economia senhorial, a subutilização dos recursos do solo e a baixa produtividade do trabalho servil, a par da crescente necessidade de renda

chamando, ora os rejeitando, consoante o interesse do momento. Estes encargos tornavam-se ainda mais onerosos tendo em conta que não havia senhor que não se estabelecesse em torno do seu domínio em busca de uma fonte certa de renda. "Dans les temps qui suivirent la chute de l'empire romain, et au moyen âge, l'esprit de brigandage, et ensuite l'esprit de chevalerie, succédèrent à l'esprit conquete, et non moins que lui furent hostiles au commerce et à ses progres." MASSÉ, *Le Droit Commercial dans ses rapports avec le Droit des Gens et le Droit Civil*, 3e édition (revue et augmentée), T. I, livro I, pp. 11 e ss.. Para bem se conhecer a organização feudal, dizia GUILHERME MOREIRA, é preciso entender por que se formou o feudo — resultado da fusão de três elementos: o *beneficio* ("(...) cuja origem está no *precario romano*, designava a concessão voluntária d'uma terra, mas que podia ser livremente revogada, o que dava ao concedente a vantagem d'impôr as condições que quizesse."); a *vassallagem* ("(...) relação de dependencia entre um vassallo e a pessoa a quem está sujeito.", que "a principio independente do beneficio, logo se une a elle: os reis faziam os nobres vassallos obrigando-os á fidelidade; estes faziam o mesmo aos seus beneficiados e assim sucessivamente."); e a *immunidade* ("que em Roma significa a isenção de cargos publicos, era uma concessão feita pelo rei, pela qual os proprietarios d'um logar ficavam gosando de certos privilegios que o rei consignava n'uma carta e que originariamente consistiam na prohibição de entrada aos funcionarios publicos."). Ora, o feudo "é o beneficio a que anda junta a jurisdicção pelo facto da immunidade, e em que o beneficiado é vassallo do concedente". *Vide*, desenvolvidamente, *Historia e principios geraes do direito civil portuguez* (Resumo das matérias da 3.ª cadeira da Faculdade de Direito por ARTHUR RIBEIRO DE CASTRO) — Resumo das prelecções do dignissimo professor da cadeira, o Exmo. Sr. Dr. Guilherme Moreira, no anno lectivo de 1895 a 1896, pp. 58 e ss..

Acompanhamos de perto neste parágrafo a lição de GALGANO, *op. cit.*, pp. 31 e ss..

²¹ "Também durante o tempo em que existiu — lê-se com PIRENNE — uma vida urbana e comércio, os grandes domínios possuíram um mercado para o excedente dos seus produtos. Não se pode duvidar que, durante toda a época merovíngia, é graças a estes que as aglomerações urbanas foram abastecidas e que os mercadores se aprovizionaram. Mas devia acontecer de outro modo quando, dominando o Islão o Mediterrâneo e os Normandos os Mares do Norte, desapareceu o tráfico e com ele a classe mercadora e a população municipal. Os domínios sofreram a mesma sorte que o Estado Franco. Como este, perderam os seus mercados. Deixando de existir a possibilidade de vender para o exterior, por falta de compradores, tornou-se inútil continuar a produzir para além do mínimo indispensável para a subsistência dos homens que viviam no domínio, proprietários ou rendeiros." Enfim, a economia de troca ter-se-á substituído pela economia de consumo: viveu de e para si própria, no tradicional imobilismo de um regime patriarcal. *Vide*, desenvolvidamente, *As cidades da Idade Média* (tradução de CARLOS MONTENEGRO MIGUEL), pp. 47-48. De mais a mais, e como observa LUZZATTO, a imobilidade nas condições de propriedade da terra era tolerada atentas a escassez de população, a modéstia das necessidades, a abundância das pastagens de uso comum e a contínua ameaça dos perigos externos — e, no limite, talvez não chegasse sequer a ser sentida. *Storia del Commercio*, vol. I, *Dall'antichità al rinascimento*, p. 214. Como escrevem PAIS DE VASCONCELOS e LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, se não se pode olhar a Idade Média como "noite de mil anos", porque foi uma época de profunda espiritualidade, foi certamente um período de recessão económica de mil anos. *In Direito Comercial*, vol. I, 2ª edição, p. 9.

por parte da classe dominante, desvendariam o seu declínio.²² Perante uma pressão de tal maneira inoportuna, a população deserta em massa dos senhorios: a subtração da força de trabalho do sistema produtivo prejudicaria de forma irreparável as suas possibilidades de sobrevivência. Destarte, dá-se conta de um assinalável crescimento das populações urbanas, não de forma natural — já que a fertilidade nos centros urbanos não terá sido de forma apreciável mais elevada que a mortalidade —, mas justamente em virtude do afluxo da população oriunda das áreas rurais.²³ As antigas cidades romanas, até então praticamente

²² "Mas a maior segurança — escrevia LUZZATTO, numa passagem que ousamos traduzir de forma livre —, assegurada pela ordem feudal às classes rurais, e a expansão da economia terão mais tarde reagido em detrimento do próprio sistema feudal, minado pelo aumento da população e pela intensificação do comércio. Na ausência de dados estatísticos, este crescimento populacional, que se manifestou em muitas regiões da Itália durante o século X, é demonstrado pelos inúmeros contratos agrários, contendo a obrigação de construir novas quintas e de arar terras não cultivadas, da divisão entre duas ou três ou mais famílias de quintas que antes eram cultivadas apenas por uma, das numerosas concessões de terras feitas a grupos de famílias para a construção de um castelo. Ao mesmo tempo que o aumento da procura e a maior intensidade do trabalho aumentavam o valor e a produtividade da terra, os mercados que se multiplicavam sob a protecção do conde ou do bispo nas cidades, ou do senhor feudal no seu castelo, iam aos poucos quebrando a unidade económica do feudo, e, com as trocas cada vez mais frequentes de produtos agrícolas, permitiam a formação e o rápido aumento da renda fundiária. Por fim, o dinheiro, que para as necessidades daqueles mercados reaparece em maior quantidade — como o demonstram a multiplicação da casa da moeda e a utilização mais frequente de censos pagos em dinheiro —, também contribuiu validamente para a separação e independência das várias actividades de manufatura e para a transformação do carácter da propriedade da terra, fazendo com que todas as restrições que impediam a sua livre disponibilidade pareçam um fardo insuportável. Quer os proprietários quer os agricultores sentiam os prejuízos decorrentes da persistência dos laços costumeiros: no vínculo da terra à família servil e na imutabilidade da renda fixado pelos *foculares*, os proprietários encontraram gravíssimo obstáculo ao aumento da renda e à chamada a suas terras de nova força de trabalho; os dependentes viam a rígida imposição de serviços pessoais aos proprietários como um impedimento intolerável à necessária intensificação dos cultivos." Cf. *op. cit.*, pp. 214-216.

²³ PIRENNE chama, no entanto, a atenção para a poderosa natalidade — a fecundidade das famílias quer da nobreza quer entre os camponeses — como sendo uma das características do século XI, século do "despertar de uma sociedade por longo tempo oprimida por um angustiante pesadelo". *Op. cit.*, pp. 72-73.

A população viria a emigrar por duas séries de razões, não necessariamente alternativas: razões de repulsão e razões de atracção. "Entre os séculos X e XIII, a tendência económica era para uma Europa rural, em parte por causa das inovações tecnológicas, em parte por causa dos investimentos e em parte por causa da reorganização da propriedade. Mas embora as condições económicas melhorassem, a vida continuava a ser essencialmente difícil para a massa da população. A maior parte dos servos não viam meio de escapar à servidão e a pequena nobreza poucas saídas via para quebrar a dominação da ordem estabelecida. Foi neste momento que a cidade veio a desempenhar um papel como elemento de inovação, como local onde procurar fortuna. A cidade foi para a população da Europa nos séculos XII e XIII o que a América foi para os europeus no século XIX. A cidade era a «fronteira», um mundo novo e dinâmico onde a população sentia que podia quebrar os laços que a prendiam a um passado desconfortável, onde a população esperava encontrar oportunidades de sucesso económico e social, onde as instituições e as discriminações tradicionais esclerosadas já não contavam e onde haveria ampla recompensa para a iniciativa, a audácia e o engenho. (...) As cidades enchiam-se de pessoas que haviam deixado sem pena o mundo rural e feudal a troco de um mundo novo e diferente. A sociedade urbana cresceu e desenvolveu-se em agudo contraste com o campo vizinho. Os muros da cidade tinham um fim prático mas também um significado simbólico; significavam a fronteira entre duas culturas em conflito. Foi este conflito que proporcionou à cidade medieval o seu carácter inconfundível e que fez do movimento urbano do século XI ao século XIII a charneira da história do mundo." CIPOLLA, *História Económica da Europa Pré-Industrial* (do original: *Before the Industrial Revolution*; tradução de JOAQUIM JOÃO COELHO DA ROSA), pp. 165-167.

desertas, são repovoadas à medida que se acentua o êxodo dos feudos, e bem assim se assiste à fundação de novas cidades: para as gentes que fugiam do campo, a cidade representava um refúgio e um local onde podiam organizar formas livres de convivência social.

Ao mesmo tempo se anunciava uma penetração económica de tal ordem que, progredindo gradualmente, transforma, em definitivo, a Europa Ocidental. O vigor comercialista, despoletado pela mão das Cruzadas (particularmente por efeito do aperfeiçoamento da navegação) e que originariamente se circunscrevia aos dois focos Veneza e Flandres — o elo com o mundo oriental —, propaga-se de cidade em cidade, acabando por se espalhar por todo o continente como uma *epidemia benfazeja*.

Libertou-a do tradicional imobilismo a que a condenava uma organização social que unicamente dependia das ligações do homem com a terra. O comércio e a indústria não se limitam a tomar uma posição ao lado da agricultura, mas agem sobre ela. Os seus produtos não servem só para consumo dos proprietários e trabalhadores do solo: são arrastados na circulação geral, como objectos de permuta ou matérias-primas. Os quadros do sistema feudal, que tinham, até então, encerrado a actividade económica, quebram-se e toda a sociedade se impregna de um carácter mais maleável, mais activo e mais variado. De novo, como na Antiguidade, o campo se orienta para as cidades. (...) Entre estas e o campo estabeleceu-se uma recíproca troca de serviços. Uma solidariedade, cada vez mais estreita, liga-as, provendo o campo ao abastecimento das cidades, e fornecendo-lhe as cidades, em contrapartida, produtos comerciais e objectos fabricados. A vida física do burguês depende do camponês, mas a vida social do camponês depende do burguês.²⁴

A par de tudo isto, a escravatura, veementemente combatida pela Igreja, tende a desaparecer, libertando vasta mão-de-obra que é imediatamente absorvida pelo artesanato e pelo comércio.

²⁴ Cf. PIRENNE, *op. cit.*, pp. 87-88, a quem igualmente se atribui a expressão anteriormente sublinhada. De acordo com a reconstrução de CIPOLLA, o sistema económico da sociedade medieval gravitava entre dois polos: a oficina do artesão e a loja do mercador. "O artesão não produzia normalmente para o armazém. Dadas as suas limitadas disponibilidades financeiras, não podia assumir os riscos ligados a tal produção; trabalhava normalmente por encomenda. Quem lhe fazia as encomendas era o comerciante, o qual frequentemente antecipava ao artesão o capital circulante necessário (matérias-primas) e, por vezes, lhe fornecia também, para seu uso, capital fixo (por exemplo, teares). Os artesãos, a quem estava confiada a produção, adquiriam, portanto, alguma dimensão económica através do comerciante que fazia a encomenda; proporcionava, se necessário fosse, a matéria-prima; ocupava-se da circulação dos produtos; repartia os mercados; determinava o tipo de produto e, com frequência, exercia um controlo técnico sobre a actividade do trabalhador. O artesão acabava assim, na maioria das vezes, por assumir a configuração de um trabalhador domiciliário." *Op. cit.*, pp. 160 e ss..

Mas se a interação destas variáveis é de molde a oferecer motivação bastante para que se tenha dado o reavivamento do comércio, semelhante observação não pode ser extrapolada para alicerçar aquela que foi a criação de regras *especiais* destinadas a regular esse mesmo comércio — ao contrário do que se assistira no direito romano.²⁵

3. É na civilização das comunas que o direito comercial desabrocha, permeável à florescência que caracterizou as cidades da península e que eclodiu, ao mesmo tempo, no campo do pensamento e na operosidade do tráfico.²⁶ A concentração urbana da força de trabalho, que progressivamente se subtrai à exploração feudal, assume posição determinante

²⁵ O caso de Roma vem confirmar que a diferenciação da regulação das relações comerciais não é decorrência directa da existência de uma economia de troca ou mesmo de relações comerciais: não obstante a cabal resposta às exigências de um fervoroso e amplo mercado, a experiência jurídica romana não gestou aquela diferenciação.

"As categorias económicas são, por si mesmas, insuficientes para um conhecimento histórico completo do direito comercial. Em situações em que se verifique a existência de uma economia de troca, elas são incapazes de, por si só, explicar a ausência aí de um direito comercial e também não explicam o seu desenvolvimento independentemente da intensidade das trocas. As categorias necessárias ao conhecimento histórico do direito comercial são - como vigorosamente sustentou Tullio Ascarelli -, as da história social e, sobretudo, as da história política, as únicas capazes de explicar um fenómeno cujas causas só podem ser político-sociais. É este o caso das relações, submetidas até certa data, à regulação do direito comum, que recebem um tratamento especial e se convertem no objecto de um direito particular. [P] A utilização destas categorias permite ligar a origem do direito comercial à formação e à primeira ascensão da burguesia, isto é, com o «afirmar — segundo escreveu Ascarelli — de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolveu um novo espírito de empresa e uma nova organização dos negócios». E se se quiser dar uma explicação exaustiva do fenómeno, há que relacioná-lo com as transformações políticas promovidas por essa «civilização burguesa e urbana». O direito comercial só nasce quando - tal como pressentiu E. Thaller - os mercadores são capazes de fundar «repúblicas inteiras», quando se verificam as condições, até então ausentes, para que os sujeitos das relações comerciais se convertam numa classe activa, não só económica mas também politicamente e capaz, portanto, de exercer uma influência decisiva na regulamentação normativa daquelas relações." GALGANO, *op. cit.*, pp. 27-28. Em sentido idêntico, apreciando o mérito da organização política das comunidades medievais, BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edição, p. 43.

²⁶ "(...) coeva a quella prodigiosa floritura culturale che conobbe il cantico di S. Francesco e il poema di Dante, la riscoperta di Aristotile e ricerche sperimentali." ASCARELLI, "Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione" in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, ano VI-VII (1952-1953), Serie III, V. VI, p. 38. "A civilização comunal — escreve o mesmo Autor — fundava-se no trabalho livre (convindo não esquecer como ela se contrapunha, destarte, à economia servil romana) e a sua florescência era acompanhada também por uma transformação na organização da propriedade agrária. A cidade era um centro de consumo e de trocas, além de centro de produção industrial. Quanto às cidades marítimas, elas tinham no mar uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância, que engendravam ao mesmo tempo riscos, riquezas e experiências." *Corso di Diritto Commerciale — Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3ª edição, p. 89. Sobre o modo como se dava a comunicação e transporte quer via terra quer via mar à época, vide LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 350 e ss..

A par das comunas italianas, também se reconhece o subsídio de outras regiões, particularmente de França e da Catalunha, para a formação e desenvolvimento do direito comercial medievo. Em particular, as feiras da região de Champagne e as de Lyon, centros de transação de mercadorias e dinheiro de toda a Europa ocidental, onde se terão forjado alguns institutos (procedimentos executivos severos e expeditos) e desenvolvido outros (letra de câmbio), e que terão contribuído seriamente para a internacionalização-uniformização do direito comercial à época. Assim, e com numerosas referências, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 11ª edição, pp. 33-34.

no fenómeno de ascensão da classe mercantil medieval, separados do solo e lançados nessa existência errante e arriscada; constitui-se uma sociedade urbana que encontra a sua expressão política na organização municipal. Uma tal conjuntura não terá tido lugar na sociedade romana, onde quer o comércio quer o artesanato estavam "ao serviço do latifúndio", "ligados à propriedade da terra"²⁷, estando vedada qualquer interacção com uma classe capaz de se fazer valer de um papel político autónomo — os comerciantes eram, à época, social e politicamente marginalizados e afastados de tantos cargos públicos.²⁸ O encontro da crise, por um lado, do sistema feudal — absorvente e estacionário —, no plano político, e, por outro, da economia senhorial, no plano económico, gera terreno fértil para o despertar do processo de ascensão política: ao mesmo tempo que o abatimento da economia senhorial dá folgo a um voltado tráfego, erige-se uma nova classe de mercadores — formada por "filhos segundos em busca de aventuras e por servos libertados de cativo"²⁹ —, a quem a crise interna do sistema feudal permite uma actuação, jamais conhecida até então, não apenas no campo da iniciativa económica mas também no espectro político.³⁰

²⁷ Passagens de HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico* (tradução de S. SCIACCA), pp. 978 e ss..

²⁸ "A condição jurídica dos mercadores acabou por lhe proporcionar, numa sociedade que eles escandalizavam a tantos títulos, um lugar inteiramente único. Em consequência da vida errante que levavam, apareciam em toda a parte como estrangeiros. Ninguém conhecia a origem desses eternos viajantes. Por certo a maioria de entre eles tinha nascido de pais não livres, que cedo tinham abandonado, para se lançarem em aventuras. Mas a servidão não se presume; é preciso demonstrá-la. O direito designa necessariamente como um homem livre aquele a quem não pode assinalar um senhor. Aconteceu, pois, que foi preciso considerar os mercadores, cuja maioria era sem dúvida filha de servos, como se eles tivessem gozado sempre de liberdade. Desenraizando-se do solo natal, libertaram-se de facto. No meio de uma organização social em que o povo estava amarrado à terra e onde cada um dependia de um senhor, apresentaram o estranho espetáculo de circularem por toda a parte, sem poderem ser reivindicados por ninguém. Não reivindicaram a liberdade: ela foi-lhes concedida porque era impossível provar que não a gozassem. Adquiriram-na, por assim dizer, pelo uso e pela prescrição. Em breve, do mesmo modo que a civilização agrária fizera do camponês um homem cujo estado normal era a servidão, o comércio fez do mercador um homem cuja condição normal foi a liberdade." *Vide*, em apreciação detida da posição dos mercadores, PIRENNE, *op. cit.*, pp. 106-108.

²⁹ Cf. LIMPENS, *op. cit.*, p. 22. Sobre a diversidade da origem dos comerciantes e seu recrutamento, bem como sobre o renascimento e evolução da classe dos comerciantes no Ocidente, *vide* LACOUR-GAYET, *Histoire du Commerce*, T. I, *La terre et les hommes*, respectivamente nas págs. 135 e ss., e 182 e ss., afigurando-se também de sumo interesse as páginas (1-64) que dedica, no primeiro capítulo do livro primeiro, à relação entre o comércio (*maxime*, rotas comerciais) e a geografia ao longo dos tempos, para concluir que os obstáculos físicos terão sido gradualmente superados pela tecnologia moderna e que apenas os factores humanos, políticos, económicos e financeiros vêm mantendo a sua influência.

³⁰ Cf. GALGANO, *op. cit.*, pp. 28-29, onde se lê ainda que "o novo grupo social pôde constituir organizações de classe próprias, como o são as corporações e o sistema municipal permite-lhe fundar as suas próprias estruturas políticas, mediante as quais pode afirmar a sua condição de classe e exercer uma função dirigente sobre as demais classes sociais".

Dar conta também, com ASCARELLI, que, embora se assinala igualmente a existência de associações de profissionais (monopolizadas e obrigadas a pagar prestações ao soberano) antes, parece constituir *facto novo*, no remate da primeira metade do séc. XII, a prosperidade das corporações enquanto associações livres — com escopos religiosos e de socorro mútuo, para a defesa dos interesses comuns dos associados e para a defesa do

Diante de tamanha floração do comércio se prostrava de forma clara a insuficiência do direito privado e judiciário comum³¹, sobretudo voltado para situações de carácter pessoal — familiares e sucessórias — e fundiárias, e de base marcadamente religiosa.³² Confrontado com um sistema jurídico estagnado e letárgico, o comércio renascente terá preferido inspirar-se em novas técnicas a insuflar uma nova vida àqueloutro. Na geral desagregação social e política que se fazia sentir, faltando um forte poder político que assegurasse a paz e a concretização do direito, aqueles que tinham interesses comuns a fazer valer, e particularmente os que exerciam a mesma profissão, arte ou mister, reuniam-se em corporações ou associações — a força de associação terá sido desde o princípio a poderosa alavanca em que o comerciante se apoiou para vencer as resistências do meio. Em virtude do lugar de destaque de que o comércio vinha beneficiando, bem como da crescente força da classe comercial — que constituía um dos núcleos mais populosos da cidade —, depressa as corporações de mercadores se acharam em posição de grande importância e autoridade, procurando zelosamente conservar a sua autonomia própria, mesmo na organização comunal. As suas funções iam desde a organização e gestão das feiras e mercados à protecção e assistência dos sócios, passando pela tutela das comunicações e, muito importante, pela dirimição das questões que pudessem surgir entre os sócios. Ora dada a faculdade reconhecida às corporações de criar os seus próprios estatutos — sendo que uma boa parte dos mais antigos mais não era do que a constatação e anotação dos usos

comércio urbano —, de resto conexo com a própria constituição da comuna e a forte imigração do campo para as cidades. *Vide Corso di Diritto Commerciale* cit., p. 89.

Para detida análise sobre os comerciantes enquanto classe política, *vide* FILIPPO CARLI, *Storia del Commercio Italiano*, II: *Il mercato nell'età del comune*, pp. 315-346, seguida do apuramento dos moldes em que se deu a constituição do sistema corporativo, nas pp. 346-371.

³¹ "Realmente, se retrocedermos na história do direito, fácil será constatar que o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição ao sistema econômico então mais geralmente difundido. Estas exigências, assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre, surgiram de início não quanto à indústria, mas apenas quanto ao comércio especialmente transmarino e bancário. Por isso se constituiu então, em oposição ao direito comum, um direito especial que ainda hoje em dia, apesar de ter passado a abranger a actividade industrial, chamamos de comercial. Foi êle, no seu início, o direito de nascente burguesia das cidades; uma libertação dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano-canônico comum então vigente." ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, pp. 22-24.

³² "As situações novas que constantemente se começavam a verificar — escreve SÁ NOGUEIRA —, oriundas de um domínio que até então se não tornara necessário regular devido ao seu diminuto relevo — o domínio da circulação e subsequente troca de bens — reclamavam regras que as regulamentassem por forma a que aqueles que nelas intervínham, fosse quem circulasse de terra em terra com vista à aquisição e alienação de bens, fosse quem tivesse assumido o compromisso de efectuar, em nome e por conta de outrem, pagamentos em lugares distintos daqueles em que os correspectivos negócios haviam sido celebrados, se sentissem eficazmente protegidos." *Vide* "As actuais coordenadas do direito comercial face ao direito civil (portugueses)" *in As Operações Comerciais*, p. 358.

tradicionalis, e, nesse sentido, colhem grande valia os *consuetudini*, sobretudo porque prevalentes, à época, face ao direito estadual³³ —, logo se reconhece a *justiça da corporação* como o instrumento talvez mais eficaz na formação do direito comercial. Os cônsules, que, na qualidade de chefes das corporações, tinham, a princípio, só funções administrativas e disciplinares, rapidamente foram investidos do poder de decidir sobre as contendas entre sócios, e entre estes e seus caixeiros, aprendizes e operários. Como nota ROCCO, as decisões dos cônsules "não só serviam para dar forma concreta e certa aos costumes, mas, mediante o trabalho de interpretação e de adaptação das várias normas, consuetudinárias e legislativas, vigentes, concorriam eficazmente para a formação e evolução dos institutos jurídicos comerciais"³⁴; teve-se, assim, uma verdadeira jurisdição consular, da qual o desenvolvimento autónomo do direito comercial recebeu sério estímulo.

Enfim, a quebra com o até então direito comum dá-se pela conjugação da retornada vitalidade do comércio — acompanhada, grosso modo, por regras organizativas internas, germinantes porque no seio da também então erigida classe dos comerciantes — com o

³³ No costume puderam encontrar abrigo os apelos do direito comercial. A rapidez com que se desenvolviam as operações dos mercadores, o tecnicismo profissional que lhes é característico, a identidade substancial das necessidades que as determinam, as relações que elas originam entre as mesmas pessoas; tudo isto redundava na difusão de práticas uniformes que tendem a impor-se como obrigatórias, e que cedo são tomadas em escrito. De entre as compilações mais notáveis, com ROCCO recordamos os *Consuetudines* de Génova (anteriores a 1056), o *Constitutum usus* de Pisa (1161) e o *Liber consuetudinum* de Milão (1216). A formação, o reconhecimento e a elaboração dos costumes comerciais acabam por encontrar o órgão mais vivo e operoso na própria classe dos comerciantes, já solidamente organizada. Cf. *Princípios de Direito Comercial* cit., p. 10. Mas nem só Itália terá sido fecunda em compilações de costumes. Conquanto França houvesse sido dos países da Europa o que mais tivesse sofrido a influência da lides feudais, é também certo que muitas das suas cidades (tanto do Mediterrâneo, como do norte e leste, e ainda mesmo as do interior) terão alcançado na idade média assinalável desenvolvimento mercantil — a actividade comercial nestas cidades terá contribuído para a elaboração do direito mercantil com uma das mais importantes colecções de costumes marítimos, a de *Rolos de Oleron* — também conhecida por *Julgados de Oleron* —, que, pese embora não isento de controvérsia, crê-se datar do séc. XIV. Também em Espanha, particularmente a partir do séc. XIII, se assinalam grandes méritos para a formação do direito comercial estatutário, materializados nas *Ordenações de Bilbao* (1459), que mais tarde viriam a vigorar em todo o país e em todas as repúblicas hispano-americanas — e que chegaram a ser consideradas por alguns escritores como o primeiro código de direito comercial —; e também na compilação de costumes marítimos *Consulado do mar*, cuja origem é atribuída pelas "mais seguras probabilidades da crítica histórica" a Barcelona em meados do séc. XIV. Dignos de referência também os costumes da cidade de Tortosa, *Los costums de Tortosa*, em grande parte idênticos às disposições da anterior compilação. A par das cidades de Itália, França e Espanha, sério contributo valeram também as mais importantes cidades da Alemanha, sobretudo as da Liga Hanseática ou Hansa Teutónica. Em relato de grande minúcia, vide CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 44-53.

³⁴ Cf. *Princípios de Direito Comercial* cit., p. 11. Dar conta também do, por oposição, escasso valor da doutrina jurídica durante este período. Com efeito, a formação do direito comercial é obra espontânea da própria classe dos comerciantes, devendo, por isto, procurar-se nos Estatutos das corporações e das comunas, nas compilações dos costumes e na vastidão de documentos que atestam a prática comercial. Só mais tarde se assiste à força criadora da elaboração doutrinária, pela mão dos glosadores Italianos — em particular, Bártolo e Baldo. Para uma resenha, embora sucinta, das principais obras que temporalmente lhes seguiram vide, CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 72 e ss..

imobilismo do direito romano-canónico (a par da inadequação dos costumes germânicos, essencialmente rurais, para suprir tamanho desajuste).³⁵ Paradoxalmente, aquilo que no domínio temporal recebia o beneplácito eclesiástico, era ao nível teológico censurado e desencorajado³⁶: a Igreja, purificada que estava dos abusos que se tinham introduzido na sua disciplina e sacudindo a submissão em que a tinham os imperadores³⁷, ocupou também um lugar verdadeiramente decisivo no romper dos acontecimentos.³⁸ Pois que se é verdade que a efervescência das Cruzadas alargou vastamente os domínios da geografia e abriu caminho ao comércio internacional, desde logo desbloqueando as rotas com o Oriente e despoletando uma enorme mobilização financeira; não menos o é o espírito eclesial de reprovação da actividade comercial em geral e a dificuldade de concessão de crédito em particular — o mercador, dizia uma passagem atribuída a S. Jerónimo, só dificilmente pode agradar a Deus. Por se entender ser a que procurava mais fáceis e rápidos lucros, criando e satisfazendo necessidades voluptuárias, toda a vida comercial era implicitamente censurada e rejeitada como perigosa para a salvação da alma. O empréstimo a juros era formalmente proibido: sendo o dinheiro capital por sua natureza improdutivo, e não se concebendo a hipótese de admitir lucro sem trabalho, receber juros pelos empréstimos era julgado ilícito e imoral³⁹,

³⁵ Como advertiam FERRER CORREIA (*Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 9) e LOBO XAVIER (*Direito Comercial*, p. 418), pese embora o vazio associado à outrora figura do pretor, o surgimento do direito comercial tem de ser também — e sobretudo — explicado pelas novas exigências associadas ao papel *mui* próprio que a economia e suas dinâmicas ocupavam ao tempo na sociedade.

³⁶ Assim, SOUTO DE MIRANDA, "A autonomia do direito comercial" in *As Operações Comerciais*, p. 300.

³⁷ Cf. PIRENNE, *op. cit.*, p. 72.

³⁸ As condições de desagregação do Império Romano do ocidente explicam o poder e prestígio de que a Igreja beneficiou. A par do Império, toda a civilização mediterrânica, com todos os enriquecimentos recebidos da Antiguidade oriental, terá ruído sob as devastações dos bárbaros invasores. Da cultura passada terá apenas restado o que a Igreja conseguiu preservar através das perseguições e dos massacres. "A resistência e os sacrifícios dos cristãos, entre os quais muitos mártires foram então assinalados, acabaram por impressionar os chefes dos bárbaros invasores, convencendo-os de que aqueles mesmo martírios eram testemunhos de verdade. Daí resultaram as conversões, a devoção religiosa e até a submissão à Igreja e às suas hierarquias (...)." Cf. SOARES MARTINEZ, *Ensaio de um curso básico de história do direito — Peninsular, Romano e Português*, p. 109.

³⁹ Cf. ROCCO, *op. cit.*, pp. 8-9.

"apanágio dos judeus e dos lombardos", que se terão visto, por isso, constrangidos a criar regras diferentes das do direito comum.^{40_41}

4. Nascido no círculo dos agrupamentos de mercadores, o direito comercial anunciou-se como um direito essencialmente profissional. Como retrata ROCCO, "aos costumes formados e difundidos pelos mercadores, só estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava a autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até aos inscritos na matrícula; e, igualmente, à jurisdição consular

⁴⁰ Cf. LIMPENS, *op. cit.*, p. 22, avançando ainda que, no que diz respeito às outras formas de comércio, terá a doutrina canónica do *justum pretium* constituído, com muita probabilidade, sério obstáculo à sua integração no direito tradicional.

Conquanto o apuramento de uma estrita interpretação da moral cristã, não parece ser esta causa única daquela severidade. Como adverte PIRENNE, parece ser preciso atribuí-la também às próprias condições de existência da Igreja. "A sua subsistência, com efeito, dependia exclusivamente da organização feudal, que vimos quanto era estranha à ideia de especulações e lucro. Se juntarmos a isto o ideal de pobreza que o misticismo cluniano apontava ao fervor religioso, compreender-se-á sem custo a atitude desconfiada e hostil com que acolheu o renascimento comercial que foi para a Igreja um objecto de escândalo e de inquietações." Mais lembra que esta atitude não terá deixado de ser benéfica, por ter revertido para impedir a paixão do ganho sem limites — protegendo, em certa medida, os pobres dos ricos e os devedores dos credores. "O universal prestígio de que gozava agiu como um freio moral. Se não foi suficientemente poderoso para submeter os mercadores à teoria do justo preço, foi suficiente para os impedir de se entregarem sem remorsos ao espírito do lucro. Muitos certamente se inquietavam com o perigo ao qual o seu género de vida expunha a sua salvação eterna. O temor da vida futura atormentava a sua consciência. Sobre o seu leito de morte, numerosos eram aqueles que, por testamento, fundavam estabelecimentos de caridade ou destinavam uma parte dos seus bens para reembolsar somas injustamente adquiridas." Para detida análise, acompanhada de importantes referências, *vide As cidades cit.*, pp. 104 e ss..

⁴¹ Entendendo assim se explicar o desenvolvimento em separado — e "quasi em antithese" — do direito comercial face ao direito civil, adianta VIVANTE que "se os commerciantes não tivessem formado n'aquelles tempos tão fecundos em novas fôrmas jurídicas uma classe distinta de cidadãos, se o exercicio do commercio tivesse ficado livre, a classe mercantil teria concorrido, como sucedeu em Roma, para renovar com as suas influencias o direito civil, e o direito commercial talvez nunca tivesse constituído um campo autonomo do direito privado". *In Instituições de Direito Commercial*, (tradução da 10ª edição por J. ALVES DE SÁ), p. 10. Logramos, ainda, transcrever — por sua por demais evidente pertinência — a análise de GUILHERME MOREIRA. "A universalidade, equidade, simplicidade e a facilidade e rigor de execução, que essencialmente caracterizam o direito commercial, eram reclamadas, não por este ou aquelle acto de commercio, mas pelo desenvolvimento organico d'esta industria, que, sendo cosmopolita e vivendo principalmente do credito, não podia estar sujeita a uma legislação que a diversidade de raça, politica, religião e tradições havia nacionalisado, e que exigia para a execução e validade de qualquer acto juridico formalidade tão morosas e complicadas que extremamente embaraçavam a sua liberdade e rapidez de movimentos. [P] A falta de principios economicos, a preponderancia do direito civil, a indole essencialmente territorial do direito provincial e feudal, o acolhimento erudito, subtil e casuistico do direito romano e a influencia do direito canonico, cujas disposições sobre as instituições economicas e especialmente sobre as commerciaes, são de sobejo conhecidas, foram outras tantas causas que, se não conseguiram impedir, obstaram a que o direito commercial tivesse uma evolução regular. [P] A complexidade crescente da industria commercial venceu, porém, todas essas resistencias, organisando-se um ramo de direito que longe de embaraçar o seu desenvolvimento normal, o facilita, auxilia e promove." *In Actos de Commercio — Estudo Exegetico e Critico das Disposições do Novo Codigo Commercial*, I, pp. 13-14.

estavam sujeitos, somente, os membros da corporação".⁴² Este era o princípio: ser o direito comercial *dos e para* os comerciantes.⁴³

Pois bem, o direito comercial — na qualidade de *sistema* votado exclusivamente à regulamentação da actividade comercial — ter-se-á apresentado em seu exórdio como Direito de origem consuetudinária e forte tendência internacionalística, profissional, corporativo, e autónomo⁴⁴ — porque à margem do direito comum, surgido *ex novo*, animado por eventos que eram deste desconhecidos e aos quais não estava habilitado a dar resposta.

⁴² *Op. cit.*, pp. 14 e 15.

⁴³ Pese embora a sua aplicação não fosse alheia a alguma dubiedade. Senão, veja-se. O problema da esfera de aplicação do direito comercial ter-se-á reconduzido historicamente ao problema de competência dos juízos consulares. Ora, não bastava o elemento da profissão comercial dos litigantes para determinar aquela competência: era preciso igualmente que a controvérsia se referisse ao exercício do ofício; tudo aquilo que não cuidasse desse domínio estava sujeito às leis comuns e aos juízos ordinários. Sobre a demarcação do conceito de litígio comercial (*causa mercantilis*) — que, em seu juízo, desvenda já o conceito do acto de comércio, não esquecendo, porém, que o fim que o faz surgir é ainda muito limitado (ser condição para submeter as contendas dos comerciantes à competência dos juízes consulares) e que é a qualidade das pessoas — *maxime* a sua profissão — que se toma primeiramente em consideração —, vide ROCCO, *Princípios de Direito Comercial cit.*, pp. 15 e 16. Enfim, o Direito Comercial era o Direito dos comerciantes, sim, mas só no respeitante às relações mercantis. Depois, não obstante a regra ser a de que mercador é aquele que está inscrito no registo da corporação — no sistema das corporações, a *profissão* comercial decorria da formalidade da inscrição matricular —, depressa se assistiu a um alargamento da competência dos cônsules, desde logo não só pela tendência usurpadora das corporações mas também pela confiança que os juízes consulares inspiravam no público, pese embora não estranha a alguma resistência. Para começar, foi alargada em relação aos estranhos à corporação que tivessem contratado com um mercador inscrito na matrícula (mesmo na situação em que o estranho fosse demandado, e não só quando este chamasse a juízo um membro da corporação). Sob pena de se ferirem princípios fundamentais que gradualmente sedimentavam ao nível jurídico-político, passaram igualmente a ser considerados comerciantes os que exerciam o comércio, mesmo não fazendo parte da corporação — *fictionava-se* que quem exercia o comércio sem inscrição no registo era comerciante, que o comerciante não inscrito o, afinal, era, ficando sujeito à jurisdição mercantil; o princípio da formalidade da matrícula não se achou de todo formalmente abandonado. De maneira que todos aqueles que pela sua condição social não podiam estar inscritos nas corporações (como os nobres, os clérigos e os militares), quando assumindo a qualidade de comerciantes — em violação da proibição que sobre eles descia —, ficavam sob a alçada da autoridade das corporações. A determinada altura, terá mesmo chegado a considerar-se, em geral, que quem fosse autor ou réu *ex causa negotiationis vel cambii* se devia julgar comerciante, membro da corporação, e, assim, sujeito à jurisdição dos cônsules (ROTONDI chama a atenção, a este propósito, para famosa disposição do estatuto dos mercadores de Placência de 1323 que corrobora justamente o expediente da *ficção*, e onde se pode ler "*Quaecumque persona aget vel conveniet de coeteri ex causa negociacionis vel cambii, intelligatur esse mercator, absque alia probacione (...)*" e, mais à frente, "*(...) omnes contrahentes ex causa negociacionis vel cambi habentur et reputantur pro mercatoribus*". Cf. *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 46). Repare-se, não obstante, que a jurisdição consular mantinha a sua matriz profissional e o direito comercial seguia como direito dos comerciantes — só se estendia aos não-comerciantes nas relações, se se quisesse, *mistas* —: unicamente se prescindia, para a determinação da condição de comerciante, do pressuposto da matrícula em detrimento do efectivo exercício do comércio (escrevia GARRIGUES, "(...) o que decide da aplicação do direito comercial não é o dado formal da pertinência ao grémio, mas antes o dado real da actividade mercantil", *in Corso de Derecho Mercantil*, vol.I, 4ª edição, p. 110). Bom é de ver que se estaria a assistir ao alvorecer de raios objectivistas (que acabariam por despontar em outra época mais à frente). Para mais desenvolvimentos e úteis referências, vide *Princípios de Direito Comercial cit.*, pp. 16-18.

⁴⁴ Acompanhando a lição de FERRER CORREIA, *op. cit.*, p. 10. E desde logo autónomo não apenas no sentido actual da palavra, mas tal-qualmente no sentido que ela tinha no sistema do direito romano comum. Esclarece ASCARELLI, "era direito autónomo, pois não se prendia ao direito estatal, mas assentava apenas no consentimento e nos costumes dos interessados, sucessivamente consolidados nos *constituta usus medievais*;

5. Era este um direito de classe — atentas quer a sua fonte, quer a sua aplicação, quer a sua jurisdição — e assim se conservou, salvo algumas distorções, até à Revolução Francesa. Se com a Idade Moderna se dá uma maior internacionalização do comércio — em boa medida graças aos descobrimentos, que terão levado a que o Mediterrâneo não mais fosse centro exclusivo das ambições mercantis —, quase paradoxalmente se assiste igualmente a uma como que nacionalização: é a época da estatização-nacionalização do direito comercial⁴⁵. Os Estados monárquicos, zelosos em fazer recrudescer a sua autoridade, alinham-se em esforço de criação legislativa⁴⁶, alternativa à consuetudinária: ao direito das corporações substitui-se o do Estado, que se transforma em instrumento de unidade política; os comerciantes passam a ser tão-só destinatários de um direito comercial *estadual*.⁴⁷ O que não significa que o seu processo afirmativo — do direito comercial, leia-se — houvesse que estancar.

A Revolução veio arredar as distâncias entre os homens que a lonjura da história havia retido, tal-qual os privilégios de classe ora firmados — a lei de Chapelier (Lei de

era autónomo, pois que da competência de uma jurisdição consular particular, que por seu turno se contrapunha à jurisdição geral do magistrado comunal." *Panorama de Direito Comercial* cit. p. 24.

⁴⁵ GALGANO, *op. cit.*, pp. 55 e ss..

⁴⁶ Assim nascem as Ordenações francesas, os primeiros documentos de legislação comercial escrita, preparados sob o comando de Colbert por Jacques Savary, a primeira delas publicada em 1673 afecta ao comércio de terra, e a segunda, de 1681, ao comércio marítimo. Escreve PINTO COELHO que as ordenações publicadas sob Luís XIV, "monumentos de verdadeiro progresso em referencia ás normas anteriores", "tiveram uma percuciente influencia, por intermedio do Código Commercial Francês, nas legislações e codigos modernos". *Op. cit.*, p.12. Na apreciação de MENEZES CORDEIRO, terão sido justamente estas leis comerciais que terão permitido conservar, enquanto corpo autónomo, o *jus mercatorum* medieval; ter-se-á preservado a cultura comercialística, emprestando-lhe uma base moderna: o poder do Estado. De tal sorte que em Inglaterra, onde estas leis não tiveram lugar, o Direito comercial terá definhado e acabado por desaparecer no séc. XVIII integrado na *Common Law*. Cf. *op. cit.*, p. 54. Em sentido idêntico, LIMPENS, *op. cit.*, pp. 23-24, afirmando que os países que não conheceram aquelas disposições não operaram uma separação tão radical e, passadas as guerras napoleónicas, retomaram o caminho da unificação; e, procurando perceber qual o motivo para apenas França as ter conhecido, avança que parece poder atribuir-se ao estado em que a evolução política e jurídica se encontrava, muito mais avançado do que em qualquer outro país, e que a necessidade de uma legislação territorialmente uniforme se fazia sentir ali mais vivamente — ora, na impossibilidade de realizar uma unificação total, ter-se-á seguido pela unidade das disposições que mais necessitavam de uniformidade, i.e., as disposições afectas ao comércio. De resto, terá sido na ordenança de 1673 que pela primeira vez se reconheceram actos de comércio sem se atender à qualidade de comerciante do seu agente. A este respeito, GUILHERME MOREIRA, *Actos de Commercio* cit., pp. 77 e ss..

⁴⁷ Passa a letra de câmbio, nesta época, a ser tomada como meio de pagamento generalizado. Assiste-se também à proliferação da ideia de agrupar interesses comerciais em entidades diferentes das dos seus titulares individuais. SÁ NOGUEIRA refere a criação de grandes Companhias como, por exemplo, a Real Companhia das Índias, e a progressiva transição da figura do banqueiro para a do banco. E ainda ao aparecimento de Bolsas como lugar privilegiado de venda quer de acções de Companhias quer de mercadorias. Cf. "As actuais coordenadas" cit., p. 359.

14/17-6-1791), onde no texto do seu artigo 1 se podia ler "Sendo o aniquilamento de todas as espécies de corporações de trabalhadores do mesmo estado e profissão uma das bases fundamentais da Constituição francesa, é proibido reestabelecê-las de facto sob qualquer pretexto e seja qual for a forma", alumiava o fim às prerrogativas das corporações: o intervencionismo, apanágio do mercantilismo, cede passo a teses fisiocráticas e ao individualismo; a propriedade privada é reputada como um dos meios de emancipação dos homens, e como tal o postulado de que a ela devem ter acesso.⁴⁸ Mas o prenúncio não se cumpria por inteiro. De tal ordem era o calor da tradição, e de tal ordem se achava arraigada a separação entre "civil" e "comercial", que não terá ido avante a supressão da legislação comercial; ter-se-á cuidado, apenas, de lhe emprestar um outro fundamento.⁴⁹ E ante a repressão de uma qualquer distinção entre os *homens*⁵⁰, seguir-se-ia por uma distinção entre os *actos* — e tanto é dizer, escorando-se no *acto de comércio* (a lei não definia acto de

⁴⁸ Veja-se, RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*.

⁴⁹ "A tradição anterior tinha uma base nitidamente pessoal, atribuindo-lhes [aos comerciantes] jurisdição própria. A Revolução Francesa não podia contemporizar com esse tipo de privilégio. Mas como a autonomia do Direito comercial era vivida enquanto dado ontologicamente irrecusável, houve que remodelar: a competência dos tribunais de comércio seria ditada não pela qualidade das partes, mas pelo facto que dê azo ao litígio." Cf. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 57. "Si, en effet, la révolution française, en supprimant les corps de métier, a supprimé la cause première de l'autonomie de la législation commerciale et exclu tout simplement la possibilité d'un droit de classe, elle ne peut réaliser l'unification du droit commun, et elle doit reconnaître et sanctionner l'autonomie du droit commercial, en développant le critère objectif qui s'est déjà manifesté dans les Ordonnances jusqu'à ce qu'elle arrive, avec le code de commerce du 10 janvier 1808, à une réglementation objective d'activités déterminées réputées commerciales." ROTONDI, "L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie", *Sep. de Inchieste di Diritto Comparato*, 1973, vol. 3 (pp. 491-546), p. 498. No entender de PIROVANO, *Introduction critique au droit commercial contemporain* (ali referenciado), pp. 226-227, o Código terá disfarçado a sua verdadeira intenção de tratar afinal os comerciantes.

⁵⁰ "A ideologia revolucionária, escrevia ESCARRA, era adversa à manutenção de um direito de casta e preconizava a igualdade de todos os cidadãos perante uma legislação uniforme." *Manuel de droit commercial*, vol. I, p. 14.

comércio, antes antevia um rol de actos).⁵¹⁻⁵² O objectivismo tornava-se bandeira da revolução. Assim era ao menos em teoria.⁵³

⁵¹ Depois de largas décadas de grande valia, por obra do sucessivo desenvolvimento das relações comerciais as Ordenações ter-se-ão achado desajustadas, de maneira que ao ano de 1787 se acha conveniente a nomeação de uma comissão que procedesse ao estudo e composição de normas que pudessem acompanhar o ânimo da actividade comercial — conclui-se pela conveniência de recolher num só corpo, sistemática e unitariamente, o conjunto de normas relevantes para capazmente atender aos interesses do comércio; enfim, que lograsse remodelar *de fond en comble* a tão confusa legislação comercial. Os sucessos revolucionários de 1789 terão, no entanto, interrompido os trabalhos dos comissionados. A própria conjuntura do comércio ter-se-á alterado sobremaneira: ao regime corporativo sucede o regime da liberdade económica. Os esforços de codificação só mais tarde chegariam a bom porto, projecto ressuscitado por mérito de Napoleão, entrando o *Code de Commerce* em vigor a 1 de Janeiro de 1808 — com ele se assinala o início da época contemporânea na evolução do direito comercial. Conquanto o grande mérito que viria a colher — já que não só terá inspirado legisladores de outros países a o aceitarem e acolherem quase sem reservas, como terá igualmente participado indirectamente para o estímulo de publicação de códigos comerciais nacionais em quase todos os países (vale dizer que foram cerca de quarenta os códigos comerciais publicados no decurso do século XIX) —, é amiúde criticado por, tendo acolhido as *Ordonnances* de Colbert, pecar por falta de inovação, chegando até a ser apreciado como o menos perfeito dos códigos napoleónicos. De resto, corporizou uma opção de fundo que seria determinante para a evolução subsequente do direito comercial: a da natureza privada da regulação do comércio. Veja-se, a este respeito, por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial I: O problema da empresa como objecto de negócios*, pp. 23 e ss.. Numa perspectiva do movimento codificador enquanto fruto do Iluminismo — o desprezo pela tradição, que leva ao repúdio da fonte consuetudinária e à exaltação da lei como única fonte do direito; ao mesmo tempo, a certeza e a segurança reclamam a não dispersão das leis —, vide SANTOS JUSTO, "O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 71 (1995), pp. 27-96. Sobre a gênese do *Code de Commerce*, na sequência da crise bancária de 1805, vide PAIS DE VASCONCELOS, *A miragem das piastras — Napoleão, Ouvrard, Récamier e o Code de Commerce de 1807*, onde se lê que as razões que terão conduzido ao recomeçar dos trabalhos de aprovação do código constituem um "verdadeiro romance histórico" e que são elas o melhor modo de compreender as características que deram azo às críticas de que foi alvo (cf. p. 7).

⁵² Enfim, como compendia FERREIRA BORGES, o direito comercial "que nasceu puramente dos *usos*, que o *commercio* inventou e guardou e melhorou á proporção, que se estendeu: depois estes usos forão sancionados por diversas leis, e ordenanças parciaes: d'ahi a navegação levou d'uma Praça a outra essas lei, que as adoptou: d'ahi nascêram emfim os Codigos ou collecção geral d'essas leis, que cada nação refundio para si". Cf. *Diccionario Juridico-Commercial*, p. 127. De um modo geral, sobre a história do direito comercial, vejam-se GOLDSCHMIDT, *op. cit.*; BOURCART, "Esquisse historique du droit commercial jusu'an Code de commerce Français de 1807" in *Annales de Droit Commercial et Industriel Français, Étranger et International*, T. 33, 1924, pp. 281 e ss.; RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, pp. 9-18; COSACK, *Traité de Droit Commercial* (tradução da 6ª edição alemã por LÉON MIS), T. I, pp. 20-32; e HUVELIN, *op. cit.*. Ainda para detalhada exposição, rematada por proveitosa sistematização das fases de evolução do direito comercial — desde a era de direito consuetudinário puro, seguida da de direito consuetudinário escrito, e, depois, da das leis escritas, até ao movimento de codificação (e posterior movimento de dissolução — dada a sua imperturbabilidade face às novas transformações e manifestações da actividade comercial, que terá dado azo à publicação de numerosas leis, prejudicada assim que fica a unidade da codificação) — vide PINTO COELHO, *op. cit.*, pp. 11-16. Ainda com valia, sobre a evolução, em geral, do direito *privado* (do costume ao código) vide tb. CUNHA GONÇALVES, *O problema da codificação do direito civil* (dissertação para a 8ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pp. 9-21.

⁵³ Em bom rigor, no *Code de Commerce* não estava plasmado um sistema puramente objectivo (de que, desde logo, não se conhece exemplo algum). Íntimo com a ideia de um comércio inorgânico, não apenas no sentido de um comércio aberto a todos, que, com a extinção de todo e qualquer privilégio classista do *Ancien Régime*, sempre estaria no ímpeto irreprimível do sentimento revolucionário — não apenas nesse sentido, mas para além dele, na configuração de um comércio provento de actos isolados, dispersos, não de tessituras de actividades aglutinadas por força interna. No limite, esta visão atomística levaria à um direito comercial *sem comerciantes*, ou, ao menos, à extrema depreciação da figura. Nunca terá assumido, no entanto, tamanho préstimo: o *Code de Commerce* não terá levado o seu "objectivismo" a um tal apuro, bem que se terá ocupado

Se é certo que o curso objectivista em si não trazia abertamente um qualquer mote unificador, terá tido, ao menos, o condão de o semear nos *espíritos*.⁵⁴ Pois que se se demarca o direito comercial do direito civil "a partir de um critério que é... indefinível, a potencial consequência é o próprio direito comercial perder a sua substancialidade e tender a diluir-se no direito civil"...⁵⁵

SECÇÃO II — PLANO NACIONAL

6. O direito comercial português acompanha microscopicamente a evolução geral do direito mercantil.⁵⁶ Se no começo da monarquia foi a agricultura o desígnio primeiro da protecção dos imperantes, depressa Portugal, "perante cujas enseadas se desenrolava a amplidão dos mares, entreviu em a navegação o incremento de sua prosperidade". E ante a exiguidade da população agrícola, ao tempo enregada quer na tripulação das caravelas quer

também da posição daqueles que profissionalmente deles se prestam; chegando-se, mais tarde, ao entendimento de que são actos de comércio (relativos) os realizados por um comerciante no exercício ou por causa das necessidades da sua actividade. Por tanto se considera que o sistema do código é *misto*, um *híbrido* de objectivismo e subjectivismo, embora com um ponto de partida objectivo. Assim, FERRER CORREIA, "Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 44 vol. I (Maio de 1984), (pp. 5-43) p. 7. O mesmo se poderá dizer quer do código italiano de 1882, quer do português, estes já com a particularidade de que a presunção genérica de comercialidade quanto aos actos dos comerciantes se encontra prevista em texto expresso. No fundo, o que se pode dizer com segurança é que abriu largo caminho a uma era de objectivação no direito comercial. Era esta, porventura, já antes despontada, particularmente no sistema da ordenança, em que assistira já quer a uma tendência para a objectivação, quer a uma tendência para a expansão, podendo dizer-se que a teoria dos actos de comércio já se havia de alguma forma inserido no sistema. Não obstante, ficará de pé a ideia de que o "ponto de partida" (na formulação de GOLDSCHMIDT, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 29 nota 21) era, no sistema da ordenança ainda "subjectivo", só se vindo a tornar "objectivo" no código napoleónico. Neste sentido, HAMEL/LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, T. I, pp. 30-33, que terão tb. procurado identificar nas Ordenações de Luís XIV augúrio objectivista (em particular na vulgarmente conhecida por *Ordenança do comércio*, *Código de Marchand* ou *Código de Savary* — de Maio de 1773 —, e na geralmente designada por *Ordenança da Marinha* ou de *Colbert* — de Agosto de 1681); *op. cit.*, p.164. Ficar-se-ia a dever a impressão objectivista no código napoleónico à doutrina do séc. XIX, em particular a PARDESSUS (cf. *Cours de droit commercial*, T. I., 6ª edição). *Vide* tb., com vastas referências, ORLANDO DE CARVALHO, *op.cit.*, p. 121 nota 64.

⁵⁴ SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 304.

⁵⁵ CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I: *Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, p. 26.

⁵⁶ Apreciação colhida em PINTO COELHO, *op. cit.*, p. 17. Na linha da sistematização de FERNANDO OLAVO, no período de formação do direito comercial português poder-se-ão demarcar três fases: a primeira, que vai desde o início da nacionalidade até às Ordenações Afonsinas; a segunda, que começa nestas Ordenações e termina imediatamente antes da Lei da Boa Razão; e a terceira, que tem lugar desde a Lei da Boa Razão até ao advento do Código de 1833. Cf. *Direito Comercial*, vol. I, 2ª edição (2ª reimpressão), p. 25 e ss..

na torrente da emigração colonial, fez a iminência do perigo — desamparada que estava a indústria fabril "á mingua de garantias que a protegessem contra a invasão dos artefactos estrangeiros" — compreender a conveniência de exaltar o tráfico mercantil, procurando que se precavesse "contra os embustes que o deslustravam, e alquebrando as peias que lhe tolhiam o desenvolvimento".⁵⁷

7. No início da nacionalidade era o comércio disciplinado por algumas, poucas, disposições de direito romano, visigótico e canónico, e, em grande medida, pelos usos e costumes⁵⁸, que terão sido depois, sobretudo os que se ocupavam dos privilégios, levados a forais, estes de carácter restritamente local. Já nas Cortes de Coimbra de 1211 surgem as primeiras leis gerais — porque "a tendencia publica, e os interesses da Coroa, pedião outras Leis, que tanto pela sua origem, como pelas suas vistas, comprehendessem não uma parte, mas o todo da Nação"⁵⁹ —, algumas das quais de préstimo abertamente comercial, mais precisamente relacionadas com o comércio marítimo, de entre as quais a célebre *Lei dos Arrojos* de D. Afonso II, que proibia a ocupação de objectos que dessem à costa, quer pertencessem a navios portugueses quer a estrangeiros "*ca sem razom parece aaquelle que he atormentado dar-lhe homem outro tormento*". A que sucedem, mais tarde, a lei de D. Afonso III que oferecia protecção às transacções nas feiras e mercados⁶⁰; as leis marítimas de D. Dinis, reinado em que se renova o antigo tratado de comércio com a Inglaterra; a lei de D. Afonso IV sobre o fretamento e carga dos navios; e as leis de D. Fernando relativas às

⁵⁷ HINTZE RIBEIRO, *Da reforma da legislação commercial*, p. 11.

⁵⁸ "Como, porém — escrevia VEIGA BEIRÃO —, o homem se não pode viver sem ideal, não pode só com elle viver, e como as necessidades iam crescendo á medida que os tempos se iam tornando menos duros e os povos menos rudes, era natural que os costumes fossem suprimindo a falta de disposições especiaes que regulassem as relações economicas que, fatalmente, tinham de se crear e crescer dia a dia." "O Direito Commercial em Portugal" in *O Direito - Revista de Jurisprudência*, T. XLVI (1914), (pp. 2-5; 49-50; 334-340), p. 49.

⁵⁹ COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito patrio*, p. 80.

⁶⁰ Dos primeiros anos do reinado de D. Afonso III são também os mais antigos testemunhos do nosso comércio com outros países, o que sugere a existência de relações mercantis externas já em tempos anteriores "porquanto — escreve GAMA BARROS — a importação e exportação das mercadorias diversas a que se refere a lei de 26 de dezembro de 1253 para regulamentar o seu trafego, não podiam ser factos que resultassem d'essa lei, mas pelo contrario pressuppõem necessariamente uma actividade commercial que ella já encontrava estabelecida, e por este motivo a submettia a determinados preceitos." Pese embora seja até de crer que ascendesse a um período já muito remoto, pois que a existência de um porto "que não tinha rival na Peninsula" com a conquista de Lisboa de 1147 e bem assim de uma armada portuguesa aquando da expedição ao Algarve, em 1189, acusa precisamente actividade de tráfico marítimo, pelo menos entre os portos do país. Assim, e para análise das relações que mantínhamos, e com que países, neste período *vide Historia da Administração Publica em Portugal nos Seculos XII a XV*, 2ª edição, T. IX, pp. 314 e ss..

bolsas marítimas (instituições de seguro marítimo mútuo) e ao registo de navios.⁶¹ Terão sido elas a permitir ser Lisboa uma das praças mais acreditadas da Europa ao tempo, "um porto de notável tráfico mercantil, e especial e confiado cambio com os estrangeiros que aqui se estabeleceram numerosamente".⁶²

8. A vastidão de leis publicadas desde Afonso II a D. João I, muitas entretanto alteradas e outras tantas revogadas, e as incertezas por elas motivadas, levou os procuradores dos concelhos a pedir ao monarca um exame e reforma dessas leis. Publicadas a 1446, as Ordenações Afonsinas previam já um vasto número de disposições relativas ao comércio⁶³, que se repetiram nas Ordenações Manuelinas, além de outras que foram sendo publicadas no correr desses sessenta anos.⁶⁴ É por esta altura que se desdobra e amplia sobremaneira o nosso poder comercial e se dilatam as ânsias de conquista em terras de além-mar. Afervorou-se o espírito das conquistas e descobertas e foram os nossos maiores, "mundo fóra, arrear em longinquas paragens o emporio da Luzitania"⁶⁵. Com os descobrimentos marítimos o *gravitas* desvia-se do Mediterrâneo para o Atlântico e Portugal torna-se "o mais florescente conquistador e Lisboa a cidade mais gananciosa e opulentamente mercantil da Europa da

⁶¹ Veja-se, a este respeito, CAEIRO DA MATTA, *Direito Commercial Português* cit., pp. 90-96.

⁶² PINTO COELHO, *op. cit.*, p. 17. Diversamente do que em outros países se houvera assistido, não se regista entre nós apreciável contributo das corporações para a formação do direito comercial — que terá sido, a bem dizer, perto de nulo: só se conhecem regimentos corporativos a partir do século XV, de entre os quais apenas aqueles que cuidam da concorrência desleal se relacionam com o direito mercantil.

⁶³ "Se quizessemos ajuizar d'estas Ordenações pelas ideas do Seculo actual — escrevia COELHO DA ROCHA —, muito haveria que censurar: porém se remontarmos á era, em que forão compiladas, e nos rodearmos das circumstancias, costumes e macimas, que então vogávão, não só havemos de escusar, mas ainda admirar os seus auctores; os quaes com poucos subsidios e sem modelo emprehenderão este Codigo, o primeiro de toda a Europa, depois dos da meia idade. Falta-lhe, é verdade, unidade de plano. A mistura das disposições do Systema Feudal, que decaía, com os principios de Direito Romano e Canonico, que se acreditavão, deixou n'ellas contradicções e inconsequencias, que debalde procuraremos conciliar. Porém se nas Ordenações posteriores alguma filosofia se póde descobrir, é aos compiladores das Affonsinas, que ella se deve; porque os outros não souberão quasi mais, do que em parte copial-as sem attenção á mudança dos tempos; em parte mutilal-as, e tornal-as difficultosas d'entender por falta das integras, e omissão dos motivos, que as tinham dictado, e que a cada passo precisão ser indagados." *Vide op. cit.*, p. 133.

⁶⁴ A data de publicação das Ordenações Manuelinas é assunto de descontraídos entendimentos. Cf. GUILHERME MOREIRA, *Historia e principios geraes do direito civil portuguez* cit., pp. 93-95. Comparando estas ordenações com as Afonsinas, verifica-se que o sistema, espírito e princípios gerais, é o mesmo, tendo os novos compiladores unicamente aditado algumas providências que no intervalo entre as compilações foram publicadas. VEIGA BEIRÃO aponta já nestas Ordenações, e bem assim nas que se seguiram, seguros indícios de transformação que, entre nós, as explorações ultramarinas iam operando. Assim, e sobre o que de novo se inscreveu face às Ordenações Afonsinas *vide* "O Direito Commercial durante a Dynastia Avisense e a dominação Filipina" em *O Direito - Revista de Jurisprudência*, T. XLVII (1915), pp. 291-292.

⁶⁵ HINTZE RIBEIRO, *loc. cit.*

Renascença"⁶⁶. Só que de um tal avanço não terão sabido as providências régias cuidar todos os interesses que daí colheria um povo de soberanos e dirigentes sábios⁶⁷, já que "procurar dar á actividade mercantil uma lei organica foi cousa que [os nossos reis] não souberam"⁶⁸: não foi esse extraordinário desenvolvimento amparado por uma política e acção legislativa adequadas.⁶⁹ Ao ano de 1594 é aprovado o regimento da provisão de restabelecimento do

⁶⁶ PINTO COELHO, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ "Os nossos reis apenas pensavam em dilatar o nosso dominio, abrindo novo campo á actividade mercantil, principalmente no intuito de posteriormente estabelecerem quasi um perfeito monopolio em seu beneficio (...)". Assim, CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁹ No principio desta época, a nação achava-se populosa, rica, aguerrida e com uma marinha respeitável, animada por comoções de patriotismo: havia que aproveitar este seu vigor, guiado que foi para o Ultramar, levando "a guerra aos Mouros d'Africa em justa reacção, da que elles havião feito á Hespanha: n'isto interessava a gloria, a politica, e a Religião". Tomando de primeiro assalto a praça de Ceuta, depois as ilhas do Atlântico, seguindo avante pela costa ocidental de África; num tal apuro que "a gloria militar, as aventuras maritimas e a colonisação dos paizes novamente descobertos, foi então o gosto da Nação, e o objecto da politica do Governo". Os desígnios que se seguiram passavam por "fazer a viagem em roda da Africa, abrir por ahi a communicacão com a Índia, chamar a Lisboa o comercio das especiarias e dos generos da Asia, que antes se fazia pelos pórtos do Levante, e ao qual os Turcos e Venezianos devião a sua grandeza". Mas a descoberta da Índia por Vasco de Gama em 1498, que na Historia Universal assina uma das épocas mais importantes, "não indica em Portugal (póde dizer-se affoutadamente), senão o termo da sua grandeza sólida e verdadeira": as riquezas do Oriente surtiram entre os Portugueses os mesmos efeitos "que em todos os tempos tem feito sentir aos seus Conquistadores" (escrevia HINTZE RIBEIRO, "Mal de nós que nos cegaram as riquezas do Oriente, e que o brilho das minas de ouro e prata nos deslumbrou a ponto de nos esquecermos de que não basta adquirir dominios, senão que é tambem necessario conserval-os, mediante uma prudente e sobria administração." Cf. *op. cit.*, p. 12). Bem assim que "a antiga singeleza foi substituída por um luxo immoderado; este corrompeo os costumes; e a avidez do ouro occupou o lugar da virtude e do patriotismo. Por outra parte as longas e perigosas viagens, a guerra e a colonisação, despovoavão o Reino, e abrião um vasio, que as riquezas não podião encher. Desgraçadamente o Governo considerava o Commercio externo, como fructo das Conquistas: não o prendia com estabelecimentos calculados, nem curava de remover os obstaculos, que no futuro o podião arruinar: aproveitava-o da mesma fórma, que o proprietario improvido consóme a abundante seára, que a natureza casualmente lhe deo em um anno sem se prevenir para os annos seguintes." Para tanto, e mais ainda, *vide* COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a história do governo* cit., pp. 141 e ss..

E a bem dizer, não só não teve paralelo em termos legislativos, como se pode até afirmar que muitas das providências régias decretadas contrariaram esse mesmo desenvolvimento, como, a título de exemplo, a tomada em tempo de D. Sebastião em que se proíbe e reprime sob as mais graves penas a usura, quaisquer negócios de *interesse de dinheiro*, como ao tempo era vulgar dizer, "(...) com tanto rigor, como se não encontra no casuista mais severo, (...)", ou a que determinava o que cada um havia de gastar, comer, vestir, etc., "punindo com penas severas os alfaiates, officiaes e obreiros que fizessem ou concertassem os trajos e coisas prohibidas". Cf. CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 98.

RUI FIGUEIREDO MARCOS chama igualmente a atenção para este "singular contraste que o nosso país evidenciou": "Pioneiro do tráfego marítimo com a Índia, foi um dos últimos a conhecer grandes Companhias mercantis. Não por manifesta descrença no sistema, mas em resultado de uma solução organizativa distinta que logo se firmou no alvorecer dos descobrimentos portugueses. Consistiu na simples gestação de um puro comércio de Estado. Se a coroa havia lançado essa aventura nacional, competia-lhe resolver os problemas que uma empresa de tamanha magnitude suscitava, em especial chamando a si a condução de uma vida económica inteiramente nova. No plano immediato, tratava-se da forma de operar mais exequível, sem empalidecer, todavia, o propósito de assegurar o trânsito dos virtuais beneficios para o tesouro público. Não admira, pois, que vingasse o principio da exploração régia de um trato que envolvia, muitas vezes, delicadas questões políticas." Adiantando também que se é sabido que a política de monopólio constituiu uma condição indispensável de êxito na fase das descobertas, o mesmo não se verificou na posteridade em que se subjugou ao interesse da coroa a economia do País. *As companhias pombalinas: contributo para a história das sociedades por acções em Portugal*, pp. 111-112.

tribunal do consulado (criado no tempo do cardeal D. Henrique). Pois que tendo diminuído, por falta de ordem, o tráfico de Lisboa com a Índia e outras conquistas de Portugal, bem como com outros países, tornava-se necessário instituir um Consulado e Casa de Negócio mercantil para julgar com brevidade as causas entre mercadores e homens de negócio, "attendendo-se mais á prática do que aos pontos de direito".⁷⁰ Mais tarde, a fim de se proceder a uma revisão das Ordenações Manuelinas que obviasse à confusão de leis que se fazia sentir ("ou antes, para obter a estima dos portugueses e, principalmente, do clero, garantindo-lhe os privilegios"⁷¹) são concluídas as Ordenações Filipinas ao ano de 1595, havendo, no entanto, indicações que sugerem que nelas se terá continuado a trabalhar, sendo de novo confirmadas em 1603, e depois em 1643. A esta compilação é apontada — de resto na linha do que se assistira naquelas — falta de método e de inovação, já que retoma em grande medida quer o espírito quer as disposições das anteriores, a par do aditamento de legislação posterior, principalmente a prevista na Coleção de Duarte Nunes do Leão.⁷²

Numerosas foram as leis extravagantes promulgadas nos tempos que se seguiram, e bem assim as disposições das Ordenações que foram sendo revogadas — não só por outra Lei propriamente dita, mas também por Cartas Régias, Resoluções de Consultas, Provisões,

⁷⁰ Assim era o espírito da provisão, do ano de 1592, e que FERREIRA BORGES terá reputado como "um monumento de sabedoria que do cimo de dois seculos accusa a nossa ignorancia hodierna", em *Das fontes, especialidade e excelencia da administração commercial segundo o Codigo commercial portuguez*, p. XVI. Pode também ler-se no seu *Diccionario juridico-commercial* que era importante sujeitar as contestações que surgissem entre negociantes a juizes que tivessem, não só o conhecimento das leis, mas também o hábito das operações comerciais: "cumpria simplificar as fórmãs do processo em todas as suas partes, tornar as dilatações dos litigios mas curtas, a organização do processo menos complicada, a execução do julgado mais prompta, e dar assim ao andamento dos negocios commerciaes aquelle movimento rapido, de que não podem separar-se". E bem assim que, tendo "o nosso Portugal" seguido "o fado das demais nacções", e tendo restabelecido um antigo tribunal, tratou-se de lhe dar "uma excellente *ordem de processo*, uma optima eleição de seus juizes, local, e n'uma palavra constituiu-se um optimo Tribunal de Commercio". V. p. 409. O Consulado tinha atribuições contenciosas, consultivas e administrativas. Viria a ser abolido por alvará de 13 de Fevereiro de 1602 — porque "não convinha á dominação d'Hespanha" —, pese embora haja mais tarde, nas Ordenações Filipinas, disposições que para ele remetem. Sobre a sua composição, funcionamento, abolição e subsequente substituição, bem como, de um modo geral, a evolução no domínio jurisdicional, veja-se, por todos, CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 99 e ss..

⁷¹ Assim, GUILHERME MOREIRA, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁷² "E isto — escrevia COELHO DA ROCHA — com tanta incuria, que em muitas partes deixarão obscuridade, ou palpaveis contradicções." *Op. cit.*, pp. 198-199. Anunciaram-se mais antiquadas e defeituosas do que poderia indicar a sua certidão de idade, pois que "a preocupação de respeitar a tradição jurídica portuguesa absorveu de tal forma o espírito dos seus compiladores — a fim de evitar possíveis descontentamentos — que elas nasceram, pode dizer-se, já envelhecidas: em vez de uma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão actualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples actualização das Afonsinas", corporizando uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos. Assim, GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro* (Sep. *Scientia Iuridica*, 4, 1954), p. 9. Para o relato daquelas que foram as disposições aditadas *vide* VEIGA BEIRÃO, "O Direito Commercial durante a Dynastia Avisiense" *cit.*, pp. 339 e ss..

e até Avisos dos Ministros d'Estado —; de tal maneira numerosas que "não só veio complicar", mas "que ninguém pode aspirar, não só a saber-as, mas nem ao menos a conseguir uma completa coleção".⁷³ De tal sorte que rapidamente se voltou ao estado de coisas anterior: a legislação portuguesa, constituída por um sem número de diplomas — cartas de lei, leis, decretos, regulamentos, regimentos, alvarás, assentos, provisões, avisos, portarias, resoluções de consultas e privilégios —, achava-se emaranhada, confusa, caótica. O direito romano e o direito canónico continuavam a valer como subsidiários e, estes faltando, seguir-se-iam as opiniões de Acúrsio e Bártolo, isto quando a opinião comum dos doutores não fosse contrária.

9. Na administração de Marquês de Pombal muito se fez para afervorar o ânimo do comércio e da indústria, e bem assim da instrução em geral, especialmente da cultura jurídica. Fundam-se grandes companhias, de que são exemplos a Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão e a Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro; institui-se a Junta do Comércio, elevada a tribunal em 1788 e mais tarde convertida na Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação (com jurisdição sobre todas estas matérias); e cria-se a Aula do Comércio. Promulga-se um sem número de extravagantes, tendentes a firmar instituições, a irrogar preceitos, a remodelar costumes, a conferir jurisdições.⁷⁴ De maneira que, em esforço de organização do direito pátrio, ao ano de 1769 é publicada a Lei da Boa Razão. Determinava ela que aos casos omissos se aplicassem as leis económicas, mercantis e marítimas das nações civilizadas.⁷⁵ Só que "devendo com justa razão ter-se por

⁷³ COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, pp. 204-205.

⁷⁴ Lê-se com HINTZE RIBEIRO, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁵ Com preterência às romanas, "porque os Romanos sobre estes artigos tiveram vistas muito curtas". Assim escrevia CORREIA TELLES, em *Commentario Critico á Lei da Boa Razaõ em data de 18 de Agosto de 1769*, p. 62. Com efeito, procurando-se alterar o então estado de coisas, ordenou-se por via desta lei que o direito romano só fosse observado quando conforme com o direito natural, com o espírito das leis pátrias e com o Governo e circunstâncias da Nação, e bem assim que o direito canónico fosse remetido para os tribunais eclesiásticos e matérias espirituais; e tirada que foi toda a autoridade extrínseca às glosas e opiniões dos Doutores e aos arestos. *Vide* tb. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, pp. 14 e ss., onde se lê que o seu primeiro cuidado, a respeito da integração das lacunas da lei, terá sido o de "reprimir o abuso, até aí tão vulgarizado, de recorrer aos textos de direito romano ou a outros textos doutrinários, com desprezo do disposto, em sentido inverso, pelo direito nacional", proibindo que "nas alegações ou decisões judiciais, se faça uso de quaisquer textos, ou se invoque a autoridade de algum escritor, enquanto houver determinação expressa das Ordenações, das leis pátrias, ou dos usos do Reino legitimamente aprovados" — só na insuficiência destas fontes, seria lícito o recurso ao direito subsidiário; mas não seria este direito subsidiário, como até então, o direito romano em si mesmo considerado: seria antes "a boa razão (a *recta ratio* da escola jusnaturalista), onde quer que ela se encontre, seja nas leis romanas, seja no direito das gentes, seja nas próprias leis positivas das nações estrangeiras". E, "não contente em colocar essas leis estrangeiras a par do direito romano e do direito

civilizadas todas as nações da Europa (...) e tendo cada huma os seus Estatutos", não raro acontecia acharem-se diferentes disposições sobre o mesmo caso: "eis-aqui aberta a porta ao arbítrio dos Julgadores, que podem conformar se a este ou aquelle Estatuto, como lhe parecer", além de que, "sendo tantas as Nações da Europa, e tão diversas as línguas, he muito difficil, por não dizer impossivel, que o nossos Julgadores possuão comprehender tantos e tão vários Estatutos (...)".⁷⁶ Ao caos legislativo seguia-se o caos jurisprudencial.⁷⁷

10. Assim estava o país quando se deu a revolução liberal. Ora "uma vez alentadas as industrias e assegurada a sua vitalidade, cumpria emancipal-as da tutela regulamentar do Estado, franqueando-as á concorrência e á liberdade". Pois que, "de tantos principios dispersos, de tantas fundações inconnexas, convinha destrinçar, em acrysolada selecção, os que de mais proveito se antolhavam, e, ampliando estes e cortando pelos outros, enfeixar em um só tomo, consoante os dictames de uma boa methodologia, as mais preclaras bases da jurisprudencia mercantil."⁷⁸ Terá sido justamente esta a aspiração de Ferreira Borges, na ânsia de corresponder com a sua obra a uma necessidade nacional, pois que, como o próprio escreve, "(...) entre as muitas necessidades, que padece o nosso Portugal, não vai mui longe na lista a mingoa d'um systema de legislação commercial"⁷⁹, encarregue que foi, em linha com o movimento de codificação que pela Europa se vinha anunciando, de elaborar um projecto de Código Commercial. Viria a ser aprovado pelo Decreto de 18 de Setembro de 1833, entrando a vigor ao dia 14 de Janeiro do ano seguinte. É não raro apontado como

das gentes, como uma das possíveis expressões da *recta ratio*, volta com elas à carga, para dizer que, nessas matérias políticas, económicas, mercantis e marítimas, é «muito mais racional e muito mais coerente» que se recorra ao subsídio «das sobreditas leis das nações cristãs, iluminadas e polidas» do que ao subsídio das leis romanas. E esta disposição sempre foi entendida pelos intérpretes, daí em diante, como totalmente impeditiva da aplicação subsidiária do direito romano em tais matérias."; e, ainda, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Jurisconsultos Portuguezes do século XIX*, vol.II, §6.º — José Ferreira Borges, pp. 278 e ss..

⁷⁶ CORREIA TELLES, *loc. cit.*

⁷⁷ O relato de HINTZE RIBEIRO é assaz elucidativo do estado de coisas que tinha lugar. "D'esta agglomeração de leis emergiam, todavia, para o commercio tres defeitos capitaes: — uma organização judiciaria nimiamente fraccionada, um processo enredado de especialidades e anomalias, um direito formado de preceitos dispersos e de multiplices privilegios; muitos juizes com attribuições dissidentes, muitos pleitos com formulas privativas, muitos edictos com resoluções deficientes, sempre as preeminencias a chocarem-se, as nullidades a pullularem, as provisões a amontoarem-se; n'uma palavra — a controversia, a confusão, a instabilidade." É continua, relançando "os olhos para esse cahos". Para tanto, *vide loc. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*, p.19.

⁷⁹ Cf. *Codigo Commercial Portuguez*, em dedicatória a sua majestade imperial, o senhor D. Pedro, Duque de Bragança.

verdadeiro *monumento jurídico*, que muito dignificou o seu autor e País.⁸⁰ Só que, ao contrário do que imaginara Ferreira Borges, o código não encerrava em si mesmo o remédio das suas imperfeições.⁸¹ Os factos encarregar-se-iam de demonstrar o prematuro envelhecimento do código⁸², de tal sorte que o seu estado de graça foi efémero e rapidamente

⁸⁰ A implantação do despotismo em Portugal ditou que Ferreira Borges houvesse que partir para o estrangeiro para assim poder respirar sob uma atmosfera de liberdade. Escrevia CAEIRO DA MATTA, *in op. cit.*, pp. 110-112, que aí, "ao contacto com instituições mercantis aperfeiçoadas, reconheceu o espirito mesquinho que dominava a legislação mercantil em Portugal, onde o juízo commercial se achava dividido ou confiado a uma junta, que reunia o administrativo e o judicial, e a um tribunal que, devendo decidir das mais delicadas questões de juízos, carecia de habilitações e qualificações essenciais a seus julgadores". O Código Ferreira Borges assinala o início de uma nova época na história do nosso direito comercial — e bem assim na história geral do direito português, atenta a integração que assim se deu no movimento de codificação começado em França em 1807. Terá sido considerado o mais perfeito de todos os publicados ao tempo "pela abundancia das providencias e pela resolução assisada de uma grande numero de duvidas que se levantavam á face dos codigos estrangeiros". Pois que, se "nem todos os comentadores e reformadores foram extremamente benévolos nos juízos" — desde logo (não associando o à frente juízo a uma qualquer crítica desmedida mas tão-somente ao reconhecimento daqueles que eram os seus defeitos) apreciado como "excessivamente casuistico; em vez de preceitos succintos e precisos estava repleto de definições, explicações, repetições e principios geraes só proprios de um tratado de jurisprudencia; estava redigido com pouca clareza; inseria principios deslocados ou antiquados; continha contradicções e incoherencias, em virtude da diversidade de legislação a que Jose Ferreira Borges recorreu para a sua confecção; accumulava num só corpo legal o direito substantivo e adjectivo; continha muitas disposições de direito civil, se bem que deste defeito possa absolve-lo a circumstancia de o nosso direito civil ser em grande parte incerto, em algumas materias antiquado, sendo não raro necessario copiar-lhe as disposições (...)" (Cf. CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 113-114); o próprio Ferreira Borges, no seu *Código Commercial Portuguez* cit., vir-se-ia a confessar sem grande preocupação de originalidade, declarando ter copiado "com religião muitas vezes as próprias palavras desses milagres da antiguidade, que nenhum compilador, nenhum expositor, nenhum commentador, nenhum juiz, nenhum escriptor enfim se atreveu a alterar ainda, apezar das muitas e repetidas revoluções sociaes", ultimando que "todos os modernos codigos se tocam quasi pela mesma frase na identidade de preceitos, não porque se copiem, senão porque todos derivão da mesma fonte, e todos beberão nella com igual religião e escrupulo conservando as suas palavras sacramentaes" — se de facto nem todos os juízos o enaltecem desmedidamente, certamente não se poderá deixar de reconhecer, "com AZEVEDO E SILVA (no relatório que precedeu o decreto que aprovou o Código Commercial de 1888), que prestou o altíssimo serviço de desembaraçar o país da intrincada e confusa legislação, nada consentânea com a simplicidade e a rapidez das questões mercantis, e, como disse CUNHA GONÇALVES, «ele representou, neste país, um grande progresso cultural e social, ele produziu um aperfeiçoamento das nossas instituições jurídicas e da nossa organização judiciária, e foi um projector de ideias novas e de princípios fecundos num dos mais importantes ramos do direito — o direito comercial». Assim, BARBOSA DE MAGALHÃES em *Jurisconsultos Portugueses* cit., p. 284. Mereceu bom acolhimento do governo, comércio e nação, e vastos elogios de numerosos escritores notáveis, de entre os quais JOSÉ DA SILVA LISBOA, que, em carta dirigida a Ferreira Borges, e publicada no 3.º apêndice do seu livro, *Das fontes* cit., escrevia: "Tendo lido e relido uma obra, em que, no meu humilde entender, o *menor mérito é a dificuldade vencida*, não me resta senão fazer votos ao Céu pela saúde de V. Ex.^a, para continuar em trabalhos de tão feliz êxito e transcendente utilidade"; e VEIGA BEIRÃO, que considerava o Código Commercial de 1833 a "eterna glória do seu autor" (*in Comentário ao novo Código Commercial Português*, p. 90, referenciado em *Jurisconsultos cit., loc. cit.*). Para esmerado relato de todo o processo de feitura do Código Commercial de 1833, não se furtando de proveitosa análise da conjuntura dos outros países e bem assim da influência exercida entre um e outros, bem como para a apreciação das suas disposições e respectiva organização, veja-se, por todos, *Jurisconsultos* cit., pp. 285-311.

⁸¹ Conquanto afirmasse no seu projecto que "não ha proposição, ou these que não seja apoiada ou em lei, ou em jurisprudencia dos mais abalizados juriconsultos" não temendo "muitos dos seus erros, e de suas consequencias na administração da justiça", escreveria: "No entanto elle encerra em si mesmo o remedio a suas imperfeições, e o tempo, que tudo emenda e rectifica completará a sua correcção". Cf. *loc. cit.*

⁸² Escreve BIGOTTE CHORÃO, e segue, "consequência aliás do muito de paradoxal do movimento codificador comercial. É que, a historicidade sempre tão enfaticamente acentuada no que respeita ao direito

viria a ser torpedeado. Os defeitos que à distância notamos não devem, porém, inibir em momento algum um "admirador applauso e uma apreciação bem valiosa em que deve ser considerado o auctor do nosso primeiro Codigo de Commercio" — "autenticando por forma inilludível os principios de liberdade de industria e de commercio que já a Revolução de 89 fizera aceitar na Europa por intermedio dos varios modelos de Constituições adoptadas; obstando, como codigo perfeito, á imperfeição, multiplicidade e conflito das leis anteriormente promulgadas; fixando de maneira nitida os direitos e deveres dos commerciantes, delimitando a competência do foro commercial pela determinação dos actos de Commercio; corrigindo muitos defeitos e dissolvendo as hesitações da jurisprudencia que se formára á volta do Codigo Commercial Francês que o legislador lusitano teve sempre em vista (...)".⁸³ De resto, não será temerário afirmar que a autonomização jurídico-mercantil — "o direito comercial português com o grau de coesão próprio de um ramo especial do direito privado (...), como um conjunto sistemático de regras, dotado de certa precisão, obedecendo a uma orientação definida e com maior ou menor unidade de princípios" — se alcança apenas no momento da sua promulgação.⁸⁴

comercial, impede que se possa pedir ao seu conceito uma validade atemporal, porque, não é algo que é mas que está sendo continuamente (com referência a J. GIRON TENA, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil — estudios*, pp. 19 e ss.). Deste modo a pretensão a-histórica da codificação, intencionalizada à cristalização de um novo sistema normativo, acabaria por se revelar incompatível com a própria evolução histórica, portadora de alterações profundas da estrutura sócio-económica, marcada pela transição do capitalismo comercial para o capitalismo industrial e financeiro." *In A comercialística portuguesa e o ensino universitário do direito comercial no século XIX - I Subsídios para a história do direito comercial*, pp. 25-26. Não terá sido igualmente alheio às maleitas do Código o grau insuficientíssimo de desenvolvimento da comercialística no nosso país, pois que sem tradições significativas (ressalva feita ao mui notável *Tractatus De Assecurationibus Et Sponionibus Mercatorum*, de Pedro de Santarém, cuja primeira edição é publicada em 1552 em Veneza, e cujo autor se pensa ter sido o primeiro de um livro sobre seguros), eram parcos os títulos jurídico-comerciais publicados com anterioridade ao Código, como, de resto, atesta o desabafo de Ferreira Borges (*in loc. cit.*): "Depois de lançar por vezes as primeiras linhas do meu edificio por vezes desisti, porque me ocorria que a falta d'escriptos em nossa linguagem, a falta d'ensino do direito mercantil em nossas escolas tornaria a minha obra inutil por inintelligivel", e por isto, e bem assim pela novidade da matéria para a generalidade dos juriconsultos, vê-se constrangido a desviar-se "na redacção da regra mui geralmente recommendada de não dar definiçoens em leis, e d'evitar doutrinas dispositivas mais proprias d'um compendio ou d'um tractado do que d'uma ordenação". Ainda, e por fim, o Código ressentir-se-ia da antecipação histórica da codificação comercial em relação à civil, circunstância que Ferreira Borges tem consciência que teve influência funesta na feitura da sua obra, pelo que se justifica, dizendo que o direito comercial é direito de excepção e que se tornava "necessário pôr a regra, e dahi a exceição, para evitar o absurdo de legislar exceição a regra imaginada ou incerta, ou enfim não existente; e para deixar ao mesmo tempo já prompto para o compilador do Codigo Civil o fio por onde o nosso Codigo deve necessariamente em harmonia com aquelle atar-se, unir-se, e amalgamar-se n'um só e inteiro corpo de legislação".

⁸³ Assim, PINTO COELHO, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁸⁴ *Idem*, *Direito Commercial Portuguez*, vol. I, p. 1, referenciado em BIGOTTE CHORÃO, *op. cit.*, p. 29. No mesmo sentido, FERNANDO OLAVO, *op. cit.*, p. 40; COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 34 nota 10; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Commercial*, vol. I: *Parte Geral*, p. 151. São apontadas várias razões que justificam que esta autonomização não se tenha dado em momento anterior: desde logo, a implantação de uma centralização estatal-régia relativamente forte (motivada, primeiro, pelas necessidades de reconquista e, depois,

11. Mas não tardou a que os seus defeitos não mais se pudessem tragar, abrasados que foram quer pelos adversários da sua obra quer pelas novas necessidades da vida comercial a que era necessário acorrer. Várias foram as propostas de reformas aventadas no correr dos tempos que se seguiram. Certo é que nenhuma delas vingou, pois que o que se denunciava necessário era, em seu lugar, uma refundição completa do código, de maneira que o nosso direito comercial lograsse acompanhar as transformações que se haviam operado nas suas instituições.⁸⁵ Foram então nomeadas comissões que procedessem à revisão do código, mas que, em virtude da sua improdutividade, viriam a ser suprimidas pelo decreto de 10 de Junho de 1886, visando procurar-se na iniciativa individual o que o elemento

pela expansão ultramarina; o que terá levado a que nunca se tenha chegado a assistir a uma cultura estatutária urbana independente do Rei); a circunstância de, a par dos mercadores-burgueses, também membros da casa real, nobres, ordens religiosas, ordem militares intervirem de forma considerável na actividade comercial; a muito fraca ressonância que as associações de tipo corporativo tiveram nos primeiros séculos da monarquia — e bem assim depois do século XV, pois que mesmo nessa altura não é de parecer que a corporativização nos "mesteres" se tenha propagado ao grande comércio; a inexistência de tribunais de comércio (cujo aparecimento é testemunhado apenas no final do século XVI); e a limitada projecção das feiras — desde logo quando comparadas com "outras além-Pirenéus" —, embora delas haja notícia logo no século XII. Assim, e com vastas referências, *vide* COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁵ O retrato de MARGHIERI (referenciado por CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 118-120) é elucidativo da revolução que se deu no direito mercantil moderno. "A applicação do vapor e da electricidade aos meios de transporte e de comunicação repercutiu-se pelos seus effeitos sobre todo o movimento economico das nações e, facilitando as trocas, alargou a esphera das transacções e creou numerosas fórmulas de novas relações juridicas. O contracto de transporte mudou completamente a sua physionomia economica e juridica. Os contractos de sociedade ampliaram a sua esphera e, particularmente sob a fórmula de anonymato, tornaram-se cada vez mais indispensaveis para conseguir fins de demandam grandes capitaes. E enquanto o desenvolvimento do primeiro, fazendo affluir facilmente as mercadorias sobre os nossos mercados, tornou cessarias novas instituições, auxilia a compra e venda, e outras relações recebem um forte impulso, como o mandato e a commissão; o alargamento das outras acompanhou *pari passu* o credito e creou numerosas associações de capital e de trabalho, para os fins mais diversos, desde as modestas cooperativas até ás poderosas empresas bancarias. O trafico fiduciario dos titulos diffunde-se e parece querer substituir inteiramente o dinheiro effectivo. A letra de cambio muda de natureza, não é mais a expressão do cambio trajecticio, mas a prova de um contracto formal, que se conclue mediante a sua negociação. A clausula á ordem amplia-se a todos os titulos commerciaes, desde a letra de terra até ás facturas, e é dentro em pouco seguida da clausula ao portador, que fez com que estes titulos desempenhassem as funções de dinheiro. Os warrants (conhecimentos de depositos em mercadorias em armazens geraes), os cheques, as acções e as obrigações das companhias inundam o mundo, e a maior parte dos patrimonios transforma-se, preferindo muitos á propriedade mobiliaria o mais commodo emprego dos capitaes nos titulos que o continuo desenvolvimento do commercio cada dia cria e augmenta. Tambem se entregam muitas vezes a perigosos exaggeros que não tardam a fazer sentir os seus perigosos effeitos sobre a economia publica e privada. O contracto de seguro, feliz correctivo do risco e da sorte, hoje mais que nunca alarga-se e applica-se aos naturaes elementos de numerosas operações não só do commercio mas da vida em geral. Inventado para os sinistros da navegação, ampliou-se até diminuir e muitas vezes evitar o damno patrimonial que a morte de uma pessoa póde cansar a seus parentes, e a sua esphera de acção não tem limites. Por outro lado, o telegrapho, transformando os systemas de comunicação, tornou possiveis os contractos entre pessoas ausentes, sem necessidade de pessoas intermediarias, augmentou as reformas externas contractuaes, deu lugar á applicação de outros principios e reflectiu-se no campo das provas."

colectivo não houvera proporcionado.⁸⁶ Foi de grande conveniência este último expediente, pois que só assim se logrou chegar a bom porto: o ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça em 1887 e conselheiro Veiga Beirão delibera compor, por iniciativa própria, um projecto de Código Comercial Português, aceitando, muito embora se demarcando do sistema das comissões, os contributos do trabalho particular.⁸⁷

⁸⁶ Assim escrevia Veiga Beirão no relatório que o precedeu: "Para elaborar o projecto do novo Codigo commercial pareceu-me dever abandonar o systema de encarregar oficialmente uma commissão d'este trabalho. A difficuldade de encontrar pessoas, devidamente habilitadas, que podessem comparecer, reunir-se, e trabalhar, por largo periodo, amiudada e periodicamente, o nenhum resultado pratico, que, apesar da boa vontade dos respectivos vogaes, as comissões para tal fim nomeadas haviam dado, persuadiram-me a adoptar procedimento diverso."

⁸⁷ E prossegue: "Pareceu-me mais expedito solicitar, particularmente, de pessoas competentes a sua cooperação, separada, para todas as partes da reforma, que, eu proprio, não podesse, directamente preparar. Em todos os quantos, nesse proposito, me dirigi, encontrei a mais decidida e patriotica cooperação, podendo assim reunir subsidios valiosissimos, para sobre elles elaborar um projecto de Codigo commercial." Continua, prestando-lhes menção: "A associação dos advogados de Lisboa discutiu, ainda no anno judicial de 1885-1886, parte da materia das *fallencias*, tomando, para thema da discussão, o livro correspondente ao moderno Codigo commercial italiano, que foi traduzido pelo socio Carlos José de Oliveira, e distribuido pelos socios d'aquella sociedade. O sr. conselheiro Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro, que escreveu, além de outros trabalhos sobre o direito mercantil, um ácerca da *Reforma da legislação commercial*, poz á minha disposição, para o poder aproveitar, o seu projecto de lei sobre *sociedades*, apresentado ao parlamento em 24 de janeiro de 1882. O sr. José Maria de Almeida Teixeira de Queiroz, antigo juiz presidente do tribunal do commercio de Lisboa, offereceu-me o relatório e o projecto, que a respeito de *corretores, bolsas e operações de bolsas* redigira, como presidente da comissão encarregada por decreto de 29 de janeiro de 1875, de *formular uma reforma da legislação sobre praças do commercio, e officios de corretores, que se tornava necessaria, attento o notavel desenvolvimento, que, nos ultimos annos, tinham tido as operações commerciaes, e, especialmente as que diziam respeito a negociações de fundos publicos*. O sr. conselheiro José Pereira, antigo juiz presidente do tribunal do commercio do Porto, encarregou-se da reforma respeitante a *seguros, avarias, arribada, abalroação e assistencia*, e o sr. conselheiro Eduardo de Serpa Pimentel, tambem antigo juiz presidente do tribunal de commercio de Lisboa, da restante parte do *commercio maritimo*. O sr. Henrique Midosi, professor jubilado de direito commercial e internacional no Instituto industrial e commercial de Lisboa, e que, commissionado pelas associações dos advogados e commercial de Lisboa, fez parte do congresso internacional de direito commercial, reunido em Antuerpia em 1885, na secção de *letra de cambio* preparou a parte a ella respeitante. O sr. Vicente Rodrigues Monteiro, um dos advogados que, no fôro da capital, mais se tem entregue á especialidade commercial, ultimando os trabalhos sobre *fallencias*, da associação dos advogados, para o que fôra por esta escolhido relator da respectiva comissão, elaborou a parte respectiva áquella materia. O sr. João Jacintho Tavares de Medeiros, que ainda ha pouco publicou um *commentario á lei das sociedades anonymas*, prestou-se a organizar a parte que a estas dissesse, especialmente, respeito. O sr. Alfredo Arthur de Carvalho, advogado nos auditorios da capital, incumbiu-se das disposições relativas a *juros e emprestimo*." E retomava: "Para que, porém, os diversos trabalhos, em que estes jurisconsultos se iam empenhar, fôsem quanto possivel, subordinados a um mesmo pensamento e que assim podessem mais facilmente ser aproveitados para a elaboração do projecto, que tinha de ser uno e harmonico, a todos dei conhecimento do systema que em geral me propunha seguir, qual era preparar um novo Codigo commercial, em que, embora conservadas as disposições da nossa legislação mercantil que o merecessem ser, se introduzissem todas aquellas reformas que a jurisprudencia, o commercio e a pratica têm aconselhado. Para essa reforma, embora se tomassem como base o Codigo actual e as suas alterações parciaes, deviam ter-se em vista os Codigos commerciaes, ultimamente publicado no estrangeiro, e d'entre estes, especialmente, — não só por serem mais recentes, mas pela identidade de circunstancias d'esses paizes, — o de Italia, de 31 de outubro de 1882, e o de Hespanha, de 22 de agosto de 1885, attendendo-se, sempre e indefectivamente, ás prescripções geraes do nosso direito, ás tradições do commercio nacional e aos usos das praças do reino. (Se por um lado se manteve a tradição pombalina do recurso aos Direitos dos povos civilizados e cultos da Europa, por outro deu-se início, ainda que de forma lenta, à emancipação do modelo napoleónico. Cf. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 103.) [P] Recebidos todos os

A versão definitiva do projecto viria a ser aprovada por Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, entrando em vigor ao primeiro dia do ano seguinte "em todo o continente do reino e ilhas adjacentes", e logrou pôr termo ao "inextricavel labyrintho e confusão em um só corpo de legislação do direito substantivo e do adjectivo" e bem assim procurar acomodar as antigas instituições à nova fase que a ciência lhes havia imprimido, conjuntura que lhe valeu ser considerado um dos melhores códigos à época publicados.⁸⁸

Dos 749 artigos que a princípio previa, vários foram entretanto alterados e muitos mais revogados⁸⁹; e, não obstante seja, inexoravelmente, "reliquia venerável do movimento de codificação oitocentista"; muita água passou sob as pontes de aí até hoje⁹⁰: é ele "fruto de um modo de conceber o direito mercantil há muito ultrapassado", desajustado que está ao que dele pede a vida económica contemporânea. Pelo que há muito se vem *suplicando* uma (ampla e de raiz) reforma da legislação comercial portuguesa.⁹¹

valiosíssimos trabalhos que os mencionados juriconsultos prepararam, tendo sido preenchida por mim proprio a parte restante que devia ser incluída no Código, estudadas com a devida atenção, as representações que as associações commerciaes têm dirigido ao governo, logrei elaborar um *projecto de Codigo commercial*."

⁸⁸ Assim, e fazendo uma breve resenha das principais inovações e alterações introduzidas no direito mercantil anterior pelo novo código, *vide* CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 148-154. O Código Veiga Beirão terá ficado a dever em inspiração sobretudo ao Código Comercial Italiano, de 1882, e ao Código Comercial Espanhol, de 1885.

⁸⁹ Embora dispusesse no seu artigo 4º que "Toda a modificação que de futuro se fizer sobre matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adição dos que forem necessários", certo é que com o tempo se tem vindo a acumular um número considerável de diplomas extravagantes. A este propósito, *vide* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 106 e ss., e tb. BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, vol. I, pp. 68-88.

⁹⁰ Cf. FERNANDO OLAVO, "Alguns apontamentos sobre a reforma da legislação comercial" *in Sep. do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 293 (pp. 5-22), p. 12

⁹¹ Sobre a premência da reforma, e, particularmente, sobre o caminho a seguir, veja-se FERRER CORREIA, "Sobre a projectada reforma" *cit.*, de onde se colheram as frases *supra* assinaladas.

CAPÍTULO II

A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL: TERMOS DA DISCUSSÃO E SUA EVOLUÇÃO

1. A grande revolução do século XVIII transformou *ab imis fundamentis* o organismo de França e bem assim toda a constituição social no correr do século XIX. O alcance do novo regime que, ao menos na aparência das fórmulas, era de liberdade, de igualdade e de solidariedade fazer-se-ia sentir de forma particular no exercício das indústrias e do comércio⁹², desde logo ao gestar uma economia de mercado liberal e aberta⁹³, diametralmente colocada àquela a que sucedera, de tipo corporativo e fechada. O *Code de Commerce* de 1807 viria arrear a qualidade dos sujeitos da relação jurídica como critério para a aplicação da lei comercial⁹⁴, cedendo passo ao critério da natureza ou matéria da própria relação em si — em harmonia com, por um lado, a igualdade jurídica dos cidadãos e, por outro, a soberania e unidade do Estado face aos particularismos de diversa ordem. O direito comercial não mais era o direito privativo de uma classe, passando a disciplinar, em sua vez, os actos de comércio fossem ou não comerciantes as pessoas que os praticassem — *les actes de commerce entre toutes personnes* (art. 631.º, 3), actos objectivos de comércio enquanto *engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers* (art. 631.º, 1), incluindo as relações entre *associés, pour raison d'une société de commerce* (art. 631.º, 3), vale dizer, as relações jurídicas estabelecidas entre comerciantes por *causa sive occasione mercaturae* —, albergando a prática isolada, por qualquer pessoa, de actos que até aí se integravam no domínio da actividade profissional dos comerciantes.⁹⁵ O sentido

⁹² Cf. CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 78.

⁹³ "La libera iniziativa viene elevata a principio di ordine pubblico nel presupposto che il massimo benessere collettivo è il frutto naturale del libero cozzo degli egoismi individuali concorrenti in via pacifica, allora condotti ad una diminuzione di costi e di prezzi a vantaggio dei cosumatori e del progresso." Cf. *Lezioni di Diritto Commerciale: Introduzione*, 2ª edição revista e ampliada, p. 38.

⁹⁴ Escrevia GALGANO que os diversos códigos pretendiam tão-somente diferenciar-se "em virtude de *predicados acidentais do sujeito jurídico unitário*, tais como a qualidade de proprietário ou a de comerciante, em torno das quais se centravam o código civil e código comercial, respectivamente (enquanto os demais «predicados acidentais» permitiam distinguir um código de processo civil, para o cidadão que estivesse em juízo, ou um código penal, para o cidadão que prevaricasse)". Cf. *História* cit., p. 85. Os sublinhados são do Autor.

⁹⁵ Que não é o mesmo que dizer que se tenha negado ao comerciante o seu estatuto específico: unicamente (que, em bom rigor, já não é pouco) se suprimiu a obrigatoriedade da prática do comércio dentro do quadro

revolucionário da codificação era duplo: direito igual para todos, sem distinções de classe, significava, particularmente, a supressão de privilégios de classe de que gozara a nobreza; mas, sobretudo, que a nova classe dominante se concebia a si mesma como classe

das corporações. Deixou-se de lado o expediente da presunção de que os praticantes de actos de comércio são comerciantes para que sobre eles descesse a competência dos tribunais comerciais. Pois que, sendo a qualidade do praticante o critério base, sujeitos ao direito comercial ficavam tal-qualmente os que, não sendo comerciantes, praticavam ainda assim actos de comércio. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 121 e ss. nota 64.

Em boa verdade, não foi a objectivação absoluta e completa em nenhum país. Na determinação dos actos comerciais, o Código Francês atendia não só à natureza do acto, mas também à qualidade da pessoa que o praticava: vejam-se os artigos 631.º, que definia a competência dos tribunais de comércio (de resto, sintomático dos limites do movimento de objectivação), e 632.º, que se dedicava à enumeração dos actos que reputava comerciais — reconhecendo este carácter em alguns sem a menor consideração pela qualidade da pessoa que neles intervinha, ao mesmo tempo que o atribuía a outros simplesmente quando praticados por comerciantes. Os juristas franceses admitiam, ao menos implicitamente (porquanto não os classificando, admitiam esta mesma doutrina), duas classes de actos comerciais: eram eles os actos comerciais pela sua própria natureza jurídica, comerciais por si mesmos independentemente da qualidade da pessoa que os pratica ("des actes qui sont déclarés commerciaux en eux-mêmes"); e os outros, que o eram em virtude da teoria do acessório, segundo a qual são actos de comércio os praticados por quem faz do comércio profissão habitual ("des actes qui sont réputés commerciaux par la qualité des obligés"). Veja-se, a este propósito, por todos, LYON-CAEN E RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 11ª edição, pp. 21 e ss.; e tb. PARDESSUS, *Cours* cit., pp. 7 e ss.. Vale, no entanto, dizer que não eram comerciais todas as obrigações contraídas entre comerciantes, mas tão-somente as que tivessem causa comercial (em tudo o que fosse alheio ao exercício da sua profissão ficavam os comerciantes sujeitos à lei civil). Cf. GUILHERME MOREIRA, *Actos de Commercio* cit., pp. 85 e ss.. Poder-se-á mesmo afirmar que o ímpeto de objectivação era sobretudo direccionado às lides processuais e adjectivas, no sentido de delimitar a competência dos tribunais de comércio, seguindo o direito comercial com forte cunho subjectivista — numa frase só, continuou a ser, preferencialmente, *um direito de comerciantes no exercício do seu comércio*. Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial — Introdução, Fontes, Actos de comércio, Comerciantes, Estabelecimento, Sinais distintivos*, pp. 99-100.

E da mesma forma que não se conhece um qualquer sistema objectivo *puro*, tão-pouco se registam sistemas subjectivos *puros*. Por isso se pede cautela no momento da comparação entre o direito comercial da Idade Média, eminentemente subjectivo, profissional, exclusivo de uma classe de pessoas, atento não à matéria mas aos sujeitos das relações jurídicas; e o direito da época, se se quiser, moderna, de si objectivo e impessoal, regulador dos actos e desprendido do sujeito que os leva a cabo. Pois que, em bom rigor, nem nos tempos passados se tem em conta apenas a qualidade das pessoas — ainda que certamente a ela se dê prevalência —, nem na época actual se pode (e se tenha) prescindir da consideração justa da figura do comerciante naquele que é o apuramento dos actos que ficam sob a alçada da legislação mercantil (sobre o ponto, SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, T. I, pp. 51 e 52; também RICARDO COSTA chama a atenção para a circunstância de não ter a assunção do acto de comércio como "ferramenta de delimitação da actividade mercantil" obnubilado o primevo *jus mercatorum*, dado que "os movimentos de codificação e legislação mercantil não lograram dispensar os factores subjectivos". Para tanto, e subsequente fundamentação, vide "O Direito Comercial Português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial" in *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, coordenação de Fábio Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, pp. 9-33, pp. 24-27). Em ambos os sistemas se registam indícios do modelo oposto. Porque se é certo que há diferenças que os estremam, no *fim de contas* são "duas faces de um mesmo e único sistema visceralmente incidível dessa íntima dialéctica" (cf. ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 47). O que, no fundo, os distancia, é apenas a circunstância de nos sistemas subjectivos serem comerciais só os actos praticados por comerciantes, os actos praticados por quem exerce profissionalmente o comércio e no exercício dessa profissão; ao passo que nos sistemas objectivos se entende que, não relevando a qualidade do agente, ficam ainda sujeitos à regulação mercantil os actos isolados de comércio, o comércio ocasional. Assim, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial* cit., p. 16.

socialmente aberta, qualidade que não se podia encontrar na classe deposta, nem no passado da própria burguesia.⁹⁶

2. As codificações mercantis oitocentistas tomaram em grande medida a orientação do Código francês⁹⁷, este que é reputado como o *pai* de todos os códigos de si contemporâneos⁹⁸: para não sair da Europa, veja-se os exemplos dos Códigos espanhóis de

⁹⁶ Assim, GALGANO, *loc. cit.*. Pois que grave era o prejuízo, tanto para os trabalhadores como para os consumidores, do *círculo de ferro* em que o regime das corporações e a intervenção dos poderes públicos apertavam até aí o exercício do comércio e da indústria. Se nos começos encontrou força e apoio o comércio nos movimentos de associação contra os abusos por parte do poder público, rapidamente este estado de coisas se modificou: fortificadas com os seus privilégios e engradecidas com o seu próprio poder, transformam-se as corporações em obstáculos à expansão das energias individuais, "absorvendo o seu monopólio o exercício de todas as indústrias e usurpando assim todas as iniciativas do humilde trabalhador". Desde logo, as diferentes indústrias, comércios ou ofícios eram distribuídas e monopolizadas por um certo número de corporações, em que apenas os mestres — e para lá chegar havia que ser percorrida uma "larga e complicada escala" (ressalva feita aos filhos e genros dos mestres, admitidos por experiência ou exame da sua capacidade e aptidões) — gozavam do título de seus membros; depois, além de não ser livre o exercício da profissão, porque era necessário fazer-se parte de uma corporação, o oficial ou artista não tinha igualmente liberdade de exercer a sua profissão conforme melhor lhe parecesse, mas antes havia que se sujeitar aos apertados regulamentos quer das corporações quer da administração pública, "sendo punidas severamente todas as contravenções ainda que representassem um aperfeiçoamento industrial". Sobre este ponto, CAIERO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 79 e ss..

⁹⁷ Para análise detida, *vide* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 54 e ss., tratando separadamente as primeiras codificações comerciais oitocentistas, das tardias — uma segunda leva, que se seguiu à primeira vaga de códigos comerciais do século XIX, "menos pioneira e mais elaborada" — que (as últimas) terão surgido como o ponto alto do direito mercantil enquanto disciplina jurídica privada especial, e que terão pretendido, de certo modo, "justamente cristalizar esse tipo de entendimento". E, bem assim, ocupando-se da influência do Código Francês nos movimentos de codificação que lhe seguiram (incluindo no nosso código), GUILHERME MOREIRA, *op. cit.*, pp. 92 e ss.. Sobre, de um modo geral, a codificação do direito comercial nos vários países, *vide* tb. NAVARRINI, *op. cit.*, pp. 16 e ss.. No mais, cumpre dizer que estas codificações (não só dos países da Europa continental, mas também dos países de recepção directa ou indirecta do direito romano, como são os da América latina) caracterizam esta época, à uma, numa dimensão formal — o código —, e depois, e sobretudo, pelo seu espírito, que é herança das doutrinas filosóficas do séc. XVIII: o culto da razão precede a ideia de codificação, concebendo-se o direito como um sistema racional e lógico, onde as várias soluções se encontram previstas em princípios gerais previamente enunciados. Já nos países de *Common Law*, de espírito antirracionalista e prático, o direito é jurisprudencial e não codificado; e ainda que haja leis escritas que, pelo seu aspecto formal, se possam tomar por códigos, a noção de codificação não é a mesma que a dos países de direito continental. Em todo o caso, no séc. XIX tanto Inglaterra como os Estados Unidos passam pelo processo de codificação (em sentido formal) de diversas matérias comerciais (ver, especialmente, as pp. 44-46). Nos países escandinavos verifica-se a existência de códigos anteriores a esta época — não comerciais, mas gerais que preveem matérias comerciais complementadas por leis especiais (escreve o Autor: "se trata, pues, de coficiaciones que, a diferencia de las de Napoléon, mantienen su carácter esencialmente histórico, y se a dicho de ellas que representan el mantenimiento del recuerdo de una época pasada más que el anuncio de una nueva era", p. 36). Não obstante, é seguro dizer-se, de um modo geral e em matéria de direito privado, que é o séc. XIX a época das codificações, de encontro às ideias a partir das quais se ergueu a Revolução Francesa. Assim, e cuidando também da evolução subsequente, em termos de codificação, ao código francês, SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, T. I, pp. 35 e ss.. A este respeito, ver tb. MOSSA, *Diritto Commerciale — Parte Prima*, pp. 3 e ss..

⁹⁸ E mais dizia VIDARI: "Portato dalle armi del primo napoleone in parecchie parti d'europa, l'autorità sua non cessó con quella delle armi imperiali, ma si mantenne salda fino a tutt'oggi.", in *Corso di diritto commerciale*, vol. I, 5ª edição, p. 84. GUILHERME MOREIRA diria que a doutrina do Código Comercial Francês se deve considerar fonte comum onde todos os legisladores foram beber, directa ou indirectamente. Cf. *op. cit.*, p. 84.

1829 e de 1885, do Código alemão de 1861 e dos Códigos italianos de 1865 e de 1882; também os Códigos Comerciais portugueses comungam da matriz do *Code de Commerce*, quer o de 1833, quer o de 1888, actualmente em vigor, — que começa por estabelecer claramente que "a lei comercial rege os actos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm". A aplicação do direito comercial passou, então, a ser desencadeada pela prática de um acto de comércio. Mas a lei não adiantava uma sua definição; antes previa um elenco de actos, cuja generalidade (ou, pelo menos, desses os mais importantes no sistema económico) não reivindicava qualquer exercício profissional ou sequer organizado ou continuado. Depois, e pela incapacidade de se chegar a um denominador comum aos vários actos que viabilizasse uma definição geral mediante determinadas características intrínsecas, seguiu-se por uma enumeração acto a acto, em muitos casos com recurso a critérios extrínsecos ao acto em si mesmo.⁹⁹

Na qualidade de realidade dinâmica em que se revê, o direito comercial ajustou-se à conjuntura económica e social do tecido a que se aplicava. Só que esta translação (do subjectivismo ao objectivismo), mais ou menos mitigada, cedo perdeu a sua vitalidade. Porquanto "consoante o critério adoptado para definir acto de comércio, assim se retrocedia

⁹⁹ A fim de desvenenhar este *mundo em desordem* — *maxime* a insuficiência de uma definição legal, a amplitude do leque daqueles que eram actos de comércio e a diversidade dos critérios seguidos pelo código francês para a sua qualificação — profusos esforços foram empregues, pese embora com resultados insatisfatórios, quer pela tentativa frustrada de elaboração de um conceito unitário de comércio (atenta a sua heterogeneidade), quer pela via da construção dogmática segundo um processo lógico de indução, através do exame concreto dos actos de comércio (também ela não isenta de objecções, particularmente no sentido da impossibilidade de uma qualquer recondução a uma conceituação una dos actos qualificados como comerciais pelo legislador). O que terá levado a que um amplo sector da doutrina houvesse que recuar nos seus almejos, acomodando-se, em sua vez, ao critério legal, jurídico-positivo, de acordo com o qual actos de comércio são os que a lei considera como tais. Assim, e com vastas referências, *vide* REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 102-105. Sobre a impossibilidade de se subsumir a uma categoria unitária a matéria dos actos de comércio *vide* LYON-CAEN/RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. I, 4ª edição, pp. 100 e ss.; VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale* vol. I, 5ª edição revista e ampliada, n.º 33 e 34; LANGLE RUBIO, *op. cit.*, pp. 176 e ss.. Por cá, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 104 e ss., dando conta da inviabilidade da delimitação da matéria mercantil partindo de um puro critério dinamológico ou dínamo-teleológico, o que terá redundado na falência de todas as tentativas de definição de um acto de comércio "absoluto". Ver tb. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, pp. 73 e ss.; e ENGRÁCIA ANTUNES, "O regime jurídico dos actos de comércio", in *Themis*, ano IX, n.º17 (2009), pp. 19-60, que acaba por concluir pela "flagrante exiguidade — já para não dizer inexistência — de um regime verdadeiramente digno desse nome", circunstância que veio "suscitar a legítima interrogação sobre a necessidade de subsistência de um regime especial" para o acto de comércio. Vale ainda dizer — como justamente lembra ORLANDO DE CARVALHO — que não só para os sistemas objectivos tem interesse a querela, mas também para os subjectivos: "também em face do HGB há que saber quando a *Gewerbe* é *Handelsgesetzbuch*"; já na lei italiana, embora se diga que a empresa comercial é definida por exclusão da empresa civil, "não há dúvida de que o conceito desta não é tão líquido que dispense uma indagação do conceito daquela"; "e é o que sente, de resto, a generalidade da doutrina, que, a título do escopo lucrativo, ou do escopo especulativo, ou da produção para o mercado, retoma sempre, ou quase sempre, a respeito deste ponto, as velhas preocupações da «matéria mercantil»". Cf. *op. cit.*, p. 107.

ao subjectivismo — isto é, eram actos de comércio os praticados por quem tenha a qualidade de comerciante, e esta adquire-se pela prática, como profissão, de actos de comércio — ou se caía na pura *transcodificação* discursiva no domínio do económico, quando se fazia, pura e simplesmente, apelo às teorias da *intermediação nas trocas* ou às da *especulação mercantil*".¹⁰⁰ E perdeu a sua vitalidade especialmente logo que se sentiu que a *objectividade* dos actos mais não era do que uma maneira de dizer que era acessível a todos o que afinal continuava acessível fundamentalmente só a alguns. A unidade do sujeito de direito por detrás da construção objectivista era, afinal, frágil, e esta sua fragilidade pesava sempre que às relações mistas se aplicava o regime do código comercial em prejuízo da lei civil, pois que variava a lei aplicável ao cidadão consoante se relacionasse com um comerciante ou com um não comerciante.¹⁰¹ A diferença de tratamento em razão da classe reanimava o sentimento de injustiça, só que desta vez essas leis tinham mão do Estado, que usava da sua autoridade para privilegiar os interesses do grupo dominante (chamados que foram a compilar o novo código) em prejuízo dos interesses dos demais grupos sociais. Numa palavra, que o "objectivo" não era outra coisa senão um alibi do "subjectivo"¹⁰², deixando a

¹⁰⁰ REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, p. 33. Os sublinhados são do Autor.

¹⁰¹ Sobre a evolução da regulação da questão dos assim chamados "actos mistos" ("unilateralmente comerciais", ou comerciais em relação apenas a uma das partes), que, no entender do Autor, depende da relação de forças existentes em cada momento e em cada país entre as diversas classes detentoras de riqueza, *vide* GALGANO, *op. cit.*, p. 87 e ss.. Partindo do código comercial francês, que, não contendo norma alguma a este respeito, terá imposto uma interpretação favorável à classe fundiária (em detrimento da classe mercantil): não podia ser a classe fundiária submetida à disciplina mercantil sem o seu consentimento; já o código alemão de 1861 retrocedia ao antigo direito, numa relação de forças favorável à classe mercantil, onde se dispunha (art. 277.º) que "as normas sobre os actos de comércio aplicam-se por igual a ambas as partes, ainda que o assunto seja comercial apenas em relação a uma delas", regra esta que conquistou espaço e dimensão nos tempos que se seguiram.

¹⁰² Vivante tê-lo-á observado, por ex., no seu *Trattato* cit., desde logo chamando a atenção para a influência dos meios mercantis que o legislador de 82 convocara para a feitura do Código de Comércio ("os industriais, os banqueiros, os seguradores, os representantes das grandes sociedades rodoviárias", p. 12); o novo código italiano, com a previsão do regime dos actos unilaterais (importado do ADHGB), a comercialização dos imóveis e o destaque de certos usos que, a seu ver, representavam uma "verdadeira insídia à boa-fé" (p. 15), mais não era que um verdadeiro direito de "regalia", a que quem de qualquer sorte estivesse em contacto com a classe privilegiada estava sujeito. "Como se todos os cidadãos fossem florescentes quando o comércio florescer, como se o supremo interesse do consórcio social fosse a prosperidade dos comerciantes, fomos todos sujeitos à lei que estes vieram a criar para a tutela dos seus interesses" (p. 12). Nestes termos, o sistema objectivo acabaria por subverter os princípios da Revolução Francesa, a cuja sombra nascera, e, sobre (*rectius*, acima de) todos, o da igualdade dos cidadãos perante a lei. Tudo isto redundaria na perturbação da "solidariedade social que deveria ser o supremo intento de todo o legislador" (p. 13), infligida não só ao "cidadão que se abastece de comida, de um medicamento, de um livro; que deposita na banca o seu pé-de-meia; que segura um dote para a sua filha; que segura uma pensão para a velhice" (p. 7), mas também ao operário, sujeito a uma rígida disciplina oficial (p. 19). No fundo, o problema para Vivante advinha da existência dessa "lei de classe", dessa lei de mercadores feita para o privilégio dos mercadores — a sua luta cumprir-se-ia no momento da eliminação dessa lei, e tanto é dizer, no momento da eliminação desse código autónomo. Sobre este ponto, ver, particularmente, ORLANDO DE CARVALHO, "Teixeira de Freitas e a

descoberto a frustração, se não mesmo a inversão, dos seus primeiros desígnios, como que se repudiando a fé quer na igualdade do direito quer na abertura social da classe¹⁰³.

O Código Comercial alemão de 1897, ainda em vigor, corporizou um volte-face ao retomar uma concepção predominantemente subjectiva do direito comercial¹⁰⁴, disciplinando o estatuto dos comerciantes — todos aqueles que exercem uma actividade comercial, e para tanto se entende que exerce uma tal actividade toda a empresa que tenha como objecto um dos tipos de negócios enumerados no próprio código (art. 1.º), a par dos que, independentemente do objecto do seu negócio, estão inscritos no Registo de Comércio — e dispondo que são actos de comércio os "atos de um comerciante que pertencem à exploração da sua empresa comercial", e bem assim os que, estranhos à sua actividade comercial habitual, estão previstos no artigo 1º do código. No mais, são aplicáveis as suas disposições às relações mistas, *rectius*, entre comerciante e não comerciante. Assiste-se, assim, a uma amplificação do âmbito material de delimitação da matéria mercantil, vale dizer das actividades profissionais cuja comercialidade se afirmava.¹⁰⁵ O que — o regresso

Unificação do Direito Privado", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 60 (1984), (pp. 1-86), pp. 45 e ss.; e tb. GALGANO, *op. cit.*, pp. 86 e ss..

¹⁰³ GALGANO, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁴ Predominantemente e não completamente porque ainda com algumas referências objectivistas, desde logo no que diz respeito ao comércio marítimo, que parte da existência de actos de comércio marítimo e não da qualidade de comerciante. Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, p. 39. De resto, e de acordo com SOLÁ CAÑIZARES, a configuração do código alemão era já esperada, tendo em conta que as normas gerais de contratação e disposições sobre valores mobiliários tinham passado para o Código Civil, que a figura da falência era comum a comerciantes e a não comerciantes, mas que os contratos de seguro eram ainda submetidos ao direito particular dos Estados e que as operações da Bolsa e do direito cambiário eram objecto de leis especiais. O que — a retoma da matriz subjectivista, leia-se —, no seu entender, representa, além do provável antecedente na evolução da teoria da empresa, uma mudança fundamental depois de toda a tendência de objectivação do direito comercial. Assim, e para a análise da concepção subjectiva do código alemão, *vide op. cit.*, pp. 52 e ss.. Em bom rigor, se não se pode dizer que este sistema constitui um retorno ao direito do *Ancien Régime*, e isto porque o acesso à qualidade de comerciante é livre, não se pode negar que evoca indiscutivelmente o ARL prussiano de 1794, este que é o código mais próximo desse direito, quer em termos de data quer em termos de estrutura. Sobre o ponto, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 37 e ss..

Ainda que também os códigos oitocentistas alinhados com a legislação napoleónica contenham, como já se viu, regras aplicáveis aos profissionais do comércio, o código alemão distingue-se deles, no entanto, e de acordo com FERRER CORREIA, por duas razões. Por um lado, por se focar na pessoa do comerciante e não no acto de comércio — desde logo, desconhecendo a categoria dos actos de comércio absolutos, isto é, actos regulados pela lei comercial somente em virtude da sua natureza; e, por outro lado, por associar a figura do comerciante à da empresa — de um modo geral, ressalva feita às sociedades constituídas em forma comercial, a que são sempre aplicáveis as disposições legais relativas aos comerciantes, é comerciante quem exerce ou explora uma empresa mercantil. *Vide* "Sobre a projectada reforma" *cit.*, p. 9.

¹⁰⁵ É visível ainda no HGB um, diga-se assim, *despojamento normativo* (ou, se se quiser, uma redução de conteúdo) face ao seu antecessor ADHGB, de 1861, que se terá devido a uma *absorção normativa* por parte do primeiro código civil alemão, o BGB. Não cremos, porém, que daí se possa concluir, sem mais, pelo fenómeno da comercialização do direito civil. Senão, veja-se. À semelhança do que em Portugal aconteceu (com o nosso primeiro código comercial, de 1833), também na Alemanha o direito comercial foi codificado, temporalmente falando, antes do direito civil. Circunstância que levou a que no primeiro código comercial

ao subjectivismo (em diferentes moldes, bem se sabe), leia-se — não significou que o problema em redor do direito comercial atingisse um qualquer estado de pacificação.¹⁰⁶

3. A *ratio* subjacente ao firmar do objectivismo — que, promovendo uma aparência de igual tratamento dos homens, logrou permitir a manutenção de um direito *especial*, sedimentada que estava a necessidade de um direito especial, sem que isso levantasse constrangimento ao ideário revolucionário — viria a granjear sérias consequências para o caminho do direito comercial como direito autónomo. Pois que, como é bom de ver, "se o ponto de partida do direito especial é a presença de um acto de comércio, mas este não é identificável em si mesmo, por certa característica comum a todos, determinando-se apenas pela circunstância de estar previsto ... na lei mercantil (...), então não só se incorre numa petição de princípio (o direito comercial parte do acto de comércio, que é aquilo que é definido pela ... lei comercial: o ponto de partida e o ponto de chegada coincide, ou, mais exactamente, aquilo que se quer definir define-se com recurso a si mesmo ...), como, sobretudo, não se funda uma contraposição substancial e segura da fronteira entre o direito civil e o direito comercial".¹⁰⁷ O atomismo "objectivista" fazia do acto de comércio o mesmo que o liberalismo fazia da pessoa.¹⁰⁸ Desde a consagração do objectivismo no código

alemão, o ADHGB, fossem incluídas disposições de direito civil comum, em sentido material, com o propósito de elas completarem as "fragmentárias e, por vezes, tecnicamente defeituosas" figuras jurídico-mercantis, cujo propósito era o de providenciar por uma regulamentação completa do regime do tráfego mercantil. De maneira que, aquando da codificação do direito civil, teve lugar um esvaziamento dessas normas (formalmente mercantis, mas materialmente de direito comum). Bom é de ver que se tratou tão-só de uma translação na sistematização legislativa, que, de um modo geral, não constituiu substancial alteração na natureza das normas ora vertidas no código civil. Assim, REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁰⁶ Pelo contrário, alguns dirão. A progressiva expansão dos princípios, se se quiser, originários do direito comercial alinhada com a intenção de acentuar a objectivação do direito; que a conjugação dos dois terá concorrido para a preparação, em 1881, do código único na Suíça (pese embora mantendo as diferentes jurisdições em alguns cantões e também algumas normas particulares a alguns contratos quando qualificados como comerciais). Neste sentido, ASCARELLI, *op. cit.*, p. 56 e ss.. Também escreve REMÉDIO MARQUES que por influência daquela codificação é que se terá formulado a teoria mais *pessimista*: a dissolução do direito comercial e a unificação dos dois direitos. Cf. *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁷ Acompanhamos de perto neste parágrafo CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸ Do que se trata é então de uma "concepção puramente dinâmica ou dinamológica" da realidade mercantil, e de "um dinamologismo tanto mais nítido quanto muito desses actos são morfologicamente neutros", na dependência de "alguma coisa que lhes é externa — externa à sua forma, bem entendido, ou, mais concretamente, à sua causa-função — o qualificarem-se ou não como actos de comércio". Quer isto dizer que "a determinação clássica da «matéria mercantil» é anti-morfológica ou amorfológica em dois graus: enquanto se atém aos actos em si, e não às estruturas, e enquanto, nesse dinamologismo, tende a ser, ou é muitas vezes, um teleologismo, uma determinação dos escopos, mais do que do acto como tal". Não obstante, e como também já tivemos oportunidade de dar conta *supra* (cf. nota 53), o objectivismo do *Code de Commerce* e seus herdeiros não se furta a laivos abertamente subjectivistas, desde logo no apuramento da qualidade de comerciante; ao mesmo tempo que a própria determinação da matéria mercantil "é muito menos independente da ideia de comércio organizado do que pretendia a comissão redactora constituída pelo Primeiro Cônsul no seu decreto

francês não mais teria o direito comercial uma existência pacífica — de resto, é justamente da compreensão do sistema de raiz napoleónica que dependem os debates sobre a autonomia do direito comercial. E isto porque, se é verdade que o objectivismo napoleónico parece, em certa medida, quimérico, no sentido de não ter, na verdade, constituído uma autêntica revolução face ao sistema a que sucedeu ao nível do direito privado; o mesmo não se passou do ponto de vista da constituição da economia, pois que todo o comércio enquanto *status* é com ele posto em causa e toda a ideia de privilégio é arredada com o novo *modus* de determinação daquela que é a matéria mercantil. E de tal ordem foi o espírito legado no passar das codificações que lhe seguiram (sobretudo a partir do ADHGB e antes da viragem do HGB), que o objectivismo processual do *Code* procurou converter-se em objectivismo material, isto é, e como escrevia ORLANDO DE CARVALHO, "não já regulador da simples competência dos tribunais mercantis, mas verdadeiramente «civilizador» ou «comunizador» de um direito que não mais se queria exclusivo dos meios comerciantes".¹⁰⁹⁻¹¹⁰

de 1801". De maneira que o *contraste* com as Ordenações de Luís XIV é "mais aparente do que real", devendo entender-se, "se não que o sistema do *Code* é ainda subjectivo", "que é, pelo menos, indeciso", "ou então um sistema misto com um ponto de partida objectivo", em oposição da Ordenança de Comércio, "que seria um sistema misto com um ponto de partida subjectivo". Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 110 e ss..

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 28 e ss..

¹¹⁰ Ao mesmo tempo se assistia ao capitalismo liberal *in fieri*, que, no limite, poder-se-á dizer, augurava em si mesmo os traçados de sua sorte. A proclamação da liberdade para contratar e comerciar, a par da criação da sociedade anónima, levam a que sejam fundadas grandes empresas, algumas das quais que se unem, e que se veja comprometida a livre prática das actividades económicas. Depois, a grande revolução industrial — decisiva transformação económico-social (e em Inglaterra mais do que em qualquer outro lugar), pertence dizer (e assim se lê com GALGANO: "o grande capital, até então comercial, transforma-se em capital industrial, impulsionado pelos elevados índices de lucro do investimento neste campo. O antigo modo de extracção da mais-valia, baseado na encomenda do comerciante ao artesão e ao camponês, é substituído por um novo, fundado na propriedade capitalista dos meios de produção e na proletarização dos produtores, que alienam, como mercadoria, a sua força de trabalho", *in op. cit.*, p. 98) —, realizada em pleno período liberal, cria um proletariado indefeso ante o livre arbítrio dos patrões. (Sobre o modo como se desenrolou a revolução industrial, que determinaria a passagem do capitalismo comercial para o capitalismo industrial, focado na indústria transformadora, mas que ao mesmo tempo impulsionou o desenvolvimento da indústria extractiva, dos transportes, de construção de pontes, estradas, etc., *vide* tb. EVARISTO MENDES, "Breve introdução histórica ao direito comercial português", *in Revista de Direito Comercial*, Maio de 2018, [pp. 709-770], pp. 717 e ss..) Os abusos destes e a miséria dos seus operários amparam o êxito das doutrinas socialistas e das organizações sindicais. O capitalismo via-se assim confrontado com o chamado "problema social". No plano político, o regime democrático levava ao sufrágio universal e igualitário, o que transformou os Parlamentos — de *longa manus* do capitalismo a redutos de agitação daqueles que desejavam uma justiça social ou, ao menos, que aspiravam ao voto das classes trabalhadoras. Ademais, uma guerra mundial como a de 1914-18, sem precedente na história moderna, transformou a economia dos países, com medidas económicas de intervencionismo e dirigismo, muitas delas apresentadas como de urgência e transitórias, mas que consagravam o espírito de uma época, na qual o culto do indivíduo se havia desvanecido para dar lugar ao culto do Estado. Evolução que, no plano económico, não se interrompeu nos Estados com regime democrático, e que, no plano político, culminou com a aparição de múltiplos regimes totalitários (de acordo com ANDRÉ PIETTRE, *Les forces créatrices du droit*, pp. 152 e ss., *apud* SOLÁ CAÑIZARES, *op. cit.*, p. 63, todas as civilizações terão passado por três épocas: a primeira, de economia *subordinada*, encerrada num conjunto de regras de ordem

4. O direito comercial "objectivo", inaugurado pelo *Code de Commerce*, foi tomado pelos teóricos da unificação como fruto da tendência do direito mercantil para se fundir progressivamente com o civil — fusão esta reclamada por aquela que era, na fórmula de VIVANTE, a "homogeneidade da nossa constituição social"¹¹¹, ou seja, pela generalização a todas as esferas da actividade económica — e se não a todas as esferas de actividade humana — dos interesses que historicamente explicariam a especificidade do direito comercial. Essa ideia de uma progressiva homogeneização da ordem sócio-económica viria a colher corroboração na experiência jurídica moderna, nos fenómenos da "civilização" do direito comercial, por um lado, e da "comercialização" do direito civil, por outro.

Com efeito, é facto indiscutido que se vem assistindo a como que uma "comunização" de institutos tradicionalmente jurídico-mercantis e no começo utilizados apenas por ou para comerciantes ou para o comércio ou operações comerciais. De que são exemplo as letras de câmbio (utilizáveis igualmente por não comerciantes e em operações não comerciais), as sociedades (cujos vários tipos podem ser chamados para o exercício de actividades estranhas ao comércio), a falência ou insolvência (que deixa em vários países de ser instituto privativo dos comerciantes), os sinais distintivos do comércio (que podem servir a não comerciantes, inclusive não empresários), a escrituração dita mercantil (que aproveita, também pela via do direito fiscal, a não comerciantes), o registo dito mercantil (que publicita também factos respeitantes a não comerciantes), os juros comerciais (aplicáveis igualmente a créditos cujos titulares são "empresas" não comerciais). E bem assim, e íntima com aqueloutra, assiste-se também à chamada "comercialização" do direito privado: chama o

religiosa, moral ou social; a segunda, de economia *independente*; e a terceira, de economia *dirigida*, na qual a civilização declina até ao estatismo). A guerra assinalou igualmente o declínio da civilização cristã ocidental ante o estatismo, não só por factores de ordem económica e política, mas também de ordem filosófica e moral. Ter-se-á querido substituir a religião pela moral, e, "se a religião tem regras escritas consagradas pela tradição, a moral é uma noção subjectiva que interpretada individualmente provocou uma enorme desordem espiritual". O século XX seguia com os progressos maravilhosos da técnica que, no entanto, não eram acompanhados nem pelos de espírito nem pelos de instrução. Assim era o estado de coisas que tinha lugar: desordem espiritual, desordem económica e social, desordem política, desordem internacional. E é neste compêndio de desordem que desponta o *débâcle* do capitalismo liberal — desordem que, de resto, é em parte por si próprio provocada, "tal como foi interpretado por aqueles que haviam acreditado que o liberalismo consistia em não fazer absolutamente nada ante a evolução social e económica do mundo" —, que terá motivado as profundas transformações no direito, em geral, e no direito privado, em particular, no século XX. Para tanto, e os subsequentes desenvolvimentos, SOLÁ CAÑIZARES, *op. cit.*, pp. 62 e ss., que acompanhamos, *pari passu*, nesta nota.

¹¹¹ Cf. "Per un Codice Unico delle Obligazioni", in *Archivio Giuridico*, vol. XXXIX (1887), (pp. 497-516), pp. 497 e ss.; e tb. o seu *Trattato cit.*, pp. 1 e ss..

direito civil a si regras e características ou princípios tradicionais do direito mercantil. Pense-se, por exemplo, em princípios como o do reforço do crédito, o da maior protecção da confiança, o da celeridade nas operações negociais, o da certeza nas transacções, o da presunção da onerosidade.¹¹² Aliás, a "comunização" daqueles institutos será, em grande medida, sintoma disso mesmo. Tudo isto terá feito acreditar "apressadamente" numa "niveação da zona privatística"¹¹³ que necessariamente culminaria na diluição do direito comercial¹¹⁴, ilidida que ficava a razão de ser de uma diferença de regime entre direito comum e direito não comum. Pois que, se a comunização-comercialização significaria potencialmente o triunfo do direito comercial (que impõe as suas regras e princípios ao

¹¹² COUTINHO DE ABREU, "Sobre a (não) reautonomização do direito comercial", in *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, (pp. 15-22), pp. 16-17, que acompanhamos de mui perto neste ponto. E tb., do mesmo Autor, "Os códigos comerciais também passam", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano 93, vol. 2 (2017), (pp. 611-620), pp. 613 e ss.. Ver, ainda, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 22 e ss.. A fórmula "*commercialization du droit civil*" é aplicada por RIPERT, *Aspects juridiques* cit., p. 331, entendendo que "o código civil deixou de ser o breviário da vida civil" e que só deve ser aberto "(...) em função das circunstâncias excepcionais da vida familiar: matrimónio e sucessão. Na vida quotidiana há que tratar com os comerciantes. Pode dar-se o caso de nunca se entrar no escritório de um notário, mas é impossível deixar de entrar num banco".

A este propósito, entendia THALLER que eram quatro as razões às quais se ficava a dever uma certa acção exercida pelo direito civil sobre o direito comercial depois da publicação do Código civil: "c'est la marche graduelle de la civilisation, — c'est une pénétration plus intime des juridictions des deux ordres, — c'est l'éducation nouvelle du monde commercial, — c'est enfin une influence due à l'enseignement, qui ont aplani les différences et réalisé l'harmonie." E bem assim lembrava que, embora reconhecendo a existência de uma lei comercial, as codificações napoleónicas estabeleceram a preeminência do código civil que se torna o direito comum e que se afirmaria como tal ao longo do século XIX; e que se o direito comercial desenvolvia instituições novas ou autónomas, seria dentro de um sistema cujo essencial se considerava estabelecido pelo código civil. Cf. "De l'attraction exercée par le code civil et ses méthodes sur le droit commercial" in *Livre du centenaire du code civil*, T. I. — *Généralités et études spéciales* (pp. 229-243), pp. 240 e ss.. Mas nem por isso deixava LYON-CAEN de avisar para aquela que era a influência do direito comercial no direito civil, e para o, no seu entender, facto consumado que era a predominância daquele primeiro, adiantando que independentemente do que se fizesse, haveria sempre algumas regras que seriam especiais para os comerciantes; mas, que chegaria um momento em que não mais estariam em número suficiente para que se pudesse falar de um autêntico ramo da lei. Vide "De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804" in *Livre du centenaire du code civil* cit., (pp. 205-228). JEAN-PIERRE MARTY viria a concluir que escolher entre o fenómeno da absorção do direito civil e o fenómeno da expansão do direito comercial seria, no fundo, uma questão de perspectiva, mas que, "nesse jogo subtil", o direito comercial estaria gradualmente a perder a sua especificidade. Assim em "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine" in *Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique*, T. XXXIV, 1981 (pp. 681-702), p. 692.

¹¹³ Veja-se, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura* cit., p. 174, esta "que nem sempre terá permitido empreenderem-se as aproximações mais úteis ou impedirem-se as mais demagógicas, um clima de irrealismo insalubre ainda hoje remanescente em certos sectores (...)". E tb. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial* cit., p. 21.

¹¹⁴ O encadeamento dos acontecimentos terá sido, grosso modo, este: a "objectivação" do direito comercial deu origem ao fenómeno da comercialização do direito civil, e bem assim da civilização do direito comercial; que, por sua vez, conduziram à oportunidade das teses de unificação do direito privado. Cf. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, p. 36; e tb. SOLÁ CAÑIZARES, *op. cit.*, p. 69.

direito civil)¹¹⁵, significaria ao mesmo tempo — e paradoxalmente — se não a sua "morte substancial" (se chegasse a desaparecer todo ou parte essencial do direito especial dos comerciantes e das respectivas actividades profissionais), ao menos uma assinalável retirada formal de territórios que há muito havia conquistado.¹¹⁶ E assim se concluiria pela não apenas *histórica*¹¹⁷, mas também *transitória* categoria do direito comercial, como que absorvido pela disciplina mais geral do direito civil — no fundo, talhado a desaparecer como disciplina jurídica autónoma.¹¹⁸

¹¹⁵ Escrevia PASUKANIS, *in La teoria generale del diritto e il marxismo*, p. 55, *apud* GALGANO, *op. cit.*, p. 95, que "o direito comercial exerce, em relação ao direito civil, a mesma função que este último desempenha em relação a todos os demais sectores, isto é, indica-lhes a vida de desenvolvimento".

¹¹⁶ Assim, COUTINHO DE ABREU, *in loc. cit.*, e tb. "Os códigos comerciais também passam" *cit.*, pp. 614 e 615. Como, de resto, também observa, o fenómeno da comunicação-comercialização não é coisa que nos deva espantar: à uma, e num ambiente de consolidação do sistema capitalista, dada a tendência de alastramento do direito comercial — arauto do capital, apoiado pelo poder político — a campos patrimoniais onde antes não se insinuava; depois, tendo em linha de conta a atracção que o pioneirismo e dinamismo dele próprios exercem nos domínios de mais longa duração e quietude num sistema jurídico já de si osmótico. Cf. "Sobre a (não) reautonomização do direito comercial" *cit.*, p. 17.

¹¹⁷ E aqui histórica no sentido de perene — teria o direito comercial nascido numa certa fase da evolução da economia e teria nascido para desaparecer quando as condições que historicamente o justificaram também elas fossem ultrapassadas (no fundo, também elas deixassem de existir). Há, no entanto, outras formas de afirmar a historicidade do direito comercial. Desde logo, no sentido de ser o direito comercial um direito camaleónico, um direito cuja configuração se altera em cada momento histórico para ir de encontro às variações da actividade ou actividades humanas que solicitam a sua regulação. Veja-se, a este respeito, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 120 e ss. nota 64, dando conta da relação entre as fases historicamente reconhecíveis do direito mercantil e as fases de evolução do capitalismo. E, depois, histórico também no momento da adequação da sua "concreta apresentação aos sectores da actividade económica que predominam na economia e à forma como eles se relacionam", e tanto assim que numa mesma época pode apresentar-se — e apresenta — "com faces que podem divergir entre si, justamente por apreenderem sectores da economia que estão em momentos de afirmação distintos ou por regularem mecanismos com intencionalidades diversas", podendo o critério jurídico dessas apreensões não ser uniforme. Assim, CASSIANO DOS SANTOS, "O Direito Comercial na actualidade o sentido de um (novo) código mercantil: Dos mecanismos clássicos aos novos mecanismos e a persistência de um núcleo irreduzível e alargado de mercantilidade — os casos dos contratos de associação em participação e de capital de risco" — sumário desenvolvido da Lição, apresentado no âmbito das provas para atribuição do título de agregado pela FDUC, p. 3; e, especialmente, *Direito Comercial Português* *cit.*, pp. 18 e ss..

¹¹⁸ De resto, a supressão de algumas jurisdições consulares; a extensão da falência aos não comerciantes em alguns países; a unificação do direito das obrigações que, não só se deu em alguns países, como se reclama vivamente em muitos mais; e, sobretudo, os fenómenos de expansão e contracção do direito mercantil; tudo isso revelaria a inadequação do dualismo com a evolução da ordem jurídica (como escrevia RYN, *Apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 131 nota 64, "o direito comercial está hoje numa situação particular: é uma disciplina ameaçada. Contesta-se-lhe o direito à vida entre os outros ramos da ciência jurídica, ou contesta-se-lhe, pelo menos, o direito a uma existência livre e autónoma"). Nesse sentido veja-se o exemplo dos países escandinavos, que, fiéis aos velhos "códigos gerais", desconhecem a autonomia do direito mercantil, não sendo previsível uma qualquer mudança de orientação. E também o que terá sucedido na Inglaterra e outros países de *common law*, onde se assistiu à unificação do direito privado no séc. XVIII, ao abrigo do fenómeno da "comercialização" integral (que vinha da tendência do direito comercial para a regulação das relações entre não comerciantes). Ter-se-á dado a unificação das jurisdições civil e comercial num único tribunal de *common law*, e os antigos costumes comerciais nela foram incorporados, tornando-se vinculativos para comerciantes e não comerciantes, dando origem a um direito unitário das obrigações e dos contratos — ao arrepio da duplicidade de sistemas de direito privado própria dos sistemas jurídicos continentais. Veja-se, a este propósito, BURIN DES ROZIERES, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, pp. 24 e ss., onde se dá conta de como Lord Mansfield, figura proeminente no que ao ponto da unificação do direito inglês

diz respeito, tratou de alargar a todos os sujeitos as normas que, na antiga *Law Merchant*, regiam tão-somente os comerciantes. Ver tb. GALGANO, *op. cit.*, pp. 96 e ss.. E, ainda, o exemplo dos países socialistas, que excluem a separação de um sistema específico de relações económicas independente do sistema geral de direito civil. Sobre o ponto, ver, por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 129 e ss, nota 64. No seio do continente europeu assinala-se também a promulgação, em 1883, do código suíço único das obrigações, unificação que se ficaria a dever ao movimento federalista — ainda que encontrasse alguma resistência por parte dos que defendiam o particularismo jurídico dos cantões, afigurava-se impossível aos seus autores a redacção de dois códigos. Orientação que só viria a ser retomada em 1942, em Itália, com o código civil unificado. A opção italiana terá sido motivada por duas ordens de razões (as duas relacionadas com o clima autoritário que se vivia no país nesse período). Em primeiro, por razões de carácter ideológico, que se prendiam com a natureza classista do código comercial de 1882 e a sua denúncia por Vivante; a existência de um código que corporizava as ânsias de uma classe não era compatível, ao menos na seara das aparências, com o regime de fascismo, que declarava fundar-se na superação de todos os conflitos de classe (intenção que, como se veria, não lograria sair do campo meramente formal); na intenção dos seus autores, a unificação dos códigos devia "dissimular o carácter classista do antigo código comercial". Só que a unificação, que produziu *formalmente* a extinção do direito comercial, apresentou-se, na verdade, como uma intensiva "comercialização" do direito privado, viram-se afinal reforçados os interesses da empresa sobre os da propriedade; tudo isto "selou a definitiva derrota das classes fundiárias e confirmou, na sua posição de absoluta hegemonia, as classes capitalistas". (O Relatório sobre o livro das obrigações chegaria mesmo a dizer que o *bonus pater familias* se tornou empresário, que "sob o influxo profícuo e renovador da disciplina coordenada de todos os factores de produção, estabelecido pelo sistema corporativo, a economia agrária, tradicionalmente reservada ao direito civil, conseguiu uma organização, com características semelhantes às das empresas industriais e comerciais: o bom pai de família, como já foi observado, aparece como empresário tanto na economia agrícola como na economia industrial ou comercial." *In Relazione al libro delle obbligazioni*, apud GALGANO, *op. cit.*, pp. 103 e ss..). No fundo, o resultado concreto seria o de que apenas os empresários se encontravam em condições de usufruir de determinadas normas, ainda que se propagandeasse a aparência de que eram destinadas a favorecer todo e qualquer cidadão. Em segundo, motivada por razões de natureza político-económica, que tinham que ver com os obstáculos que o desenvolvimento do capitalismo encontrara o no país: não se tivera imposto o capitalismo em Itália de forma espontânea, mas antes graças à actividade do Estado, desde logo com medidas proteccionistas, políticas de incentivos à produção e nacionalizações (algumas das quais realizadas por governos liberais e, inclusivamente, em períodos de acesa política liberal); enfim, a mediação pública desempenhara um papel determinante, quer pela sua participação directa no processo de reprodução do capital, quer pela regulação legislativa desse processo — determinante aqui o papel do código comercial de 1882 —, que favorecia a classe capitalista. E a "comercialização" do direito privado era mais uma *acha na fogueira* no caminho pretendido, pois que assim se dava como que uma conversão forçada ao capitalismo da sociedade italiana em cada uma das suas esferas de relações (tanto civis como comerciais). As exigências internas de uma instauração forçada da economia capitalista prevaleciam sobre as exigências de uniformização internacional do tráfico (que houvera implicado a separação do direito comercial do direito civil). Tudo isto contribui para que se possa dizer que o fascismo italiano, cujo sistema económico era autoritário, regulado, anti-concorrencial e anti-liberal, introduziu um *terceiro sistema*, numa óptica de regresso às origens do corporativismo medievo ora modernizado. O Código italiano de 1942 resistiu ao colapso do sistema fascista mediante uma operação de "limpeza ideológica"; e, "expurgado do revivalismo corporativo" logrou manter o que de importante trouxe à evolução do Direito Comercial: as sementes germinantes das teorias à volta da figura da Empresa. Assim, PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, 2ª edição, pp. 15 e ss.. A experiência alemã — assente na coexistência de dois códigos distintos, civil e comercial — marcaria o início da tendência contrária à surgida em Inglaterra em finais do séc. XVIII, em atenção à circunstância de as relações civis serem fortemente caracterizadas pelo ambiente nacional, tanto que a sua regulação é distinta de país para país e deve imprimir um certo nível de estabilidade — em contraste com o carácter internacional das relações comerciais, cuja regulação deve tender para uma uniformidade ultra-nacional. Numa frase só, e como verificava GOLDSCHMIDT, "um direito comercial cosmopolita é concebível, enquanto o direito civil não pode, em geral, superar um certo limite territorial" (Cf. *Storia universale* cit., p. 13). A este respeito, *vide* GALGANO, *op. cit.*, pp. 95 e ss., que acompanhamos *pari passu* nesta nota.

5. A tese da unificação dos dois ramos do direito privado nasce historicamente na segunda metade do século XIX, e protela-se desde então em momentos cíclicos de vitalidade¹¹⁹ (em moldes, diga-se, substancialmente não muito diferentes dos desembolsados à época).

O primeiro registo desta tendência deu-se, no domínio legislativo, na Suíça ao ano de 1881 com o Código federal das obrigações (que fundiu no mesmo corpo o Direito das obrigações, civil e mercantil) e que entraria em vigor em 1883. Pouco tempo depois, ao ano de 1892, VIVANTE escolhe dedicar a dissertação inaugural de um curso de Direito Comercial na Universidade de Bolonha ao tema.¹²⁰ Os seus argumentos foram *achas* na *fogueira* da visibilidade e oportunidade da *quaestio*¹²¹, que acabaria por ganhar terreno também além-fronteiras. A publicação do novo Código Civil italiano, em 1942, que ditou que se prescindisse do Código de Comércio (cujo conteúdo se viu distribuído pelo Código

¹¹⁹ Dizer colhido em SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 304.

¹²⁰ Mas já em 1888 se havia pronunciado a favor da unificação dos direitos civil e comercial. *Vide* "Per un Codice Unico delle Obliligazioni" cit., pp. 497 e ss.. Dizia assim o relatório: "(...) E em harmonia com este adiamento, o decreto-lei, depois de autorizar o Ministro da Justiça a promover os trabalhos de um projecto de revisão geral do Código Civil, acrescenta que o projecto poderá englobar o direito comercial; e, caso se julgue preferível manter um Código Comercial independente, será aplicável à revisão do Código Comercial o disposto acerca da revisão do Código Civil. Não quis, pois, o Governo resolver esse problema (...), ficando para decidir ulteriormente a posição a tomar quanto à questão da fusão ou separação das matérias actualmente contidas nos dois códigos. (...) Não descortino qual seja a razão do adiamento, com que não concordo, pois dele só pode resultar inconveniente de se tornarem necessárias grandes modificações no projecto, se se vier a decidir a elaboração de um código único, e receio muito que o querer mais tarde evitar esse trabalho, que será difícil e melindroso, seja poderoso motivo para não dar ao problema a solução de fundir num só projecto as matérias de direito civil e comercial."

¹²¹ Pese embora já antes houvesse uma corrente mais ou menos consolidada em sentido idêntico na Europa — desde logo, a quem nem sempre se presta o justo ineditismo, em Portugal, com CARDOZO DA COSTA (*Que he o codigo civil?*, 1822); com os "juristas-«filósofos»" MONTANELLI (*Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, 1847), CIMBALI (*La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1885); os "juristas-«historiadores»" ENDEMANN (por exemplo em *Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches*, 1858, 4), BEHREND (*Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 1880, vol. II), juristas que viam na lição de GOLDSCHMIDT não apenas uma categoria histórica, mas uma verdadeira categoria transitória; e, ainda, com simples privatistas como MUNZINGER na Suíça (*Motifs du Projet de Code de Commerce suisse*, 1865) e MOLENGRAAF na Holanda (*Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, 1885) — embora já se pensasse na unificação, e a justificação fosse já a inadequação da existência de dois códigos face às necessidades da vida contemporânea, só com VIVANTE é que se estabelece a relação com, nas suas palavras, a "homogeneidade da nossa constituição social", ou, como mais tarde escreveria BOLAFFIO ("A proposito della unificazione del diritto delle obbligazioni" in *Giurisprudenza Italiana*, 1907, IV), que "de uma constituição económica uniforme não pode irromper o dualismo do direito privado"; que esta presumida homogeneidade da, no dizer de HEGEL, "sociedade civil", e que a fórmula "corpo homogêneo" de TEIXEIRA DE FREITAS já em 1854 insinua; e se antecipava aquele que era o argumento fundante de toda a tendência unitarista posterior. Sobre o ponto *vide*, desenvolvidamente, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura* cit., pp. 122 e ss., donde igualmente se colheram as referências bibliográficas. Evidenciando a abundância de escritos a que o tema deu origem, *vide* LANGLE RUBIO, "La autonomia del Derecho Mercantil", sep. da *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, ano 87, segunda época, T. III, Maio de 1942 (pp. 465-503 e 581-632).

Civil, pelo Código da Navegação e por várias leis avulsas), incrementou o prestígio da corrente favorável à unificação do direito privado.¹²²

A retórica argumentativa da escola *fusionista* ou *renovadora*¹²³, de que fazem parte *mui* ilustres autores como, entre outros, além de VIVANTE¹²⁴, ROTONDI¹²⁵, BOLAFFIO¹²⁶, CIMBALI¹²⁷ e ENDEMANN¹²⁸, e, entre nós, GUILHERME MOREIRA¹²⁹, CUNHA GONÇALVES¹³⁰ e BARBOSA DE MAGALHÃES¹³¹, aduz em seu favor diversos pontos (vale dizer, com diferentes capitais de validade).

Desde logo que outras eram as condições sociais ao tempo em que se gestou a separação do direito privado, *rectius*, diferentes em relação às que hoje tomam lugar (não mais o direito comercial regula tão-apenas o fenómeno social do comércio). Depois, que o facto de as mesmas instituições serem reguladas — às vezes de forma diversa — pelos dois códigos carrega vários inconvenientes práticos. Que a coexistência dos dois leva a que se esqueça de olhar o direito civil e o direito comercial como ciência una, e a como que um

¹²² Se é certo que se dá conta da questão de um ponto de vista tão-apenas dúplice (unificação *versus* autonomia), não é isto o mesmo que dizer que cada uma das posições é una e concordante nos argumentos a que ocorre para aí chegar. Com efeito, dentro dos partidários da unificação há os que defendem a absorção do direito comercial pelo direito civil porque não toleram a existência independente de um direito particular para certa classe de indivíduos já que isso fere o princípio da igualdade dos cidadãos; os que, também a defendendo, a defendem porque, *ad contrarium*, entendem que já não é o direito comercial esse privilégio de classe, que, tendo-se objectivado, perdeu a sua razão de ser. Depois, os que defendem a fusão tão-apenas adstrita às obrigações; e ainda os que defendem a unidade de toda a matéria. E por detrás destes círculos, se se quiser, abstractos, há ainda motivações particulares. ORLANDO DE CARVALHO traça-nos com (a de si habitual) precisão esse retrato. "O que em Teixeira era uma compreensível reacção contra o domínio 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; o que num Cimbali, e anteriormente em Montanelli, eram um voto ainda ingénuo na multiplicação das riquezas que a «ciência» de Smith e de Jean Baptiste Say prometia através da lei da oferta e da procura; o que em Vivante foi um apelo veemente contra a clara sujeição dos consumidores e trabalhadores aos interesses de classe do grande comércio e indústria que no Código italiano de 1882 (e, genericamente, nas leis da segunda metade do século) tinham mostrado abertamente o seu rosto — é, em Lyon Caen, em Navarrini, em Rotondi, em Arcangeli, em Meijers, em Limpens, etc., já uma sensível opção ideológica por uma identificação do progresso social com essa linha, justamente, de uma comercialização progressiva de todas as zonas da vida comum dos cidadãos." *In* "Teixeira de Freitas" cit., p.50. Com interesse tb., vide ALMEIDA GARRETT, "Breves notas sobre a evolução recente do direito comercial da lusofonia" *in* *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012 (pp.97-112), pp. 98-99; e tb. LANGLE RUBIO, *op. cit.*, p. 485.

¹²³ Cf. CUNHA GONÇALVES, *O problema da codificação do direito civil* cit., p. 47

¹²⁴ "Per un Codice Unico delle Obliligazioni" cit., pp. 497 e ss.; e tb. *Trattato* cit., pp. 1 e ss..

¹²⁵ *Istituzioni di Diritto Privato* cit., pp. 45 e ss..

¹²⁶ *Per un Codice Unico delle Obliligazioni*, apud GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 271.

¹²⁷ *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, 4ª edição, pp. 353 e ss..

¹²⁸ *Das Handelsrecht*, §4, apud CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁹ *Instituições do Direito Civil Português*, vol. I, pp. 147 e ss..

¹³⁰ *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, p. 74.

¹³¹ *Op. cit.*, pp. 34 e ss..

descurar do estudo e aperfeiçoamento das regras gerais, o que, no limite, constitui obstáculo ao progresso científico.¹³² Que a própria existência de um código de comércio, que mais não é que um código de classe, beneficia os comerciantes face aos que não o são (pense-se na complexidade acrescida do exercício profissional da actividade económica, a pressupor sempre relações entre duas empresas ou entre uma empresa e um sujeito que não o é; nos casos em que os contratos estão duplamente regulados envereda-se normalmente pela lei comercial; e que a sujeição dos não comerciantes à lei mercantil em situação de tão-só prática de acto isolado os prejudica em grande medida, tendo em conta que o propósito da lei comercial, e sua subsistência, terá sido o de melhor tutelar os interesses dos comerciantes; a industrialização da agricultura e a recepção que nela se faz da praxe comercialística leva igualmente a que não haja contraposição irreductível e segura entre ela e o direito comercial). Mas, e *sobretudo* — no sentido de *sobre todos* —, deram aos partidários da unificação a fundamentação mais convincente e o principal alento os argumentos, à uma, da dificuldade (se não mesmo impossibilidade) em encontrar um conceito, ou mesmo critério, unitário e seguro de "acto de comércio", "um paliativo eficaz contra as espinosas e desgastantes questões do âmbito material e processual"¹³³; que por isso não é possível assinalar os confins das duas leis civil e comercial¹³⁴, circunstância que origina incerteza sobre qual o diploma aplicável a relações jurídicas que todos podem praticar mesmo que isoladamente e que estaria em contradição com a indiferenciação praticada ao nível dos agentes e dos actos: desligado da actividade que o despoletara e que o delimitava, o direito comercial perde a sua unidade interna e os seus limites tornam-se flutuantes e imprecisos¹³⁵ — dar-se-ia, por esta via, a atenuação, ou até a diluição, da fronteira entre o direito comercial e o direito civil.¹³⁶ E, por fim, e de todos o mais hercúleo, o argumento da homogeneidade da vida sócio-económica e da correspondente generalização dos interesses que até certa altura puderam

¹³² Pois que com o método usado pelos cultores do direito comercial se impede "o trabalho lento, sagaz, do juriconsulto que tenta fazer com que mesmo as novas instituições tenham cabimento nas regras antigas e que não cede, a não ser perante a necessidade evidente de uma nova regra, que considera as diversas instituições para alcançar uma regra comum, mais abrangente" Entendia deste modo, VIVANTE, referenciado em SÁ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 371.

¹³³ Assim dava conta SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 322.

¹³⁴ CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁵ Cf. FERRER CORREIA, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁶ Discorrendo sobre o movimento tradicional de aproximação entre as instituições civis e comerciais, através do qual se mitigam as consequências tradicionais da distinção e acentua a unificação do direito civil e do direito comercial; mas, também, e por outro lado, sobre as suas *limitações* — apanágio do lugar que as leis recentes parecem preservar no direito comercial — vide JEAN-PIERRE MARTY, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine* cit., pp. 684 e ss..

dizer-se peculiares do sector mercantil¹³⁷, que, não mais o sendo, reverteriam como que para uma "niveação da zona privatística". O argumento que da história se poderia tirar seria, pois, contrário à autonomia do direito comercial: o direito comercial teria esgotado o seu papel de catalisador da evolução do direito privado e os interesses e valores que historicamente sustentaram a sua autonomia — a tutela do crédito, da confiança, da boa fé, da rapidez dos negócios — já não mais poderiam ser considerados como exclusivamente enformadores do regime jurídico-privado do comércio e das actividades que lhe são afins.¹³⁸

Só que, como dizíamos, argumentos com diferentes capitais de validade. Por exemplo, da circunstância de o código comercial ter sido feito por comerciantes e de até se poder dizê-lo um código de classe, embora regule hoje a actividade quer dos comerciantes quer dos não comerciantes, não se pode incorrer sem mais pela corrente de oposição à autonomia do direito comercial. Pois que, se de facto houve um qualquer favorecimento dos interesses dos comerciantes, não há a garantia de que ele se tenha dado *ex causa* da existência de um direito comercial autónomo; e muito menos garantia há de que ele não se teria feito sentir se não existisse um código de comércio. Qualquer classe social com interesses comuns a fazer valer, e os meios adequados para esse fim, exerce influência na criação das leis, na medida, por um lado, da importância desses interesses, e, por outro, do que a força que a pressão que ela potencialmente exerce, tanto sobre a opinião pública, como sobre os poderes do Estado, lhe permite. Se é certo que é a classe dos comerciantes a que mais tem influenciado, e com isso beneficiado, a formação do direito comercial, tanto se deve ao facto

¹³⁷ "A vida civil está hoje tão intimamente ligada à vida comercial, uma e outra interpenetrando-se tanto, que é impossível separá-las. Comprando géneros alimentícios, objectos de vestuário, ou móveis ou utensílios para sua casa, metendo-se num eléctrico, ou num táxi, indo tomar qualquer coisa a um estabelecimento de bebidas ou a uma casa de chá, indo ao cinema ou ao teatro, o cidadão embora não seja comerciante, pratica continuamente actos de comércio (...). Se vai depositar as suas economias num banco, se vai receber um cheque se toma lugar num vapor para ir a Casilhas, ou num comboio para ir para Cascais, ou num avião para ir ao Porto, Paris ou ao Rio de Janeiro, se vai tirar o retrato, se dá de arrendamento um prédio ou parte dele para instalação de um estabelecimento comercial, se mete um filho no colégio, continuamente pratica actos de comércio." E, prosseguindo na enumeração, que diz ser incompleta, BARBOSA DE MAGALHÃES conclui pela "interdependência e interpenetração das relações civis e comerciais, que impõem a sua unificação jurídica, quer doutrinal, quer legislativamente". *In op. cit.*, pp. 24-25. Nesse sentido escrevia VIVANTE; que, não se conseguindo distinguir claramente quais as matérias sujeitas a cada uma das disciplinas, a unidade essencial da vida económica se rebelaria contra essa separação artificial. Cf. o seu *Trattato cit.*, p. 1.

¹³⁸ Escrevia SOUTO DE MIRANDA que este fenómeno era às tantas empiricamente apreensível pelos anúncios dos jornais, aí onde aparecia de quando em vez os alertas "particular vende a particular", "trata o próprio", etc., como que a demonstrar que não era essa a regra (e que a excepção havia que ser destacada). Cf. *op. cit.*, p. 325. Entendia ROTONDI que "parler aujourd'hui en Italie d'autonomie du droit commercial ne peut être que une expression anacronique, fruit de paresse mentale. Il ne viendrait à l'esprit de personne - si ne survivait pas la réminiscence du passé - de penser à une dichotomie du droit privé, de même qu'une telle dichotomie aurait été incompréhensible à un juriste romain." *Vide* "L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie", *Sep. de Inchieste di Diritto Comparato*, 1973, vol. 3 (pp. 491-546), p. 525.

de ser a mais bem organizada, a mais forte, a que tinha interesses mais reputados a fazer valer — influência esta que certamente era à mesma empregue se os dois direitos se fundissem: porque ela é convocada sempre que interesses de classe estejam em jogo. A preponderância dos interesses das classes, se se quiser, mais fortes e melhor organizadas é um fenómeno incontornável, produto de causas diversas, as mais das quais bem mais complexas e pesarasas do que a existência de um código autónomo que regule determinadas relações sociais. E tanto mais é assim que, almejando as classes mais modestas dos consumidores uma tutela mais eficaz dos seus interesses, deve essa protecção ser procurada numa activa participação na vida pública, numa mais forte organização do Estado (ele que é o garante último do equilíbrio entre as classes e grupos sociais); e não na fusão dos dois códigos, que seguramente não seria remédio bastante para os seus males. Muito menos decisivo é o argumento que se debruça sobre as deficiências científicas a que deu lugar a separação dois códigos. Pois que, na verdade, são elas devidas à "insuficiente cultura de alguns escritores de direito comercial e ao imperfeito conhecimento do método", mais do que à existência de um código separado do comércio *per se*. Da mesma forma que nem o argumento em redor da fluidez das fronteiras entre a matéria civil e a comercial é, sem mais, decisivo, se se considerar a constância do problema na *praxis* do direito: numa frase só, em toda a aplicação do direito se coloca um problema de limites. No *limite*, poder-se-á mesmo dizer que não é possível suprimir a questão dos limites no direito sem que se suprima o próprio direito.¹³⁹

Pois bem, verdadeiramente proeminente é tão-somente o argumento de que, assim dizia BOLAFFIO, "de uma constituição económica uniforme não pode irromper o dualismo do direito privado"¹⁴⁰, e isto quando, como ineditamente dava conta VIVANTE, "se atente na profunda homogeneidade da nossa constituição social onde as várias classes de cidadãos se encontram e se cruzam, trabalhando conjuntamente na luta pela vida"¹⁴¹. No encalce desta

¹³⁹ ROCCO, *op. cit.*, pp. 63 e ss., que acompanhamos de *mui* perto neste ponto.

¹⁴⁰ *Vide Il codice di commercio italiano commentato*, vol. I, parte 2; e tb. o seu *Derecho Mercantil (Curso general)*, (tradução de J. L. ei), *apud* LANGLE RUBIO, *op. cit.*, pp. 492 e ss..

¹⁴¹ *In Trattato cit.*, p. 8. É, de facto, o argumento mais robusto da tendência unificadora, não apenas porque, ao contrário de alguns dos outros (por ex., a dificuldade de delimitação dos dois domínios, ou as desvantagens ao nível científico), resiste a eventuais alterações de carácter formal ou processual (como a elaboração de um código comum, ou a proibição da analogia); mas também porque é o único que confere validade aos restantes, que os eleva, se se quiser, a argumentos com préstimo, fazendo deles mais do que escolhos de ordem técnica (veja-se, a este propósito, o exemplo da dificuldade de separação dos domínios constitucional e administrativo que nem por isso põe em jogo a diferenciação dos dois direitos). De resto, é também o argumento cuja actualidade se conserva na evolução mais recente. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *in Critério e Estrutura cit.*, p. 125 nota 64.

construção, o direito comercial subjugar-se-ia (sem, no entanto, prescindir das suas especializações *ad intra*) a um simples capítulo do direito civil, em pé de igualdade que ficava com o direito das obrigações, direitos reais, direito de família ou direito das sucessões.¹⁴²

6. Num breve *excursus*, cabe lavrar algumas considerações que nos parecem oportunas. É por demais conhecida a inquietação que paira sobre o tema, o *leitmotiv* deste ensaio — qual árvore frondosa que projecta a sua sombra¹⁴³ pela ampla seara do interesse dos que (e são muitos) a ele se consagram. Só que, não raras vezes, no ardor da pugna¹⁴⁴, se cai como que numa malha de desencontro sobre o que de facto se pretende discutir, rogando meios que no caso não vêm (não devem vir) ao caso, e as mais das vezes sem que disso se chegue a ter consciência. No fundo, debate-se um mesmo assunto mas em quadrantes perfeitamente diferentes: a discussão sai enviesada logo à partida. E isto porque com alguma frequência se deixa para trás os conhecimentos e esclarecimentos prévios que viabilizam que se parta de um mesmo ponto (ou conjunto de pontos) para a discussão, aí sim já *entre-encontrada* (alinhada) nos termos que lhe são fundantes. Parece-nos, por isto, essencial que se assegure o alinhamento (e conhecimento) dos quadrantes antes de partir para aquela que é a *contenda*.

7. Fechado este curto parêntesis, desde logo nos parece da maior utilidade dar conta daquela que é a posição do direito comercial em relação ao direito civil.¹⁴⁵ Ora as relações privadas são reguladas pelo direito civil e pelo direito comercial¹⁴⁶. Neste contexto, há um sistema de normas reguladoras, de um modo geral, das relações entre os particulares, que é o direito civil; e depois, o direito comercial, que disciplina uma certa classe ou espécie do

¹⁴² A própria evolução legislativa encaminhar-se-ia nesse sentido. Cf. *supra* nota 118.

¹⁴³ Dizer colhido em RUI FIGUEIREDO MARCOS, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁴ Cf. FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial cit.*, p. 17.

¹⁴⁵ Debruçando-se detidamente sobre o ponto, SOUSA EIRÓ, "Relações entre o direito civil e o direito comercial" *in As Operações Comerciais*, pp. 243-289.

¹⁴⁶ Se dúvidas houvesse quanto ao enquadramento do direito comercial no direito privado, parece que se dissipariam na leitura do art. 3.º do código, que estabelece claramente que, na falência de todos os outros meios previstos, as questões sobre direito e obrigações comerciais serão decididas pelo direito civil (o que não colheria caso não fosse o direito comercial considerado como direito privado). Assim, FERNANDO OLAVO *op. cit.*, pp. 11 e 12.

gênero relações jurídico-privadas: as relações derivadas do exercício do comércio e actividades afins.

Dizer que algo é "geral" ou "comum" subentende uma qualquer "especialidade" ou "excepcionalidade" a si associada; a sua existência não pode ser percebida de forma eremítica, mas antes num prisma relacional. E o mesmo se passa com os conceitos de "especialidade" e "excepcionalidade". Há o pressuposto (no sentido de pré suposto) do, se se quiser, confronto (do todo para o particular e do particular para o todo). O direito civil é o direito privado geral porquanto exista, ao mesmo tempo, outro direito privado¹⁴⁷ que, face a ele, é especial ou excepcional.

Antes de tudo, partiremos do preconceito (no sentido de pré conceito) de que o direito comercial e o direito civil são dimensões relacionáveis¹⁴⁸; posto isto, interessará perceber qual a natureza da sua relação. E aqui se abre caminho a desencontradas opiniões, que se agitam entre a *singularidade*, a *excepcionalidade*, e a *especialidade*. Mas, afinal, que diferença existe? A dúvida, embora talvez mais académica do que prática¹⁴⁹, é tanto mais legítima quanto é certo que se encontram amiúde a elas referências de forma indiferenciada, como que se de expressões sinónimas se tratasse. Os partidários que tomam o direito comercial por *direito singular*, de que é exemplo RUGGIERO¹⁵⁰, abalizam por um conceito unitário em que se teriam fundido aquelas duas espécies, de si indestrinçáveis, reduzindo a relação à dialéctica direito normal-direito singular (conceito que, pelas suas imprecisão e

¹⁴⁷ Um ou vários. Mas para o ponto que pretendemos validar, basta que haja um.

¹⁴⁸ Aproveitando aqui o *mui* valioso trabalho de SOUSA EIRÓ, *op. cit.*, pp. 248-252, onde começa por analisar o entendimento daqueles que consideram não serem o direito comercial e direito civil de forma alguma relacionáveis; que, embora ambos pertençam ao direito privado, são perfeitamente separados, acabando por entendê-la de rejeitar "com toda a energia e veemência", lançando mão dos argumentos (aqui corridos ao de leve) de que, em primeiro, decorrência da "historicidade" do direito comercial, o seu conhecimento e evolução histórica não só ajuda como é imprescindível para a compreensão da sua posição actual no âmbito do direito privado e, designadamente, das suas relações com o direito civil; depois, e relacionado com o primeiro, que, não há uma diferença de essência tal que justifique a completa separação, e tanto mais é assim que mesmo a sua autonomia não surge em bases substancialmente distintas das do direito civil (mas antes de particulares razões de conveniência); que tantos são os domínios comuns entre os dois que não podem deixar de ter efeitos recíprocos entre si; e, por fim, a circunstância de serem aplicadas regras civis à matéria de direito comercial, corroborando a ideia que há uma relação entre os dois, e que é essa relação que justifica e impõe essa aplicação. De resto, não só essa relação existe, como, de tão íntima que é, chega a ser *ferramenta* para os que defendem a unificação entre os dois ramos.

¹⁴⁹ Ou nem tanto assim: a excepcionalidade das normas de direito comercial — como nota LOBO XAVIER — constituiria obstáculo à sua aplicação analógica, tendo em conta o princípio, previsto no art. 11.º do Código Civil, da proibição de aplicação por analogia de normas excepcionais. *Vide Sumários das lições ao 3.º ano jurídico*, p. 10.

¹⁵⁰ *Instituciones de Derecho Civil* vol. I, pp. 54 e ss., *apud* FERNANDO OLAVO, *op. cit.*, p. 13.

vaguidade — e até contradição —, não merece o nosso acolhimento).¹⁵¹ Depois, para os que o entendem como direito *excepcional*, onde se conta o apoio de RIPERT¹⁵², vale uma noção de Direito que por uma preocupação particular de utilidade contraria princípios fundamentais. Só que, na realidade, não se pode dizer que o Direito Comercial contrarie em bloco princípios fundamentais do Direito Civil, ou que surja globalmente como uma exceção a este.¹⁵³ Direito excepcional é o que quebra o princípio, é o que rompe com ele em função de casos particulares. Ora embora seja certo que há no direito comercial disposições que criam exceções face a princípios gerais do direito privado; certo é também que, quando visto como um todo, não se apresenta, em face do direito civil, como a exceção em face da regra; não representa nenhum desvio essencial dos princípios basilares do direito privado. E por isto, não colhendo igualmente esta concepção, nos parece (a) mais adequada a da *especialidade*, mormente de um ramo do Direito em relação a outro ramo (e não de uma regra em relação a outras regras), que funciona como geral; no fundo, um complexo de preceitos jurídicos válidos para uma classe de relações que, de outro modo, cairiam sob a alçada de um outro complexo de normas diferentes e mais gerais.¹⁵⁴ Numa frase só, especialidade aqui a ser um *modus* de concretização, em que se adapta um regime a circunstâncias particulares, sem contrariar o princípio normativo em causa. O direito

¹⁵¹ Partindo da classificação do direito em normal (regular, comum ou geral) e em singular (anómalo, especial ou excepcional, indiferenciadamente), entende que compõem o direito singular as normas jurídicas que se afastam dos princípios comuns "por uma particular utilidade social imposta e justificada por condições ou situações especiais que tornam a norma geral como não idónea ou como não intrinsecamente justa para as resolver"; para a existência de um direito singular é decisivo não "o seu campo de aplicação ser mais ou menos restrito do que o do direito normal, mas sim que as suas normas, globalmente consideradas, afastem os princípios gerais do direito normal (...), impedindo, em virtude duma «utilitas» que o justifica, a sua aplicação em todas as suas consequências lógicas". Cf. SOUSA EIRÓ, *op. cit.*, pp. 253 e ss., bem como para a crítica a esta construção.

¹⁵² Orienta-se neste sentido parte da doutrina francesa. Cf. *Traité Élémentaire* cit., pp. 2 e ss.; e tb. HAMEL/LAGARDE, *op. cit.*, p. 6. Ainda que pareça ser variável o entendimento que se tem sobre qual seja a posição de ROCCO, cremos poder incluí-lo neste grupo, quando escreve que "substancialmente a qualificação de direito singular *não exprime mais do que uma relação de exceção para a regra na qual uma norma, compreendendo uma ou mais determinadas relações que fazem parte duma categoria mais geral, se encontra com a normal geral que abrange tôdas as outras relações daquela categoria*" (os sublinhados são do Autor); e que daí, "direito especial, direito singular, direito excepcional, não serem senão uma e mesma coisa"; mas depois acrescenta que o direito comercial é em face do direito civil um direito excepcional ou singular, ou ainda, se quiser, especial, mas no sentido, precisamente de direito excepcional (p. 58), e qualifica ainda a opinião sustentada no texto como sendo o direito comercial excepcional diante do direito civil (p. 60). Ver *op. cit.*. Também FERREIRA BORGES iria pela torrente da excepcionalidade, quer na carta em que oferece o seu projecto de Código de 1833 ao Duque de Bragança, regente em nome de D. Maria II, quer no seu *Diccionario* cit., p.127.

¹⁵³ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* cit., p. 28.

¹⁵⁴ Assim, FERRER CORREIA, *Lições* cit., p.38.

comercial será *especial* porque adapta o direito civil às circunstâncias particulares do comércio.¹⁵⁵

8. Mas de tanto, isto é, da circunstância de se socorrer dos princípios de uma outra ciência (*in casu*, o direito civil), não parece poder decidir-se, sem mais, contra a sua autonomia. A bem dizer, esta é uma relação que não só com o direito civil desenvolve, conquanto apresente uma feição própria resultante dos seus caracteres específicos, mas que igualmente estabelece mais ou menos directamente com todos os outros ramos do direito (embora com graus francamente diferentes).¹⁵⁶ Pois que a autonomia que a seu respeito se discute não se compadece com um qualquer isolamento completo: não se pretende que o direito comercial assuma como que uma configuração de compartimento estanque. E como bem escreve GALVÃO TELLES, "se houvesse de conceber-se a autonomia de um ramo de Direito (...) como reclusão em espaço fechado, sem laços de interdependência com os outros sectores da enciclopédia jurídica, nenhum ramo de Direito seria autónomo: todos eles se interpenetram na unidade e solidariedade do mesmo organismo — o Direito no seu conjunto".¹⁵⁷ Esse isolamento não existe nem é possível, e não lograria ser mais que *cosa mentale* dos que o procurassem apostolizar. Numa frase só, autonomia é coisa diferente de independência; a autonomia de que se fala não é absoluta — longe disso —, mas tão-só relativa.¹⁵⁸

Do que deixamos dito, já se percebe que a necessária coordenação do direito comercial com o direito civil, ou até mesmo a sua subordinação a este — enquanto direito

¹⁵⁵ De resto, esta é a doutrina que melhor se coaduna com um sistema como o nosso que, como escreve FERNANDO OLAVO, "parece não admitir integração analógica no campo do direito excepcional (Cód. Civil, art. 11.º) e que, em direito mercantil, como direito especial e não direito excepcional, permite (Cód. Comercial, art. 3.º) o recurso à analogia." Cf. *op. cit.*, p. 14. Esta é também a posição francamente dominante no seio dos autores portugueses. Neste sentido, FERRER CORREIA, *op. cit.*, pp. 38 e ss.; LOBO XAVIER, *op. cit.*, pp. 10 e ss.; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, p. 42; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português cit.*, pp. 15 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, pp. 28-29; BRITO CORREIA, *op. cit.* p. 46. Também no sentido da especialidade, VIDARI, *op. cit.*, p. 67 e 68; e ASCARELLI, *Appunti di Diritto Commerciale cit.*, pp. 14 e 15.

¹⁵⁶ A este propósito veja-se, CAEIRO DA MATA, *op. cit.*, pp. 8 e ss.. "Não goza o direito comercial, dizia BARBOSA DE MAGLHÃES, duma absoluta independência dentro do mundo jurídico. Pelo contrário, não é exagero afirmar que êle é dos ramos de direito que mais íntimas relações mantem com todos os outros e até com outras sciências." Assim, e para os subsequentes desenvolvimentos, vide, *Direito Comercial: Apontamentos coligidos sobre as prelecções do Exmo Sr. Dr. Barbosa de Magalhães ao curso do 4º ano jurídico, de 1924-1925*, p. 14 e ss..

¹⁵⁷ Vide "Aspectos comuns aos vários contratos" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. VII (1950), (pp. 234-315), p. 272.

¹⁵⁸ Sobre o ponto, vide tb. LANGLE RUBIO, *op. cit.*, pp. 466 e ss..

privado comum, regulador da generalidade das relações entre particulares — não aproveita ser obstáculo bastante ao reconhecimento da autonomia do direito comercial. Este, de si especial, é necessariamente fragmentário, e as suas lacunas hão de ser (e são) integradas com recurso ao direito civil, qual "vasto oceano onde aquele Direito especial se destaca e eleva como uma ilha".¹⁵⁹

9. Partindo agora para uma leitura concreta da *quaestio* da autonomia do direito comercial, há, se se quiser, individualizações, a apurar; e assim é para que se não caia na *malha do desencontro*. A autonomia pode ser considerada do ponto de vista *formal* ou *legislativo*, do ponto de vista *substancial* ou *jurídico*, e ainda do ponto de vista *científico* ou *didáctico*, embora este último se repute francamente de menor importância para o que se pretende discutir¹⁶⁰. Ora determinado ramo de direito é formal ou legislativamente autónomo quando as respectivas normas fundamentais se inserem em um código ou corpo de leis próprio. Diversamente, há autonomia substancial ou jurídica "sempre que um conjunto de categorias jurídicas se subtrai à disciplina do direito comum e se disciplina através de um complexo de regras, que geram um certo sistema, aí onde precipitam certos princípios jurídicos (e os valores que lhes transportam) que lhe são inerentes".¹⁶¹ Esta última é a mais profunda e a que mais importa, porquanto se debruça sobre a *substância* dos preceitos (passe-se a redundância): o problema passa-se não só, e nem tanto, no plano da autonomia de diplomas, mas também, e *sobretudo*, no plano da genética dos regimes.¹⁶² E se é certo que os círculos não são coincidentes, certo é também que não deixam de se relacionar. Mas, se um ramo jurídico codificado ou legislativamente autónomo pode revelar-se sem autonomia substancial¹⁶³; é possível também que exista — ainda que porventura se possa entender não

¹⁵⁹ Assim, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 273. E por isto há ainda quem estabeleça a distinção entre *independência* e *separação*, e, aceitando a segunda, negue a primeira. Assim entende GARRIGUES, que esse Direito "deve viver em leis próprias, separado do Civil, porém com a dependência que impõem a comunidade de origem e a substancial analogia", *in* prólogo à tradução espanhola dos *Principios de Derecho Mercantil* de ROCCO, p. VIII.

¹⁶⁰ No sentido de apurar da conveniência de tratar, ao nível do seu estudo, separadamente assuntos informados por idênticos princípios, ou conjuntamente domínios de ramos diferentes. Cf. SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶¹ Seguindo as coordenadas de REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶² ORLANDO DE CARVALHO, "Teixeira de Freitas" *cit.*, p. 57.

¹⁶³ Assim, COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 47; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 147. Em sentido contrário, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 273 e 274, entendendo não haver lugar a formas distintas onde a matéria é única e indiferenciada.

ser desejável¹⁶⁴ — um mesmo e único corpo de leis que concentre normas heterogêneas, ou antes, pertencentes a ramos diversos da enciclopédia jurídica.¹⁶⁵

É certo que o alcance da autonomia substancial sofre as oscilações próprias das diferentes, se se quiser, valorações a que fica sujeita; certo é também que de tal maneira corresponde às exigências da constituição social e económica contemporâneas que tem resistido (em maior ou menor grau) às tentativas legislativas de absorção no direito civil: com efeito, os códigos publicados que seguem esta orientação não deixam de ter em si cinzeladas autênticas normas de direito comercial, deixando outras para leis avulsas.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Advogando a conveniência de manter a autonomia formal, *ibidem*, pp. 287 e 288, que entende ser o corolário lógico da autonomia substancial. E escreve: "pois, embora a segunda (autonomia substancial, leia-se) possa viver sem a primeira (autonomia formal, leia-se), é de todo o ponto conveniente que as duas coexistam, que à autonomia interna corresponda a exterior como sinal visível que melhor a marque e defina". E assim porque, entende, cada ramo de direito deve ter um código próprio (dentro do conceito moderno de codificação, que deixou de ser universal para obedecer ao princípio da especialidade); de resto, daí resultam vantagens que seria ilegítimo sacrificar. "Separa-se extrinsecamente o que é intrinsecamente diverso. Imprime-se individualidade formal a um complexo orgânico de princípios e disposições. O sistema torna-se mais coerente, mais harmónico, mais bem delineado, sem a amálgama de realidades heterogêneas. Dá-se existência exterior a um corpo unitário pelo qual perpassa um só e mesmo espírito." No mesmo sentido, FERNANDO OLAVO, entendendo que, se a unificação do direito privado do ponto de vista substancial não se justifica, só considerações de ordem prática poderiam dar azo à unificação formal — razões essas que não vê quais sejam. Pois que, diferenciando-se os dois ramos de direito, a existência de dois códigos só facilitará a consulta e a aplicação da lei. *Vide op. cit.*, p. 24. Também no sentido da importância de uma codificação de leis mercantis (de novo tipo e que responda a novas necessidades) CASSIANO DOS SANTOS, "O Direito Comercial na actualidade o sentido de um (novo) código mercantil" *cit.*. Se para o Autor bastariam para os objectivos tradicionais e gerais da codificação — a segurança e a certeza, decorrentes do conhecimento prévio e fácil das leis e das soluções para cada questão concreta — para dar sentido útil à codificação (já que a unidade e a acessibilidade têm óbvias vantagens sobre a dispersão); a par da estabilidade, que a codificação fomenta. Logra ir além dessas vantagens tradicionais, entendendo que uma nova codificação mercantil pode assumir novos ou renovados objectivos: a promoção de uma disciplina contratual mais eficaz e completa, passível de reduzir as falhas de regulamentação e os conflitos, ancorada nos usos e costumes dos sectores e quadros negociais padronizados (revisados e completados por mão doutrinal, jurisprudencial e da experiência de outras leis); ao mesmo tempo, a promoção da facilitação das transacções, a redução de conflitos e a mais eficiente resolução daqueles que subsistirem; e ainda, uma nova codificação permitirá também a integração harmónica da legislação mercantil que se foi estabelecendo à margem do Código Comercial, muitas vezes de forma díspar, difícil de mobilizar e nem sempre facilmente compatibilizável. Desenvolvidamente, *vide* as pp. 42 e ss. Em sentido idêntico corriam as convicções de MANARA. "Ma oltrechè deve riflettersi alla profonda verità espressa nel noto aforismo — l'ottimo è nemico del bene — e che, quindi, è sempre meglio una uniformità limitata a un determinato campo, che sarebbe, si noti, il più battuto, di quello che una completa difformità (...)" Cf. "Contro un codice unico delle obbligazioni" *in Giurisprudenza Italiana*, vol. XLV, 1893, parte quarta, (pp. 54-76), p. 75.

¹⁶⁵ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 274. Nesse sentido já HIRSCH ("Le nouveau Code de commerce ture" em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1958, p. 344), insistindo que "o princípio do código único não leva nem a uma comercialização do direito civil nem a uma descomercialização do direito comercial. Não há nenhuma contradição em dizer que, apesar do código único, o dualismo do direito civil e do direito comercial subsistiu".

¹⁶⁶ Veja-se o caso suíço, em que a incorporação do direito comercial no Código único das obrigações não logra sair do campo da unificação meramente *formal*: no entender de WIELAND, a incorporação não impede que o primeiro forme, dentro do segundo, como que uma ilha. No mesmo sentido escrevem HAMEL/LAGARDE: chamando à atenção para a diferença entre "unidade do direito privado" e "unidade do código que contém as disposições do direito privado", afirmam que o legislador federal suíço terá apenas reunido a matéria das obrigações civis e comerciais num único código, mas sem fundir as instituições das duas disciplinas jurídicas.

Verifica-se, nesses casos, que as disposições respeitantes à matéria de comércio se destacam do acervo de normas de direito privado. Mas não da mesma forma que os demais compartimentos especiais; e por isso não se posiciona em relação a eles como categoria paralela: aqui a *especialidade* redundava em *autonomia*. E tanto assim porque o direito comercial não advém de um corte vertical do direito civil, mas antes de um corte horizontal do direito privado; direito esse cuja autonomia, nessa luta pela homogeneização normativa, ao cabo e ao resto menos substancial que formal, vai resistindo afinal à cisma do código único.¹⁶⁷

Cf. *op. cit.*, pp. 10 e ss.. Outro tanto acontecera na projectada reforma dos códigos franceses, em que, ao decidir-se pela elaboração de um código único de direito privado, se entendeu unanimemente que a distinção entre os direitos não estava de forma alguma em questão (Sobre o ponto, acompanhado de referências, ORLANDO DE CARVALHO, *loc. cit.*). Da mesma forma que o Código Civil italiano, que aboliu o Código de Comércio, não materializou, de acordo com muitas vezes autorizadas, a morte do direito comercial como disciplina jurídica e como ciência: desde logo, ASQUINI, que escreveu que o comércio e a indústria teriam na contemporânea civilização um mais importante papel e de que os novos princípios de economia organizada, que tinham sido acolhidos pelo código, "longe de anularem os lineamentos próprios dos institutos da economia comercial e industrial, lhes conferiram maior evidência sob as vestes de *empresa*" (cf. "Sulle nuove posizioni del diritto commerciale", in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XV [1942], I, [pp. 65-71], p. 64); e também LA LUMIA, que, perante a concreta questão sobre se a referida codificação trouxera a unificação do direito privado, responde negativamente, entendendo até que a autonomia do direito comercial devia subsistir, pese embora já não como Direito dos actos de comércio, mas antes como Direito das empresas comerciais (cf. "L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali", in *loc. cit.*, [pp.1-9], pp. 1 e ss.); junta-se a estes também o julgamento de MESSINEO, de que se não existe autonomia *legislativa*, isto é, autonomia de código, existe, contudo, autonomia *científica*, isto é, autonomia do direito (cf. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, p. 60 e ss.). E ainda PAOLO GRECO que, na esteira de FERRARA, pese embora não chegue a reconhecer a autonomia *jurídica* do direito comercial, evidencia a sua *especialidade* como matéria sujeita a exigências técnicas próprias e merecedora de tratamento e estudo particular (cf. "Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione", in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XLV [1947], [pp.1-11], pp. 1 e ss.). Dir-se-á, no fundo, que nem o reagrupamento material de normas diferentes num só corpo de leis, nem tão-pouco a mudança de nome daquilo que, "por tradição imemorial, se conhece como matéria comercial"; que nada disso carrega suficiente vigor para fundir coisas que são de si irredutíveis a fusão. O que, de resto, terá levado alguns juristas italianos a afirmar que "l'arbitrio del legislatore può, con un tratto di pena, mutare i nomi e diversamente raggruppare le norme; ma non risce a sottrarre un complesso di rapporti sociali ad una particolare disciplina, se tale particolare disciplina propria de questi rapporti, risponda in qual determinato momento storico, ad una effettiva esigenza." Assim se pode ler em, HERNÂNI ESTRELA, "Dualidade das obrigações no direito privado unificado", in *Revista Forense*, vol. 276 (pp. 71-80), p. 75. Sobre as legislações em que a fusão se operou, mas que em que se manteve a autonomia substancial das matérias (e a lição que daí se pode tirar sobre a conveniência da separação dos dois ramos) vide EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, pp. 390 e ss.. ESCARRA diria também que em todos esses países o comércio tem sido sempre considerado, histórica e socialmente, um ramo especializado da vida humana; e que nada melhor que esses exemplos mostra a "ausência de alcance de uma unidade formal do direito privado, como de uma autonomia puramente formal do direito mercantil". Cf. *Principes de Droit Commercial*, T. I, p. 58; e ver tb. *Cours cit.*, p. 29. A idêntica conclusão terão chegado HAMEL/LAGARDE, que, depois de terem estudado os sistemas inglês, suíço e italiano (nas pp. 8 a 12) entenderam não ser possível a redução "pura e simples" de determinadas instituições a um direito privado completamente unificado. Vide *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁷ Acompanhamos de *mui* perto neste parágrafo a lição de GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 276 e ss.. Enfim assim porque, de facto, o problema da unidade ou dicotomia do direito privado — que é um problema científico — não se confunde com o da inclusão num único diploma legislativo de todas as instituições privatísticas — que é, no fundo, um problema de técnica legislativa. Sobre a distinção entre unificação formal e unificação

10. Mas é na autonomia *substancial* do direito comercial — quer dizer, se ainda merece as honras da sua existência própria, ou se dela já não é digno¹⁶⁸ — que verdadeiramente paira o desassossego dos *espíritos*.

A escola *ortodoxa ou conservadora*¹⁶⁹, representada por homens não menos ilustres da ciência como, entre outros, VIDARI¹⁷⁰, MANARA¹⁷¹, FRANCHI¹⁷², MARGHERI¹⁷³, GOLDSCHMIDT¹⁷⁴, e por *cá* (prevalecente que é por cá), ORLANDO DE CARVALHO¹⁷⁵, FERRER CORREIA¹⁷⁶, FERNANDO OLAVO¹⁷⁷, COUTINHO DE ABREU¹⁷⁸, CASSIANO DOS SANTOS¹⁷⁹, PAIS DE VASCONCELOS¹⁸⁰, aduz em seu favor¹⁸¹ — de um modo geral —, desde logo, as variáveis do *cosmopolitismo e internacionalidade*. Com efeito, o comércio é uma actividade económica que tem lugar não só, e nem tanto, no interior de cada país, mas também, e sobretudo, no além-fronteiras, e que se cumpre no contacto com diferentes povos. Não se localiza nem se encerra num espaço limitado, não é territorial como o direito de propriedade, nem tão-pouco está associado a um concreto espaço cultural como está o direito de família.¹⁸² Por isto se diz que o direito comercial é universal e a-nacional, qualidades que não se compatibilizam com o nacionalismo e particularismo das relações civis (e uma eventual reunião do direito privado prejudicá-lo-ia em grande

científica, ver, por todos, ESCARRA, "L'autonomie du droit commercial" in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, pp. 379-403. De resto, e como afirmava PAOLO GRECO, deve tirar-se "a consequência óbvia de que o direito comercial só não existe onde falte o comércio — do mesmo modo como uma lei física não se aplica, quando não se verificam as condições por ela pressupostas — mas não a de que uma actividade comercial possa subsistir e prosperar, sem dar lugar a uma disciplina jurídica, que seja particular sua." In *Lezioni di Diritto Commerciale*, pp. 20 e 21, apud EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO *op. cit.*, p. 393.

¹⁶⁸ GALVÃO TELLES, in "Aspectos comuns aos vários contratos" *cit.*, p. 269;

¹⁶⁹ Cf. CUNHA GONÇALVES, *O problema da codificação do direito civil* *cit.*, p. 47

¹⁷⁰ *Contro un Codice Unico delle Obligazioni*, apêndice ao vol. I do *Corso di Diritto Commerciale* *cit.*.

¹⁷¹ "Contro un Codice Unico delle Obligazioni" *cit.*.

¹⁷² *Gli studi di diritto commerciale in Italia dopo la codificazione*, apud CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 159.

¹⁷³ *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, p. 14 e ss..

¹⁷⁴ *Storia Universale* *cit.*, p. 12 e ss..

¹⁷⁵ *Critério e Estrutura* *cit.*, pp. 120 e ss., nota 64.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 32 e ss..

¹⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 20 e ss..

¹⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 54 e 55.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 44 e ss..

¹⁸⁰ *Op. cit.*, pp. 16 e ss..

¹⁸¹ Acompanhamos de perto, neste ponto, a lição de PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 16-29.

¹⁸² "Le commerce est une sorte d'arme de combat, de manifestation d'une force virile vis a vis d'un autre homme. Cette lutte est inconcevable entre individus précédemment rattachés par le sang, para la race, para la nationlité, à un droit de cité semblable." Cf. THALLER, "De la place du commerce dans l'histoire générale" em *Annales de Droit Commerciale et Industriel Français, Étranger et International*, 1982, p. 126.

medida).¹⁸³ Outra das suas grandes investidas é a *aparência e a boa fé (e a celeridade das transacções)*. O comércio é, de sua natureza, célere; não se compadece com demoras.¹⁸⁴ Os comerciantes e os seus negócios dependem da confiança nas aparências, uma vez que não podem — contrariamente ao que na actividade civil se passa, em que os contratos se podem realizar (e se realizam normalmente) com tempo e morosidade, podendo as partes tomar todas as precauções que considerem convenientes — demorar-se a investigar profundamente a certeza das coisas: ela há-de ser substituída pela convicção razoável e suficiente, criada pela aparência. E sendo certo que o funcionamento do mercado exige o respeito pela aparência, necessário se torna que o direito comercial proteja aqueles que confiaram razoavelmente na aparência.¹⁸⁵ E aqui a aparência joga em múltiplos campos: em relação ao comerciante, ao seu estabelecimento, ao cliente, aos produtos e serviços objectivamente considerados. A fé e o crédito são valores primordiais no direito comercial e no comércio. A fé significa tanto confiança, como probidade. Com efeito, não há comércio sem confiança — quer nas pessoas, quer nas coisas. Também os comportamentos contratuais (da

¹⁸³ Como, de resto, validam a sua génese e evolução histórica. Pense-se na sua ligação ao transporte, particularmente ao transporte marítimo, berço do direito comercial com a *actio exercitoria*. E, não obstante a forte vocação de direito nacional que assumiu particularmente a partir do séc. XIX — com a estatização do Direito da França emergente revolucionária e o surgimento do movimento de codificação —, manteve sempre uma firme cadência para atravessar fronteiras, desde logo apreensível pelas normas de conflitos de Direito Internacional Privado previstas logo em 1888 no Código Comercial. Entretanto, o refinamento dos processos políticos e jurídicos deu-se a um tal apuro que se logrou uniformizar diversas leis (pense-se, por exemplo, na lei uniforme de letras, livranças e cheques). Como escrevem os Autores, é hoje "em muito do seu ser direito comunitário europeu e, por exemplo, o direito dos transportes, sejam terrestres, marítimos ou aéreos, é fundamentalmente direito internacional vigente em todo o mundo". *Ibidem*, p. 17.

¹⁸⁴ A exigência da celeridade nas transacções encontra respaldo no nosso Direito Positivo: da simplicidade de formas — se pensarmos, sobretudo, nos cuidados próprios do direito civil: veja-se, por exemplo, os casos do art. 396.º do Código Comercial que prevê um regime menos complexo para o empréstimo mercantil face ao do mútuo civil no art. 1143.º do Código Civil; ou mesmo no caso do penhor mercantil, previsto no art. 400.º, em comparação com o art. 669.º do Código Civil; ao rigor das formas (no sentido em que a pré-determinação do esquema jurídico a adoptar promove a rapidez), de que é exemplo o art.º 113 do Código Comercial, em que se exige escritura pública das sociedades comerciais, contrariamente ao que se passa com a constituição das sociedades civis regulado no art. 980.º do Código Civil — trata-se aqui de um compromisso entre a protecção do interesse público com o ritmo desejável no comércio; à normalização das formas (normalizando para a massa dos clientes as condições contratuais, estar-se-á, aparentemente, a facilitar a celebração e interpretação do negócio), de que são exemplo paradigmático os contratos de adesão; até à facilidade de prova (que é, no fundo, consequência dos três anteriores: é porque as formas são simples, rigorosas e os contratos estão normalizados que a prova se acha menos complexa). A este respeito, *vide*, SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 316 e ss..

¹⁸⁵ Também entre comerciantes o sistema funciona suficientemente bem apoiado na aparência: à uma, porque assim é exigido; depois, e sobretudo, porque também o princípio da boa fé ajuda a suportar o princípio da aparência. Como justamente notam PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, "o risco de um comerciante abusar da tutela da aparência existe, mas é risco controlado", pois que "os comerciantes que abusarem da aparência deixam de merecer fé e crédito" e "inexoravelmente acabam por ficar fora do mercado" — porque, não tendo reputação de probidade, deixam de merecer fé e crédito. Cf. *op. cit.*, p. 25.

negociação ao cumprimento) se regem pela boa fé, *rectius*, por exigências de lisura, probidade e seriedade. Aponta-se, também, a *instabilidade dogmática do direito comercial* (em contraste com lenta sedimentação do direito civil). As operações comerciais desenrolam-se a um ritmo de criatividade largamente mais acentuado do que as relações civis; são também, em regra, mais progressistas e mais dúcteis do que estas¹⁸⁶. Ora este compasso de rápida reacção às alterações e inovações sugeridas ou criadas pela estrutura económica, que implica uma constante reformulação de princípios e mesmo o surgimento de outros novos, e bem assim o imprevisto desuso dos existentes, levaria a como que uma irreprimível instabilidade dogmática e legislativa, augúrio da recusa de uma qualquer absorção-integração no quadro de um direito privado unificado.¹⁸⁷ E bem assim se convoca a *relevância dos usos e costumes*. Como é sabido, desde o momento da sua origem histórica, os usos e costumes ocuparam lugar de primeira linha no direito comercial. A bem dizer, até aos dias de hoje — porque os usos não são hoje uma qualquer reminiscência da antiguidade ou um arcaísmo, e muito menos um anacronismo; pelo contrário, são autênticos meios modernos de estabelecer critérios de acção e modelos de decisão. Pense-se, por exemplo, nos códigos de *corporate governance*, ou nos códigos deontológicos ou de melhores práticas, quer de sectores empresariais, quer de empresas específicas. É o que acontece com os *Incoterms* (regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional) que, não constituindo formalmente lei, dão conteúdo e critério axiológico ao agir e ao julgar no domínio do comércio. Os usos e costumes revestem também grande importância nos casos de dúvida no preenchimento das lacunas negociais. Também o argumento da *equidade* é comumente carregado para a discussão. Como já se teve oportunidade de dar conta, uma das particularidades do *jus mercatorum* foi justamente o recurso à equidade como critério alternativo de justiça do caso concreto, desvinculada da rigidez do *jus commune*.¹⁸⁸ E

¹⁸⁶ Qualidades que, de resto, terão levado JESTAZ a assinalar que "le législateur avait mis la charrue commerciale avant les boeufs civils, ce qui par parenthèse, tend à prouver que dans ce domain c'est la charrue qui pousse les boeufs", *apud* JEAN-PIERRE MARTY, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine" cit..

¹⁸⁷ Cf. SOUTO DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 319 e 320.

¹⁸⁸ O modo de julgar sem beneficiar nenhum dos litigantes face ao outro consistia em determinar o critério de decisão, não em relação à lei de uma ou outra das partes, mas objectivamente sobre o caso concreto, o que viabilizaria uma melhor solução e, *in genere*, uma melhor justiça. "A *aequitas mercatoria* — escreviam PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS — não nascia, porém, a partir do nada. Pelo contrário, assentava em práticas, conhecimentos e sensibilidades que eram comuns, partilhadas entre os mercadores nos mercados, fossem eles desta ou daquela cidade. O universalismo e o cosmopolitismo do comércio facilitavam o consenso. As mesmas práticas, as mesmas divergências clamavam pelas mesmas soluções. Em paralelo ao direito estrito, os mercadores preferiam um direito adequado e justo no caso concreto." *In op. cit.*, p. 23.

também hoje é prática comum o recurso à equidade, em contratos em que, por intermédio de cláusulas arbitrais, as partes submetem antecipadamente os litígios e divergências que possam surgir à resolução por árbitros: obtém-se, assim, uma solução rápida, economicamente equilibrada (por oposição a uma justiça mais morosa que não vai de encontro às premências do mercado).¹⁸⁹ Argumento proeminente é também o da exigência de uma *tutela eficaz do crédito*: ao contrário do direito civil, em que vigora o *favor debitoris*, vale no direito comercial o princípio do *favor creditoris*.¹⁹⁰ Se no direito civil se favorece, em princípio, o devedor; no direito comercial é o credor quem é favorecido. E é assim porque a actividade mercantil não pode ter lugar sem recurso ao crédito — e este não é dispensado se não for devidamente protegido: é necessário que se outorguem ao credor as garantias suficientes que o libertem da inibição de o conceder.¹⁹¹ Este é, de resto, um dos pontos que mais claramente separam o direito comercial do direito civil: em regra, não dependem do crédito os actos exclusivamente civis (ressalva feita a alguns aspectos sociais excepcionais). O *favor creditoris* actua particularmente nos títulos de crédito, no regime supletivo de solidariedade das obrigações, no regime restritivo da mora, na presunção de estipulação de juros, na presunção de onerosidade e na fixação de uma taxa de juros superior à vigente no direito civil. Um outro argumento não raro adiantado é o da *insusceptibilidade de civilização de institutos mercantis* concretos: com efeito, institutos há que, tendo surgido por força das

¹⁸⁹ De algum modo parente deste, é igualmente posto em evidência pelos Autores o valor da própria natureza das coisas, numa lógica, mais do que de racionalidade, de razoabilidade: o resultado concreto e prático da concretização jurídica é (e deve ser) determinante; mais que uma sustentação jurídica forte mas com consequências práticas contrárias às necessidades da mercancia, pede-se, antes, a sua utilidade e adequação, de acordo com a Natureza das Coisas. *In op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁰ A restauração do comércio, depois da longa recessão medieval, apoiou-se no alinhamento do capital com a empresa. A eficiência económica exige o aproveitamento dos capitais ociosos e a sua canalização para investimentos produtivos; a captação e mobilização destes capitais exige, por sua vez, dos que os detêm que os coloquem ao dispor de outros que lhes deem uma utilização mais eficiente do ponto de vista económico. Mas isto só terá lugar se tiverem a certeza de que os poderão recuperar: é, por isto, fundamental um sistema de cobrabilidade segura, rápida e eficiente. Também o funcionamento das empresas e dos negócios exige o recurso ao crédito em moldes semelhantes. Além de tudo isto, tem o crédito ainda o préstimo de aumentar a massa monetária em circulação (de criar moeda, e, assim, de criar valor) — a este propósito se fala da alavancagem (*leverage*) da economia. E por tudo isto se entende injuntivo que se assegurem ou reforcem condições de cobrabilidade, sem as quais o crédito não é concedido, ou, sendo-o, a um custo muito superior. É no favorecimento do credor, removendo as dificuldades de cobrança, que se reforça o crédito. Cf. *ibidem*, p. 18.

¹⁹¹ Diziam MICHELE DE JORIO que "não há comércio sem dinheiro, não há dinheiro sem crédito, não há crédito sem boa fé, não há boa fé sem leis; o dinheiro, o crédito e a boa fé, as leis, eis os princípios e os instrumentos do Comércio. O crédito, porém, não se adquire senão pela boa fé, e a boa fé não se mantém, senão com leis proporcionais. O Comércio, portanto, não pode florir, senão por via de leis justas, iguais, adequadas, e que sejam as mais adaptadas". "Codice Ferdinando o Codice Marittimo", cap. XXXII (3), in MOSCHETTI, *Il Codice Marittimo del 1781 di Michele de Jorio per il Regno di Napoli*, vol. I, p. 281, *apud* PAIS DE VASCONCELOS e LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 19.

necessidades no domínio das empresas comerciais (quer *ex causa* da profissionalidade destas quer para defesa própria ou garantia de terceiros, de que são exemplo o registo comercial, a escrituração mercantil, a propriedade industrial, e a concorrência desleal), muito dificilmente se concebem integrados no direito civil, pois que em nada são convocados para aquelas que são as relações entre simples particulares.¹⁹² Apela-se, também, ao lugar da *profissionalidade*: a actividade comercial é uma actividade profissional. A profissionalidade não exige nem supõe a exclusividade: nada impede que o comerciante exerça, a par do seu comércio, outras actividades, ou mesmo outro comércio (ressalvadas que ficam as proibições ou incompatibilidades legais). Como profissional, o comerciante — experiente e competente nas práticas e nas relações mercantis (se o não for, o mercado encarrega-se naturalmente de o fazer sair) — distingue-se do consumidor — que o Direito trata como contraente ingénuo e carente de protecção. É neste sentido que se diz que é o direito comercial um direito profissional: historicamente começou por ser um direito dos comerciantes e assim se mantém, embora não a título principal.¹⁹³

¹⁹² Cujo expoente máximo redundava nas matérias relacionadas com os transportes marítimos, que se integram no sector comercial e cuja especificidade impossibilita uma qualquer amálgama com as do direito civil — como, de resto, de uma maneira geral se reconhece, mesmo nos países onde se procurou que se alcançasse a unificação do direito privado. Assim, FERNANDO OLAVO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹³ Modernamente ensaiam-se também outros vectores, desde logo, o da *centralidade do mercado e da concorrência*. Se é certo que o direito comercial tem como objecto, grosso modo, o comércio; não menos certo é que o comércio se desenvolve no mercado: ora, não há comércio sem mercado (de resto, foi do mercado que surgiu a premência de um direito comercial). Mas o direito comercial não é apenas um direito do mercado ou dos mercados, mas também do seu respectivo regime jurídico; e só há mercado em regime de concorrência (quer o mercado seja livre, quer seja regulamentado). E tanto assim é que a concorrência consubstancia um valor verdadeiramente preponderante do Direito Comercial da actualidade. (Sobre a perspectiva do direito comercial como também direito do mercado *vide* PAIS DE VASCONCELOS, "Direito Comercial; necessidade e utilidade de uma revista", *in Revista de Direito Comercial*, 2017, [pp. 1-32], pp. 29 e ss.) A par daquele, também se faz referência ao plano da *insolvência e da execução universal*, expedientes que ficam a dever a sua existência ao direito comercial. Perante a "quebra" do devedor, determinada por indícios significativos da incapacidade de solver na totalidade as suas obrigações, eram chamados todos os credores, para que apresentassem e justificassem os seus créditos, e o património do devedor era partilhado entre eles num regime de paridade proporcional. Caso a massa falida fosse insuficiente, haveria rateio entre eles, comungando todos, em posição paritária e proporcional, do risco do crédito (a conjuntura anterior, não havendo no direito civil um instituto como a insolvência, era francamente diferente. Em situação idêntica, cada credor exercia o seu crédito sobre cada devedor, individualmente e caso a caso; nos casos em que o património do devedor era insuficiente, os credores iam sendo satisfeitos à medida que iam conseguindo executar; no fundo, quem chegava primeiro era primeiro satisfeito e quem se atrasava já não recebia. Tudo isto levava a que se executasse de forma prematura, precipitando, mal se dava conta de uma situação de dificuldade de solvência, o colapso económico do devedor não lhe sendo concedida espera de pagamento. Vale, no entanto, dizer que as condições, se se quiser, ideais de um processo de insolvência — que não tem de implicar necessariamente a morte da empresa, mas que deve, antes, permitir a sua recuperação, e tudo isto com celeridade, praticabilidade, a benefício dos credores — estão hoje também longe de estarem reunidas). Um outro quesito que poderá sustentar esta posição são as variáveis da *intermediação, comissão e representação*. O comércio é intermediação e faz-se em representação, em vários sentidos. Desde logo, intermediação entre dois sujeitos; ou entre duas categorias objectivas como são a produção e o consumo; ou ainda entre diferentes locais; e, por último, a possibilidade

Grande parte destes pontos são alvo de crítica por parte daqueles que se posicionam do *outro lado da barricada*.¹⁹⁴ No fundo, no sentido de que, se em determinado momento da evolução económico-jurídica houve o bastante a justificar a separação dos dois direitos, ter-se-á como que esvaziado esse bastante, de maneira que não mais se deve procurar sustentar algo que é de si insustentável. Só que, na verdade, todas as críticas como que se alinham e afunilam naquele que vai sendo o seu principal (e, porventura, único) fôlego: a (pretensa) homogeneidade da vida sócio-económica...

11. De facto, o aperfeiçoamento técnico, a mundialização, a pacificação, tanto quanto possível dos antagonismos de classe a como que a expansão obriga; além disso, o que faz também é do domínio do grande comércio e indústria o sector mais progressivo da economia dos povos. Tudo isto, concertado com a ideologia da prosperidade crescente, desagua nessa típica refracção capitalista do modelo "económico" ou "económico-técnico" sobre os

de se intermediar no tempo. Depois, sobre a intermediação desce uma comissão, não no sentido de preço pelo serviço, bem ou actividade, mas antes de preço da intermediação. Como também se pode justamente dizer que, em larga medida, o comércio pressupõe representação: qualquer comércio que ultrapasse uma dimensão mínima, opera através de representantes. E representantes aqui quer se pense nos chamados comerciantes em nome individual, quer se pense nas pessoas colectivas, e cuja grande vantagem é a impressão de celeridade. E, finalmente, há ainda quem chame ao debate as "*especiais características das operações em massa*", que impoariam como que uma regulamentação típica: assim na objectivação da relação jurídica prescindindo do elemento pessoal, na reivindicação dos móveis, na limitação da indemnização em caso de incumprimento aos prejuízos sofridos (excluindo os danos emergentes), na maior frequência de compra e venda em situação de ausência do objecto do negócio, e finalmente na incorporação de coisas em certos títulos, como sejam a guia de transporte e o conhecimento de depósito nos armazéns gerais. Cf. PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 16-29.

¹⁹⁴ Desde logo, quanto às características do cosmopolitismo e internacionalidade, dir-se-á que bastará olhar o Código Civil francês, adoptado, servido de modelo e de fonte próxima em numerosos países. Que também o direito civil vem comungando do processo de simplificação, ao mesmo que tempo que se vem exigindo mais formalidades para os certos contratos de natureza mercantil. Que a equidade, em algumas legislações aconselhada ou permitida aos juízes, não se fica pela aplicação ao direito comercial, porquanto possa também figurar no domínio do direito civil. Que o costume, verdadeiramente preponderante na primeira fase de evolução do direito comercial, vem perdendo, no entanto, a sua importância, quer como fonte directa, quer como seu subsidiário. E que, a par da lei, é fonte formal quer de um quer de outro direito: num e noutro só quando ante expressa determinação da lei é que se aplicam os usos legislativos; e os usos interpretativos, quer dizer, integradores das lacunas da lei, podem aplicar-se quer em direito comercial como em direito civil. Que tão-só quantitativa é a diferença entre os dois direitos no que diz respeito à sua ductilidade e progressividade, já que, se, à uma, dúcteis e maleáveis devem ser tanto quanto possível as normas de direito substantivo, no sentido de permitir ao julgador, sem violação da sua letra, a sua aplicação a novos factos e a satisfação de novas necessidades; depois, também progressivo é todo o direito: "um ramo de direito pode, em certa medida, progredir mais do que qualquer outro e todos os ramos do direito tem as suas épocas de estabilidade, de estagnação, de crise e de desenvolvimento". Vale dizer que os exemplos que se trazem são aqui meramente corridos ao de leve, e que no texto de onde se colhem se encontram aprumadamente desenvolvidos. A par destes, outros argumentos, que não chegamos a defender por entendermos ser fraco o seu préstimo, são aí também rebatidos. Veja-se, por todos, BARBOSA DE MAGALHÃES, "A revisão geral do código civil" cit., pp. 21 e ss..

sectores não económicos ou menos económicos, dando provento às aparências de uma homogeneização quase perfeita. De resto, não se podia ter sentido senão o que se sentiu aquando da consumação das intenções unificadoras, no desembarque da doutrina das modernas formações capitalistas, onde essa ideia de "constituição social homogénea" do grande mito que em tempos foi, se tornou em expediente de mistificação generalizada: o quase que aleatório de um regime jurídico que não tinha em si mesmo — ao nível do acto *tout court* — um critério rigoroso e, por isso mesmo, um critério convincente. E daí partiu muita da luta que se travou pela homogeneização normativa. Que, no seu arranjo de matérias, certamente devolveu muito do que havia a devolver (desde logo porque em alguns casos, como já se teve oportunidade de dar conta, o Código de Comércio antecipara o Civil, ocupando-se, compreensivelmente, de pontos que só ao segundo caberiam), mas que esquartejou também muitas matérias transbordantes (ou que só não transbordam se a codificação não passa dos meandros da aparência). A anexação a instituições civilísticas de mecanismos e outras instituições sem que houvesse a menor das homologias entre si; todo este arranjo converteria necessariamente um qualquer código num autêntico "bloco de leis" sem coesão e sem sistema. E é, na verdade, justamente para aí que caminha o direito das zonas preferenciais da economia nos países onde o código se furtou ou fortemente ressentiu da "deslocação" subjectivista. Se é que não sugere algo mais grave: "a redução a certos esquemas apriorísticos de produtos concretos da própria vida dos interesses que aí não têm resposta ou só a têm muito má"...

Mas se é justo o diagnóstico de que é tendência congénita da racionalização capitalista afectar progressivamente "todos os domínios da cultura em qualquer conexão com essa mesma economia", não tanto o será que se ludibriem aqueles que são os perigos dessa racionalização irracional, desde logo o da ocultação das diferenças que a "sociedade civil" continuamente aprofunda nas formações sociais em que o capitalismo predomina, a ponto de se forjar uma aparência de diluição de um autêntico *jus commercii* no direito que rege os cidadãos. Em risco ficam também as próprias condições de segurança do indivíduo comum, condições que uma tal mitologia do desenvolvimento vai destruindo para lá do equilíbrio ecológico. Os interesses das esferas dominantes confundem-se com os das zonas economicamente periféricas, como todos se confundem com os dos simples particulares. E

assim é porque, no fundo, a ideia de uma "constituição social homogénea" não se oferece, ainda hoje, como minimamente verosímil.¹⁹⁵

12. De resto, e apesar de certas aparências em contrário, parece poder dizer-se com segurança que a tendência unificadora não logrou impor-se, nem na legislação, nem na doutrina. Indício disso mesmo terá sido, desde logo, a reformulação de ideias de alguns dos palatinos da unificação, que viriam a aderir a posições já não avessas à autonomia do direito comercial. O próprio VIVANTE, outrora arauto do movimento unificador e como que bitola dos que a seu lado ideologicamente caminhavam, se viria a retractar, não apenas em teoria, mas inclusive na prática legislativa, num "ato de conversão — o próprio escreveria — tanto mais merecedor de atenção, que não é sempre agradável ao amor próprio de quem o faz"¹⁹⁶. E tanto assim porque entendia que a autonomia do direito comercial, que se teria formado historicamente por motivos de classe, encontraria hoje "uma razão mais profunda e mais vasta para ser conservada, na função cosmopolita do comercio, e especialmente, do grande comercio, e no espírito diverso que anima o especulador e o homem da economia rural e doméstica, conservador de suas tradições".¹⁹⁷

¹⁹⁵ Acompanhamos *pari passu*, no que a este ponto diz respeito, ORLANDO DE CARVALHO, in "Teixeira de Freitas" cit., pp. 46 a 53.

¹⁹⁶ Que se pode ler em "L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma" in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1925, I, pp. 572-586 (ou, na tradução francesa, "L'Autonomie du droit du commerce et les projets de réforme", in *Annales de Droit Commercial et Industriel*, 1925, pp. 263-270).

¹⁹⁷ Assim in *op. cit.*, p. 576. Tendo sido nomeado, em 1919, pelo governo italiano para a comissão encarregue de propor a reforma da legislação do seu país, e tendo aí a derradeira oportunidade para efectivar a unificação do direito privado que tanto apregoara, não só não o fez, como, concordando com a elaboração de um projecto de um novo código que deixava intacto o conteúdo dos dois códigos, ficou definitivamente afastada, no entender da comissão, a possibilidade da unificação, em virtude da circunstância do "estado de maturidade dos dois ramos do direito [ser] muito diverso. Se se devesse esperar que o estudo da teoria geral das obrigações e dos contratos tivesse igualmente amadurecido, seria de renúncia à reforma do código do comércio; a diversa velocidade com que se elabora o conteúdo dos dois códigos provavelmente oporá sempre grande obstáculo à unificação". VIVANTE acabaria por concluir que a fusão do direito mercantil com o direito civil resultaria em grande prejuízo para o progresso do primeiro, afirmando ter-se certificado de que a unificação traria "grave dano ao progresso do direito privado e à sua função prática". Houve ainda quem entendesse que, por detrás desta *defecção* de VIVANTE, estariam razões de ordem política, nomeadamente uma adesão ao corporativismo extremado do fascismo. Ver, sobre este ponto, BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*, pp. 51 e 52.

O leme do movimento unificador seria então retomado por ROTONDI, "com notáveis clarividência e sagacidade" (cf. ROTONDI, "Il progetto di riforma del Codice de commercio. La questione del Codice de commercio nei lavori della Commissione Reale per la Reforma dei Codici", in *Studi dedicati alla memoria de Pier Paolo Zanzucchi*, 1927, pp. 173 e ss; e tb. "Des rapports du droit commercial et du droit civil en général et en particulier en Italie", in *Livre souvenir des Journées de droit civil français*, Montréal, pp. 847 e ss., *apud* LIMPENS, "Da unificação do direito civil" cit., p. 376) que, convidado a dar o seu parecer sobre o projecto, terá defendido, sem contestar a oportunidade de uma codificação separada para certas matérias heterogéneas, que a unidade do direito das obrigações seria já ponto assente, e que teria chegado o momento de suprimir o último obstáculo à unificação, quer dizer, a distinção formal entre os dois ramos do direito privado. Este relatório "cujos méritos são geralmente reconhecidos, teve grande repercussão e o seu autor teve a satisfação

13. A primeira grande tentativa do movimento de resistência à tendência unificadora partiu do próprio campo da perspectiva clássica dos actos de comércio pela mão de ROCCO.¹⁹⁸ Segundo o Autor, para que um determinado corpo de doutrinas pudesse

de ver coroados pelo êxito os seus incansáveis esforços" (cf. ROTONDI, "La riforma della legislazione commerciale", publicada pelo Instituto de direito comercial comparado da Universidade Bacconi, de Milão, *apud* LIMPENS, *op. cit.*, p. 377). De maneira que se decidiu pelo abandono do código comercial e pela elaboração do *Codice civile* de 1942, que viria a unificar, ao menos do ponto de vista formal, os dois direitos. Só que, de facto, o *Codice*, cujo valor científico é unanimemente reconhecido, limitava-se "a resolver um problema de técnica jurídica de acordo com o génio tradicional do povo italiano"... *Vide*, desenvolvidamente, LIMPENS, *op. cit.*, pp. 376 e ss.. Analisando comparativamente as posições de, por um lado, MOSSA, e, por outro, ROTONDI, relativamente à reforma da legislação comercial, *vide* tb. ASQUINI, "Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?" *in Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXV (1927), parte prima (pp. 507-524), alertando para aqueles que, no seu entender, seriam os *perigos* de um retrocesso a um código profissional de tipo germânico.

Entre nós, semelhante problema pôr-se-ia aquando da preparação do Código Civil de 1966. O DL que promoveu a elaboração do projecto de revisão geral do Código Civil não tomou posição sobre o problema da unificação, delegando a decisão de nele se englobar ou não o direito comercial na comissão encarregue da reforma (nele se lia, depois de ser feita referência às experiências unitárias suíça e italiana, o seguinte: "(...) haverá que resolver se ainda subsistem as razões da autonomia do direito comercial ou se, ao contrário, a época actual já se não compadece com a existência de um domínio jurídico à parte, no qual se desenvolvam as actividades comerciais. Por isso se prevê que os trabalhos de revisão abrangam o direito comercial.). GALVÃO TELLES ("Aspectos comuns" *cit.*, pp. 268 e ss.) pronunciar-se-ia a favor da autonomia comercial, ao contrário de BARBOSA DE MAGALHÃES ("A revisão geral do Código Civil" *cit.*, pp. 16 e ss.), que seguiu pela orientação da unidade. A aprovação do Código Civil, pelo DL 47334, de 25 de Novembro de 1966, consagraria, em definitivo, a autonomia formal do direito comercial. Sobre o ponto, *vide* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 144 e 145.

¹⁹⁸ Pese embora os esforços dos muitos juristas que desde os fins do séc. XIX até aos meados do séc. XX defenderam a subsistência de um verdadeiro *jus commercii* sem porem causa o seu carácter "objectivo", desde os italianos MANARA ("Contro un Codice Unico delle Obliligazioni" *cit.*), FRANCHI (*Gli studi di diritto commerciale in Italia* *cit.*) e MARGHIERI (*Manuale di diritto commerciale* *cit.*); aos alemães COHN (*Drei rechtswissenschaftliche Vorträge*, 1888, *apud* VIVANTE, no seu *Trattato* *cit.*, pp. 20 e ss.), LEHMANN (*Lehrbuch des Handelsrechts*, I, 3ª edição, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 132 nota 64) e COSACK (*Traité de Droit Commercial* *cit.*); ao francês THALLER ("De la place du commerce dans l'histoire générale" *cit.*); entre outros; e, mais à frente, ESCARRA ("L'autonomie du droit commercial" *cit.*) ou mesmo GRECO ("Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale" *in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obliligazioni*, vol. XXXII, 1934, parte prima [pp.335-357]); é em ROCCO que a defesa do direito mercantil "objectivo" tem, a esse tempo, como escrevia ORLANDO DE CARVALHO, "o seu intérprete mais sólido e, paradoxalmente, o seu último intérprete". Cf. *Critério e Estrutura* *cit.*, p. 133 nota 64. Ora, no seu *Princípios de direito comercial* *cit.*, pp. 64 e ss., escreveria que o ponto, se se quiser, capital da questão seria o de perceber se "no âmbito das relações económico-privadas existe uma categoria de relações (...) que necessitem duma disciplina jurídica especial e, senão completamente, ao menos em grande parte diversa da das restantes relações económico-privadas". E, para tanto, procurar entender, à uma, qual a estrutura da indústria comercial propriamente dita e quais as exigências que ela coloca ao direito (exigências estas que, a dada altura, determinaram a formação de um direito especial para o comércio); e, depois, qual o estágio de uniformidade que a vida económica atingiu nos dias de hoje — se num tal apuro que as exigências outrora próprias da indústria comercial se generalizam a todas as relações económico-privadas. Ao partir de uma tentativa de elaboração de conceito unitário de acto de comércio, que, no seu entender, seria o acto de *interposição* entre a oferta e a procura, de intermediação nas trocas, caminhou no sentido de justificar a autonomia a partir não só de "razões históricas" — ao contrário dos restantes defensores da autonomia nesses termos, não se limitou a insistir no *tonus* do direito comercial em confronto com o civil: no "espírito" do comércio, no "pioneirismo" das suas regras de direito, na particular transcendência dos seus costumes, no seu diverso ritmo de alteração ou renovação, nem mesmo no seu pendor para a universalidade —, mas antes de

beneficiar da posição de ciência autónoma seria necessário (e suficiente) que, à uma, fosse suficientemente vasto a ponto de merecer um estudo adequado e particular; depois, que contivesse doutrinas homogêneas, orientadas por conceitos gerais comuns e distintos dos princípios gerais informadores de outras disciplinas; e, ainda, que dispusesse de um método próprio.¹⁹⁹ Colocada a questão da perspectiva objectivista, percebeu-se ser muito difícil almejar resultados satisfatórios para a tese da autonomia, porquanto caminhava a evolução do direito civil das obrigações no sentido da simplificação dos actos jurídicos e da tutela do crédito, nivelada que estava com as exigências da vida nas sociedades mais desenvolvidas. Da mesma forma que parecia tarefa do campo da utopia partir do espírito dos códigos oitocentistas e chegar a uma base segura de relação inteligível e lógica entre a teoria dos

"razões intrínsecas" (já antes apontadas por alguns autores, desde logo GOLDSCHMIDT, ou mesmo THALLER, e também MARGHERI, mas não frontalmente consideradas ante o argumento da "comercialização" do sistema ou da progressiva homogeneização "da nossa constituição social"), que seriam as especiais exigências o comércio impõe ao Direito (como a simplicidade das formas e uma tutela reforçada do crédito), chegando mesmo a apresentar os princípios substantivos do direito comercial. Só que ficar-se-ia tão-apesas pela ideia de que a questão dependeria, no final das contas, do arranjo económico da sociedade *in fieri*; que seria uma questão, de certo modo, ainda em suspenso.

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 72. BARBOSA DE MAGALHÃES dedicou-se à análise das premissas, no seu "A revisão geral do código civil" cit., pp. 30 e ss.. Ora, o Autor não negaria a verificação do primeiro elemento, esse que consideraria ser dos três o menos importante. Depois, entendendo que até mesmo ROCCO teria sentido dificuldade em indicar os princípios gerais do direito comercial; mas, indicando-os, BARBOSA DE MAGALHÃES concluiu, depois da sua avaliação, pela não existência de princípios próprios e exclusivos do direito comercial, no fundo, pela não existência de princípios gerais de direito comercial. E assim porque, ao contrário, todos os grandes princípios dominadores do direito privado seriam comuns à matéria civil e comercial (aí os enumerando) e que exceções as haveria, ou poderia haver, "em maior ou menor quantidade, ou de maior ou menor importância, em matéria comercial como em matéria civil". Quanto ao terceiro elemento, segundo ROCCO, implicaria investigações de quatro ordens: a) o estudo técnico e económico das relações sociais por ele reguladas; b) o estudo histórico-comparativo; c) o estudo exegético das normas; e d) o estudo sistemático dos princípios do direito comercial, da sua coordenação com as normas e princípios gerais de todo o direito positivo. BARBOSA DE MAGALHÃES consideraria que sobre os três últimos nenhuma dúvida poderia haver, mas que o primeiro, que à primeira vista poderia parecer próprio do direito comercial (e que VIVANTE e ROCCO o haviam considerado indispensável no estudo do direito comercial), de facto não era assim: e não era assim porque também no direito civil haveria institutos cujo estudo científico tem de ser feito sob o aspecto técnico e económico; e que se poderia considerar doutrina assente que só o estudo aprofundado dos factos sociais permite conhecer devidamente a significação e alcance gerais das instituições jurídicas. Quereria isto dizer que o método do estudo do direito comercial é o mesmo que para o estudo do direito civil, que seria afinal o da observação, o construtivo e o exegético, interpretativo dos textos (de resto na linha da lição de THALLER, *in Les méthodes juridiques*, p. 131, aí referenciado). Para concluir, portanto, já na p. 53, contra a autonomia do direito comercial, que considerava injustificada, injustificável e inconveniente, a par de duas outras conclusões: a confusão dos limites, incertos e variáveis, entre o direito civil e o comercial; e que as tendências legislativas iriam no sentido da unificação do direito privado (circunstância que, entendia, à uma, não implicava que se prescindisse de diferenças de disciplina em relação a várias matérias; e, depois, que aquela não implicaria a elaboração de um só código de direito privado — pois que só isso, sem mais, deixaria o problema substancialmente inalterado). Dos dois primeiros pontos da análise de ROCCO daremos conta *infra*, em particular nos números 19 e ss., desvendando já que numa posição contrária à de BARBOSA DE MAGALHÃES. No que diz respeito ao terceiro ponto, isto é, ao método do direito comercial, remetemos para as considerações de PAIS DE VASCONCELOS E LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 29 e 30, que correm justamente no sentido da autonomia metódica do direito comercial. Ver tb., MOSSA, *Diritto Commerciale* cit., pp. 8 e ss; e ESCARRA, *Cours* cit., pp. 33 e ss..

actos de comércio e a substância ou materialidade da economia.²⁰⁰ E, ao colocar o problema em termos semelhantes àqueles em que era posto antes da eclosão do movimento unificador, não logrou superar proficientemente as dificuldades que o fenómeno da generalização do direito comercial viera levantar à tese da autonomia. Pois que, não chegando a negar frontalmente que a evolução económica e social tendia para uma efectiva homogeneização do campo do direito privado, ficou-se tão-apesas pela defesa de que, no arranjo à altura actual da sociedade, não se podia ainda falar de uma tal homogeneização.²⁰¹

14. E tanto assim porque, como claramente afirmava FERRER CORREIA, "o que pode justificar, e decerto justifica, a persistência de um direito privado especial do comércio não é a prática, sempre que ocorra, de actos previamente definidos como comerciais — não é a intervenção *ocasional*, meramente *esporádica*, no circuito comercial".²⁰² Porque, se de

²⁰⁰ Cf. ALMEIDA GARRETT, "Breves notas" cit., p. 99.

²⁰¹ Entendia que a unificação não podia resultar dum acto de legislador, mas antes da forma como a evolução se fosse produzindo, "pois que não é por leis e decretos que se adaptam os fenómenos sociais à nossa vontade". *Apud* BARBOSA DE MAGLHÃES, *op. cit.*, p. 30.

²⁰² Seria sempre tarefa da maior dificuldade procurar uma tal definição da natureza mercantil das operações jurídicas consideradas em si próprias. Cf. "Sobre a projectada reforma" cit., p. 8. Vários foram os critérios atirados que lograssem pôr termo à questão. Além do da *intermediação nas trocas*, de ROCCO (*loc. cit.*), desde o do *fim lucrativo*, de LACOUR/BOUTERON, (*apud* REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 104 e 105); ao critério da *circulação* de produtos, dinheiro ou títulos, de THALLER (cf. *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. I, 8ª edição, pp. 18 e ss.); ao critério da *interposição na circulação da riqueza*, com escopo lucrativo, de HAMEL/LAGARDE (cf. *Traité cit.*, pp. 180 e ss.); à ideia (porque não critério formulado *per se*) de *contrato produtivo*. Mas todos acabariam por fracassar: não serve o critério do *fim lucrativo* porque, ainda que se considere que a generalidade dos actos de comércio comungam desse fim lucrativo imediato, os há também que, não tendo lucro imediato, o têm somente de forma mediata (pense-se no exemplo dos donativos dos comerciantes para promoção da venda dos seus outros produtos, art. 6.º, 2 CSC), e, depois, e sobretudo, os inúmeros actos não comerciais que têm fim lucrativo (o caso do contrato de sociedade civil, art. 980.º CCiv.). Não serve também o critério da *intermediação nas trocas*, pois que, se é certo que muitos actos de comércio o são, no sentido de interposição entre a oferta e a procura (como sugeriu ROCCO no seu *Princípios de Direito Comercial* cit., onde se pode ler o seguinte: "O estudo da vida económica de qualquer povo adiantado revelamos a existência duma categoria numerosa de pessoas, que se fazem *intermediárias* das trocas. Ora a esta categoria de pessoas, que adquirem *bens* e *serviços* não *para si*, mas para os pôr à disposição de quem deles tem necessidade, e que põem à disposição de quem deles precisa não os produtos directos do trabalho próprio, mas os produtos do trabalho doutrem, torna-se necessária para a actuação da sua função económica, a *possibilidade duma rápida e expedita conclusão dos negócios e a máxima facilidade do crédito*. É necessária a rápida conclusão dos negócios, porque, só com esta condição é possível a procura e aquisição dos produtos e dos serviços e a sua colocação nos lugares onde há necessidade deles (...). É necessária a facilidade do crédito, porque é necessário o crédito a quem não adquire *para si* mas *para outrem* e que só adquire enquanto conta colocar, a seu tempo e nos lugares oportunos, os produtos adquiridos." E ainda que "as relações económico-privadas não pertencentes à produção e não conexas com a produção têm natureza e exigências substancialmente diversas das da produção em geral e, especialmente, das da indústria comercial. São relações conexas com instituições tradicionais (...); ou são relações inerentes à troca não produtiva, na qual não é necessária simplificação especial alguma das formas jurídicas e é, mais do inútil, inoportuna qualquer facilidade dada ao crédito, o qual, sendo crédito improdutivo ou de consumo, é causa de prejuízos e de não poucos perigos". Ver pp. 66 e ss.), ou de circulação de bens, certo é também que nem todos o são: pense-se, por exemplo, na situação de uma actividade industrial, em que o produtor vende os seus produtos directamente

facto, à uma, é tarefa impraticável (como, de resto, já se viu) a de construir um conceito unitário de acto de comércio, sob o pano de fundo da heterogeneidade das actividades reguladas na lei comercial — e não só no que diz respeito aos actos conexos com os actos propriamente comerciais ou com o exercício de uma empresa mercantil, que podem ser das mais variadas naturezas; como também, e sobretudo, quanto aos actos propriamente comerciais, quer dizer, aos actos propriamente de comércio. Porque, dizíamos, se de facto assim é, mais se agrava o desdouro quando se apura que o comércio é, por natureza, uma actividade profissional. O que não será o mesmo que dizer que não exista, ao lado de um comércio profissional, um comércio ocasional. Só que, tendo ele indiscutivelmente o seu lugar, não parece adequada a especial atenção que o legislador lhe presta — porque, ao cabo e ao resto, não haverá vivalma que consiga desdizer que são adequadas e suficientes as normas do Código Civil para disciplinar uma compra e venda, só porque a compra se destina à revenda, ou porque o vendedor comprou a mercadoria para a revender...²⁰³ Nestes termos, é legítimo que nos interroguemos sobre a necessidade da subsistência de um regime especial²⁰⁴; mas, porventura, mais legítimo será, atento o ocaso deste critério clássico da comercialidade — forjado na lonjura do século XIX —, que nos interpelemos para a *refundação* em novas bases do Direito Comercial do século XXI²⁰⁵, como que numa mutação que o devir sentencia...²⁰⁶

ao consumidor. Além de que existem também actos meramente civis que são de intermediação nas trocas (pense-se no exemplo do mandato sem representação, previsto no art.1180.º CCiv.). Depois, e ainda que seja sugestiva a ideia de *contrato produtivo* (avanzada por GALVÃO TELLES, no seu "Aspectos comuns aos vários contratos" cit, que entende que o direito comercial regulará "homogêneamente todas as relações nascidas dos contratos produtivos, quer dizer, dos contratos que se integram no ciclo da produção económica, que criam novas utilidades"; e que "só os contratos produtivos em geral necessitam (...), como os propriamente comerciais, de especial simplificação de formas e particular tutela da confiança", e bem assim que "a oportunidade e a rapidez também constituem pressuposto normal da sua eficiência, e a lei tem de curvar-se a esse condicionalismo e estabelecer a adequada regulamentação". *Vide*, desenvolvidamente, as pp. 285 e ss.), desde logo porque abrange grande parte dos actos de comércio, quebra o seu préstimo ante a existência de actos de comércio que são negócios jurídicos unilaterais, e bem assim a existência de diversos contratos civis que são também eles produtivos. A este propósito, *vide* BRITO CORREIA, *op. cit.*, pp. 23 e ss.. A introdução do sistema dos actos de comércio é um ponto já explicado e compreendido. Mas a pesquisa de um critério definidor a partir justamente do puro acto ocasional estaria (e está ainda hoje) longe de ter verdadeira solução: daí a falência de todas as tentativas de definição de um qualquer acto de comércio absoluto. Ver, tb., ORLANDO DE CARVALHO, "Teixeira de Freitas" cit., p. 45.

²⁰³ Acompanhando a lição de FERRER CORREIA, *in Lições de Direito Comercial cit.*, pp. 17 e 18.

²⁰⁴ Como escreve OLIVEIRA ASCENSÃO, a exiguidade actual do regime próprio dos actos de comércio é tão grande "que tornou o debate sobre a demarcação do acto de comércio desproporcionado em relação aos resultados práticos (...)", *in op. cit.*, pp. 368 e ss..

²⁰⁵ Assim, ENGRÁCIA ANTUNES, *in "O regime jurídico" cit.*, pp. 59 e 60.

²⁰⁶ Em boa verdade, se olharmos o tema sob uma lente histórica do direito comercial, parece seguro afirmar que nada de substancialmente novo se passa: o direito comercial tem recorrentemente vindo a ser negado e logo reafirmado, sempre num arranjo de abertura à expansão, à inclusão de novos sectores (pense-se no

15. A herança do revés na construção de ROCCO foi justamente um *volte-face de base*, encorajado também pela via reintroduzida pelo HBG de 1897, que se consubstanciou no regresso a um direito mercantil de cariz "subjectivista" — desembaraçado de um qualquer revivalismo do *Ancien Régime* —, a um direito disciplinador de uma particular actividade ou profissão, que, esse sim, daria sustento à ideia de um regime especial.²⁰⁷ Era na actividade comercial dos comerciantes, nas características necessidades do "grande tráfico"²⁰⁸ que o direito comercial acharia a sua razão de ser: aí, onde consuma o seu carácter dinâmico, inovador, e derogador das normas comuns. Neste quadro, ficariam de fora aquelas actividades que resultam de um comércio de ocasião, transitório ou fortuito — pois que, entender que essas actividades isoladas e ocasionais devem ser abrigadas no âmbito do direito comercial a pretexto de aí se tratar de "actos objectivamente mercantis", seria nada mais que depurar desse ramo de direito o seu sentido e a própria razão de existir.

caminho desde o núcleo histórico que foi a actividade comercial em sentido económico, a intermediação nas trocas, à absorção consolidada da indústria e das prestações de serviços, à, mais recentemente, inclusão de alguma agricultura e mesmo de algumas actividades tradicionalmente liberais, até aos fenómenos muito mais recentes da inclusão de negócios sobre imóveis, das artes, etc. Cf. CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 7), à internacionalização. Pois bem, dir-se-á, com propriedade, que o direito comercial se reinventa no seu conjunto, "afirmando-se e escondendo-se (mas não se negando) nesse processo. A mudança, umas vezes subtil outras vezes ostensiva, faz parte da sua natureza". E de tal modo assim é que o que se prevê que aconteça passa por uma mudança de paradigma quanto àquele que é o âmbito do direito comercial e quanto ao critério que delimita um renovado direito especial. E, não crendo que isso signifique um qualquer prenúncio do fim da história do direito comercial, ou que anuncie — longe disso — a sua dissolução no direito civil —, avisa certamente uma nova afirmação de identidade e um novo *status* da sua (já longa) evolução. Acompanhando de *mui* perto neste ponto a lição de CASSIANO DOS SANTOS, *in op. cit.*, pp. 6 e ss., aí com valiosos desenvolvimentos. Sobre a evolução no tempo do critério jurídico usado, que se impunha não só em prol de cada fase histórica, mas também pela confluência de razões extra-jurídicas, *vide*, do mesmo Autor, *Direito Comercial Português* cit., pp. 30 e ss..

²⁰⁷ Sentido para que VIDARI tivera já chamado à atenção no mundo jurídico latino: "Cesse o código de comércio de ser também a lei dos não comerciantes e volte a ser como deveria ser o código dos comerciantes". Cf. *op. cit.*, p. 764. Ideia de que, de resto, não andaria longe também THALLER, *in* "De la place du commerce dans l'histoire générale" cit., não só ao fazer referência ao "espírito" comercial ("... l'énergie, l'initiative, la clairvoyance, la puissance d'acquisition...") que é típico do comércio-profissão, e não do comércio de ocasião; mas também ao aí escrever que "a crise do Direito mercantil decorre da disseminação do comercialismo em zonas externas ao comércio habitual", e que uma tal crise não poderia deixar de ser efeito da concepção "objectivista".

²⁰⁸ Como dava conta FRANCHI nas razões que atirava contra VIVANTE, "a absorção dos princípios comerciais na comum vida civil, devida ao imenso desenvolvimento moderno da riqueza mobiliária com a economia creditícia, não é tão profunda nem tão geral como possa parecer; fica sempre um complexo de normas e de relações próprias do grande tráfico, onde [o direito mercantil] continua a manifestar-se com o seu antigo carácter de derogador das regras comuns, de pesquisador e criador de novas formas...". Cf. *op. cit.*, p. 416.

16. Este entendimento do direito comercial como um *Geweberecht* ou um *Berufsrecht*²⁰⁹ alumiou o caminho às subsequentes teorias excogitadas sobre a questão do seu âmbito e autonomia. E foi com HECK e a sua teoria do *Massenverkeher* que a construção em torno de um direito dos comerciantes angariou os foros da popularidade. O que caracterizaria, no seu entender, o sector da actividade económica sob a alçada do Direito Comercial seria justamente a repetição, em série, num quadro de produção e distribuição acelerada e elevado consumismo, que obrigavam à realização de actos e negócios jurídicos em massa (de resto, flagrante indício da debilidade de um direito comercial napoleónico erguido da tese dos actos isolados). No fundo, seria a forma sob que concretamente se manifestava a realização desses actos que reclamaria uma tal regulamentação especial. E assim se dissiparia o fumo que aturdezava a sua existência autónoma: à uma, a prática de negócios jurídicos em massa pressupunha a profissionalidade de quem as levava a cabo, o que justificaria especiais exigências que não eram legítimas para os não-comerciantes; e, depois, porque reclamaria mecanismos aptos a esse ritmo, inexistentes no direito civil, e, portanto, instituições particulares. Mas se HECK (e os outros antes dele) tinha boas razões para afirmar que o acto de comércio isolado não carece de uma disciplina jurídica própria que difira significativamente das normas de direito comum; também não se revelou adequada a convoção para a tese de que só pode ser critério de aplicabilidade dos preceitos jurídico-mercantis o da realização ou produção *maciça* ou *em série* desses actos — não é de aceitar que se deixe à margem da aplicação do direito comercial as operações ou transacções não estandardizadas.²¹⁰

17. O que, porventura, estaria, se não explicitamente desenvolvido na sua obra, ao menos implicitamente, era a teoria de que, sendo a prática de actos jurídicos em massa levada a cabo pelos comerciantes, se se quiser, por "homens de negócios", o direito comercial, "como direito regulador e disciplinador da actividade no seio da qual se desenvolvem tais negócios, terá de ser, de algum modo, o direito dos próprios comerciantes"²¹¹. E que, sendo o direito comercial um direito dos actos realizados em massa, é ele um direito das

²⁰⁹ Cf. FERRER CORREIA, *op. cit.*, p. 20.

²¹⁰ Embora seja verdade que o direito comercial se ergue em grande medida a partir dos actos, se se quiser, repetidos, pressupondo uma certa organização, não menos verdade é que o simples facto de um acto civil ser praticado em série ou em massa não faz dele comercial; nem tão-pouco se olvide que há actos de comércio isolados que são sujeitos ao regime do direito comercial. Cf. BRITO CORREIA, *loc. cit.*.

²¹¹ FERRER CORREIA, *op. cit.*, p. 21.

organizações que suportam esses múltiplos actos, quer dizer, um direito das "organizações características do comércio sistemático". O centro de gravidade trasladava-se, assim, do acto para a organização.²¹² E desta forma se escancaravam as portas à concepção do direito comercial como o *direito das empresas*.²¹³

Com efeito, o desenvolvimento da economia levou a que o comércio enquanto realização de actos em massa se processasse cada vez mais por intermédio de organizações próprias a um tal labor, organizações estas que tendem a assumir a posição de autênticos sujeitos económicos. Neste sentido, o direito comercial dever-se-ia orientar para as necessidades concretas dessas organizações, e bem assim para os problemas que no seu seio se levantassem. Ora como justamente dá conta FERRER CORREIA, "tais organismos não são outra coisa senão a moderna empresa ou estabelecimento comercial", e, portanto, "o verdadeiro *ius Commercii* só o será e só ganhará sentido e autonomia se for visto como o *direito especial e próprio da empresa*".²¹⁴

²¹² Como escrevia GARRIGUES, *in Corso de Derecho Mercantil* cit., p. 19.

²¹³ "Se esta formulação de HECK não propunha ainda a ideia de uma organização que sustentasse esses múltiplos e uniformes negócios jurídicos — sendo, por consequência, insuficientemente morfológica e, nessa medida, francamente delimitativa (...) —, não há dúvida, porém, de que já pressupunha essa organização, já a previa ou, de algum modo, a prometia, confirmando o princípio do velho *Berufsrecht*, mas, simultaneamente, completando-o e ultrapassando-o." Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e Estrutura* cit., p. 136 nota 64. De resto, não será temerário afirmar que sem o contributo de HECK e seus sucessores não teria havido, possivelmente, a relativa despersonalização ou transpersonalização que o "direito dos comerciantes" sofreu ao evoluir para o "direito das empresas comerciais".

²¹⁴ *Ibidem*, p. 22. Os sublinhados são do Autor. Assim escrevia MOSSA: "Il diritto commerciale è veramente unitario per queste imprese ed è quale unità destinato alla assicurazione del loro sviluppo, e della continuità della loro vita. Come nel diritto civile, l'organismo giuridico è rivolto al soddisfacimento delle esigenze della vita per l'uomo e per la famiglia, così nel diritto commerciale l'ordinamento giuridico è in prima linea rivolto al soddisfacimento delle esigenze della vita delle imprese. Se il fine supremo del nostro diritto commerciale è l'organizzazione giuridica del commercio, è ben certo che essa si identifica principalmente con l'organizzazione giuridica della impresa." Cf. "I problemi fondamentali del diritto commerciale" *in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXIV (1926), parte prima (pp. 233-252), p. 246. É nas especiais necessidades de regulamentação dos sectores que em cada fase se localizam nas zonas mais dinâmicas e de vanguarda da actividade económica que encontra — e encontrou historicamente — lugar um regime *alternativo* ao do direito comum. Quando as actividades mais relevantes nesses sectores se desenrolam ostensivamente no plano do exercício empresarial, quer dizer, quando correspondem à existência de uma empresa, nela se identificará o ponto de partida da aplicação do direito: é a empresa, com as suas características relevantes no plano jurídico e com os interesses que por sua causa se levantam, "que justifica e substancialmente desencadeia a aplicação do regime mercantil" (cf. CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 34). É na dimensão profissional, estruturada na e pela empresa — arredada que fica a ideia dum qualquer profissionalismo apoiado numa pura perspectiva subjectiva — que é firmada a essência (e a autonomia) do direito mercantil. Nestes termos, a compreensão do direito mercantil requererá que se clarifique o que se entende por *empresa* ou *empresas*. Tarefa, no entanto, de difícil concretização, atentas as dificuldades (impossibilidade?) em chegar a um conceito jurídico unitário de empresa. Dando conta destas mesmas dificuldades, GARRIGUES, *in Tratado* cit., pp. 28 e ss.; e tb. SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado* cit., pp. 6 e ss.. De sumo interesse neste domínio, ocupando-se da análise quer das concepções metajurídicas, quer das concepções jurídicas de empresa, e, bem assim, das principais acepções de empresa, *vide* COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., pp. 205 e ss.. E, ainda, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 183 e ss.. De resto, não

18. A identificação do Direito Comercial como Direito da Empresa deu-se pela primeira vez por WIELAND²¹⁵. Procurando definir a empresa como o conjunto do capital e trabalho com vista à obtenção de um ganho ilimitado, cuja comercialidade se apuraria através da existência de um risco de perda, de uma organização conforme a um plano de empresário e de um cálculo racional do resultado económico esperado. As suas ideias seriam, mais tarde, retomadas por MOSSA²¹⁶, que, embora partindo igualmente de um conceito económico de empresa ("organismo vivo de trabalho e das coisas materiais e imateriais destinadas em comunhão de homens aos fins de economia social", assim era o critério), e da definição do Direito Comercial como o Direito das empresas que têm objecto ou forma e organização comercial e dos contratos comerciais típicos, reconhece que nem todas as empresas são comerciais. Nestes moldes, quer dizer, com aquela substância e estes limites reaver-se-ia a credibilidade da tese da autonomia do Direito Comercial, que encontrava na empresa uma estrutura segura: considerada como o verdadeiro sujeito económico com interesses distintos do próprio titular, arredava-se quer o atomismo dos actos de comércio, quer o subjectivismo estreito de que o Código alemão de 1897 é considerado paradigma²¹⁷, pois que agora já não era tanto a figura do comerciante que sobressaía, mas antes a do empresário; como também se afastavam quaisquer remanescências classistas que pudessem ainda ter resistido, uma vez que do que agora se tratava é de um direito voltado

é o direito comercial o direito de *todas* as empresas, mas antes um direito *à volta das empresas*. E por isto, e como se verá, não serve uma sua noção, só por si, como critério delimitador das fronteiras do direito comercial. Para uma visão abrangente da *quaestio*, ver, desenvolvidamente, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, reimpressão de 1999, pp. 306 e ss..

²¹⁵ *Vide Handelsrecht*, vol. I, pp. 8 e ss., *apud* BRITO CORREIA, *op. cit.*, p. 15.

²¹⁶ *Vide op. cit.*, pp. 233 e ss..

²¹⁷ Embora, como já teve oportunidade de se dar conta, também os códigos oitocentistas napoleónicos previssem regras aplicáveis aos profissionais do comércio, o HGB vai mais longe (e por isso deles se distingue). Com efeito, o código alemão centra-se na pessoa do comerciante (e não no acto de comércio), quer dizer, é a qualidade de comerciante dos seus destinatários que desbloqueia a aplicação das suas normas; e tanto é assim que desconhece a categoria de actos de comércio absolutos. Além disto, estabelece a associação da figura do comerciante à da empresa, isto é, de um modo geral é comerciante quem exerce ou explora uma empresa mercantil (ressalva feita às sociedades constituídas em forma mercantil, essas a que são sempre aplicáveis as disposições referentes aos comerciantes). Como refere FERRER CORREIA, o direito comercial alemão "parece constituir uma síntese feliz de *subjectivismo* e *objectivismo*, na sua forma moderna de *empresarialismo*: pois se, como dissemos, faz residir na figura do comerciante o seu conceito central e o principal critério de aplicação das suas normas, não deixa por outro lado de atribuir também uma função chave à empresa". (Os sublinhados são do Autor). Só que o relevo que a empresa alcança no domínio da regulamentação jurídica fica aquém do que seria esperado. Grosso modo, não só não regula em termos adequadas a matéria dos negócios sobre o estabelecimento (e bem assim da sua transmissão), como também não resolve o problema da tutela jurídica da empresa. Cf. "Sobre a projectada reforma" *cit.*, pp. 9 e ss.. Daí que não represente, também, se bem julgamos, rumo viável a tomar.

para organizações que nascem e vivem para o exercício de uma certa função, ainda que porventura encabeçadas num sujeito físico; e ainda, e para o fim se deixa o mais importante, se refreavam (para, porventura, não mais se requeentarem) as ânsias unificadoras: um direito das empresas jamais se poderia *civilizar*, nem o direito civil daria guarida no seu domínio ao direito regulador dessas organizações económicas. Por meio do regresso ao seu "terreno natural", o direito mercantil, escorado no estabelecimento, não mais era aquele "melting pot", sem nexos ou estrutura, que caminha inevitavelmente para a sua dissolução.²¹⁸

Esta concepção, dita empresarialista²¹⁹, atingiu o seu apogeu nas décadas de 30 e 40, foi adoptada pelo Código Civil italiano (código único de direito privado) de 1942 e angariou nessa época a aprovação de largos sectores da doutrina²²⁰, que nela viram a resposta última e definitiva a qualquer investida que contra a autonomia se pretendesse levantar, e bem assim a superação das anteriores concepções subjectiva e objectiva.²²¹ Só que também ela deixaria a descoberto os limites das suas virtualidades. Porque se de facto não deixa de ser verdade

²¹⁸ A esta luz, nem "códigos únicos" privatísticos, do Código suíço das obrigações ao último Código italiano, poderiam mais assombrar os defensores da autonomia, particularmente os que, como WIELAND, tinham feito prova de que a unificação formal e unificação material não são uma e a mesma coisa (cf. *supra* notas 166 e 167) e de que, não só o direito mercantil suíço continuara de saúde depois da reforma de 1881, como também o direito mercantil italiano continuara de saúde depois da reforma de 1942. E a viver — continuava MOSSA, no seu *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, vol. I — quer na plenitude do seu génio histórico ("torna a viver no direito comercial sentido de nobreza, de ardor, de trabalho, que o distinguiu nos séculos como o direito dos pioneiros da civilização", na p. 164); quer na plenitude do seu génio moderno, que é, ao mesmo tempo, e como escrevia ORLANDO DE CARVALHO (cf. *op. cit.*, p. 139 nota 64), "superação do individualismo do século XIX e superação de profissionalismo estrito (ou restrito) que poderia deduzir-se do HGB". Assim escrevia MOSSA (*op. cit.*, pp. 163 e ss.): "Nenhuma contemplação unilateral da actividade ou do bem pessoal e exclusivo do empresário passa a ser possível (...)... Unidade é força e solidariedade, e reflecte sobre a existência e a aparição da empresa um ideal social incancelável". Do que se tratava era então de um sistema novo, porventura um "neo-objectivismo", que, rejeitando um "objectivo" atomizante ou desagregante, não deixaria de erguer, porém, a verdade da empresa ao nível de verdadeiro "sujeito económico", com interesses irreduzíveis aos do próprio titular. Assim se lê com ORLANDO DE CARVALHO, *loc. cit.*

²¹⁹ Sobre a concepção empresarialista, ver, por todos, GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. I, pp. 25 e ss.; e tb., do mesmo autor, *Curso de derecho mercantil*, pp. 19 e ss..

²²⁰ Para uma resenha dos autores que a ela aderiram, vide ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 137 e 138 nota 64.

²²¹ O direito mercantil passa, então, a ser visto como uma disciplina das empresas; como um direito, indiscutivelmente, de profissão, mas de uma profissão em que prima, ou tende a primar, a organização. "O não-«objectivismo», escrevia ORLANDO DE CARVALHO, (tomado o «objectivismo» na sua expressão napoleónica) é cada vez mais um empresarialismo: fórmula que lhe permite superar a «impressão» de Idade Média que o «subjectivismo» do HGB suscitara em alguns (...) — sem que deixe de prevalecer-se da razão histórica que lhe assiste, bem ao invés — e apresentar-se, além disso, como arquitecto do «ideal social» de que os «novos tempos», corporativos ou outros, se faziam pregoeiros (...)." Cf. *loc. cit.* O empresarialismo absolvía (e absorvia) quer o "subjectivismo", quer o "objectivismo" do séc. XIX. E assim como que se fechava o círculo, no acerto de que o direito mercantil não era, nem nunca havia sido, só um direito dos comerciantes ou só um direito dos actos de comércio: "sempre foi e tende a ser o direito dos comerciantes *no* comércio ou o direito do comércio *pelos* comerciantes — um direito de organizações que, embora encabeçadas num sujeito físico ou jurídico, contam, não propriamente por este, mas por si mesmas". Cf. *Ibidem*, p. 141 nota 64.

que "só o comércio exercido por organizações adrede constituídas para esse fim toma relevo e vulto capazes de justificar a criação de um direito especial"²²², não é no *estrito* direito das empresas que o Direito Comercial encontra remédio capaz para os males de que padece...²²³

19. A concepção que se julga preferível é, deveras, aquela segundo a qual o direito comercial deve a sua existência fundamentalmente às empresas mercantis.²²⁴ Que é coisa diferente de pretender transformar o direito comercial no direito das empresas.²²⁵ E assim é porque, à uma, unicamente deverá estar em causa a empresa *mercantil*. Depois, como ramo de direito privado que é, nunca poderia o direito comercial regular a empresa na totalidade dos seus planos ou perfis: uma acepção da empresa que acolha exaustivamente todos os

²²² Como escreve FERRER CORREIA, *in op. cit.*, p. 8. E assim porque, por um lado, são esses organismos a verdadeira força motriz das actividades económicas conglobadas no que tradicionalmente se designa por comércio em sentido jurídico; e, por outro lado, só eles — quer quando olhados em si mesmos, quer quando actuam na esfera de negócios que lhes é própria — levantam problemas a que o direito civil não consegue dar resposta ou, ao menos, resposta adequada. Cf. *ibidem*, p. 9.

²²³ Ao mesmo tempo que o idealismo de VIVANTE e dos primeiros unificadores, se teve uma missão histórica (a de corrigir alguns excessos "classistas" do direito do comércio ou de promover uma maior "comunização"), não deixou de ser o estímulo para uma mitificação da vida da economia que atinge o seu auge na pretensa superação, não só do "comerciantismo" e do "comercialismo", mas do próprio capitalismo, nas formas de intervenção autoritária do segundo quartel do século em decurso; acabou por se criar uma atmosfera de nivelção fictícia "(...) que, no conjunto da ciência mercantil (e da ciência jurídica em geral) só reforça o endémico pendor alienante de uma ciência dificilmente terrestre". O erro idealista não contaminou menos os adeptos do *jus mercatorum* ou do "direito das empresas mercantis", directrizes que, se tiveram também a sua função histórica, igualmente se comprometeram com a referida mitificação da economia, "caucionando, com a sua tendência formal, toda uma pretensa «eticização» das organizações económicas (...) e até com ela querendo cobrir (ou iludir) as mutações mais essenciais de estrutura (...)", além de, com a sua técnica da "deslocação", terem dado a ideia "de que certos sectores ou certos tipos de operações não se prendiam já com a vida dos negócios, o que ajudava à falsa relação entre mundo civil e mercantil, ou a uma deformação da sua recíproca dialéctica, que nos parece, salvo erro, a explicação de tudo isto". Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 174.

²²⁴ Além de uma "abertura" em intenção, a visão empresarialista possibilitaria também uma "abertura" em extensão, pois que assim se passariam a envolver todas as actividades (designadamente as da produção extractiva) que assumissem a forma de empresa. "A empresa será, tendencialmente, mais uma «forma» económica do que um «desígnio» económico - justamente o desígnio que, de começo, se identificou com a intermediação e que, com os seus sucessivos alargamentos, debalde se tenta definir no direito clássico do comércio; daí que essa «forma» de empresa mercantil: isto é, *grosso modo*, como uma organização autónoma de factores produtivo com vista a promover (ou a também promover) rentavelmente o encontro entre a oferta e a procura de bens. O que não coincide, como é óbvio, com aquela nivelção por baixo, aquela fluidificação ou descaracterização, que o conceito de empresa *in genere* efectua dentro das «formas» da economia - e, por isso, este direito não é um vago «direito das empresas», e sim um «direito das empresas mercantis» ou «das empresas» (*tout court*) mas só por antonomásia. No entanto, não deixa de ser particularmente «aberto» às racionalizações e industrializações ou, melhor dito, às comercializações - que se vão promovendo em sectores tradicionalmente alheios ao comércio jurídico, e, por consequência, particularmente «aberto» à promoção da agricultura e até da artesanaria (...)." Assim se lê em *ibidem* p. 142 nota 64.

²²⁵ Escrevia GARRIGUES que "la ecuación Derecho mercantil Derecho de las empresas es tan inexacta como la ecuación Derecho mercantil y Derecho de los actos objetivos de comercial". *Vide Corso de derecho mercantil cit.*, p. 22.

domínios em que toca — desde os atinentes à sua circulação e tutela jurídica, até aos laborísticos e aos decorrentes da sua posição perante o fisco e perante o Estado interventor na vida económica — seria certamente de natureza interdisciplinar. Por tudo isto, o direito das empresas poderia constituir uma disciplina jurídica nova, como nos dá conta ORLANDO DE CARVALHO, mas nunca um ramo autónomo do sistema jurídico, justamente pela heterogeneidade dos sectores que se achariam envolvidos.²²⁶ E, finalmente, porque a redução do direito comercial ao círculo da empresa excluiria do seu âmbito institutos que tradicionalmente lhe pertencem (por terem surgido em resposta a necessidades específicas da vida do comércio, embora mais tarde se tenham generalizado a outros usos e fins), e que, por isso, a maioria dos autores, bem como a generalidade dos códigos e projectos de códigos, pacificamente nele incluem, e com boas razões.²²⁷

²²⁶ Cf. "Teixeira de Freitas" cit., p. 62.

²²⁷ Se, à primeira vista, o sucesso sobre a unificação se tinha por certo, porquanto nem os unitaristas mais convictos (desde VIVANTE, no seu *Trattato* cit., p. 22; a BOLAFFIO, "A proposito della unificazione del diritto delle obbligazioni" cit., p. 125; a NAVARRINI, *Trattato* cit., p. 63; a LYON-CAEN (com RENAULT) *Traité* cit., p. 8; a ROTONDI, "L'autonomia del Codice di commercio" cit., *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 143 nota 64; a GRECO, *Corso di diritto commerciale*, 2ª edição, p. 11; a MEIJERS, cf. LIMPENS, "Da unificação" cit., p. 375; a BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 53; entre outros) se opunham a um regime específico para a profissão comercial, com normas relativas ao registo, à firma, e por aí em diante; nem por isso se deixaria de entender que "esse magro complexo de normas" não seria bastante para que se pudesse impor como um novo direito do comércio — podendo, quando muito, integrar-se num novo "direito das profissões", ao lado do artesanato e das profissões liberais. E não se julgue, como advertia ORLANDO DE CARVALHO (*Critério e Estrutura* cit., p. 144 nota 64), que com a transpersonalização gerada pela ideia de empresa, "com o não-«objectivismo» volvido em empresarialismo ou neo-objectivismo, não há que ter medo dessa [de uma] possível absorção"; pois que o "direito das empresas" não é menos vulnerável de que o "direito dos comerciantes" atentos os perigos de um "código das profissões (dando conta justamente dos dados da experiência, ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 144 e ss. nota 64); chegando o Mestre mesmo a afirmar que "longe de conjurar o perigo da unificação, o «direito das empresas mercantis» parece tê-lo exacerbado, tendendo a restringir a tal ponto o *jus commercii* (com exclusão de tudo o que não se liga com a empresa: não só o direito cambiário, ou o direito das falências, ou o direito marítimo, mas o direito dos contratos mercantis, se não o direito das próprias sociedades) que este vem a carecer de qualquer vulto relevante para se impor como um sistema e não um capítulo de um sistema". Dando conta das razões que levam a que seja de rejeitar a concepção do direito comercial como direito da empresa, ver, desenvolvidamente, COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., pp. 50 e ss.; e tb. REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 37 e ss.. De resto, não só o empresarialismo estaria em crise, como o parecia estar também o próprio não-"objectivismo" (se entendido como uma redução do direito comercial ao comércio, em sentido amplo, exercido profissionalmente ou habitualmente, uma exclusão, do direito comercial, de todos os actos praticados por quem não exerce profissões mercantis, com ressalva aos actos mistos, que não deixam de estar sujeitos à disciplina do comércio); e assim, quer em termos legislativos, quer em termos doutrinários. De maneira que se assistiu a como que uma re-"objectivação", desta vez descomplexada de uma qualquer distrofia desse ramo do direito ou da chamada "comercialização do direito civil": o direito comercial não só não as receava, como as interpretava como um natural crescimento do seu corpo — em vez de uma retração, o direito comercial beneficiava, por meio desses fenómenos, de uma expansão, constituindo o direito das "relações económicas" (FRÉDÉRIQ, SOLÁ CAÑIZARES), ou o direito dos "actos capitalísticos" (JAVIER CONDE, referenciado em ORLANDO DE CARVALHO, *loc. cit.*), ou o direito dos "negócios" (HAMEL/LAGARDE). Pois que, embora os círculos não sejam coincidentes (se o direito das "relações económicas" abrange, virtualmente, todo o circuito económico, o dos "actos capitalísticos" abrange só um qualidade dele, e o dos "negócios" só uma certa quantidade: virtualmente, toda a circulação e produção, mas efectivamente só as não agrícolas), parece líquido que a

expansão do direito mercantil é sempre vista como uma sua afirmação, entendendo-se que, se subsiste um direito da empresa ou do comerciante, não logra constituir, no entanto, uma condição de existência e, sobretudo, não corresponde à sua essência. Essência essa que seria "a de um direito, não de pessoas ou exercícios, mas de operações, sejam ou não realizadas por comerciantes, venham ou não reguladas em códigos específicos, estejam ou não subordinadas a uma jurisdição *ad hoc*." E que arredaria não só o fantasma dos códigos únicos, mas, sobretudo, a própria unificação do direito das obrigações — daí o sentido positivo destas construções, por oposição ao direito das profissões, ou da "economia corporativa", ou das empresas *in genere*: "pois não se pretende negar a saliência deste direito em face do direito civil, ou interpretar a comercialização como uma descomercialização, mas pretende-se, ao contrário, evidenciar esse carácter típico ou específico nas zonas que o comércio vai progressivamente assimilando". Com esta direcção a um económico "que só virtualmente será todo mas que é sempre mais que a profissão ou a empresa, o direito mercantil parece repousar de novo em alguma coisa de inseguro, de indeciso"; mas que não significa um retrocesso, porquanto se verifica "nem uma menor consciência da autonomia, nem uma menor inteligência dos sistemas de direito em que parecia mais tênue a noção de *jus commercii*". Esta tendência para reconhecer, quer o carácter *sui generis* da disciplina das relações económicas mais importantes, quer o carácter "objectivo" dessa disciplina; "essa tendência, como escrevia ORLANDO DE CARVALHO (*in op. cit.*, p. 169 nota 64), «singularizadora» e, ao mesmo tempo, reificadora do *direito da economia preferencial* (...) que abrange e que prolonga o nosso direito comercial, coloca a questão do sistema napoleónico a uma luz muito diversa da que predominou na generalidade da sua crítica". Ora, a ideia na qual se apoiava era a da contradição que o sistema objectivo corporizava, ao apresentar-se como um direito do comércio sem ser um direito dos comerciantes, no fundo, um direito de todos sem ser um direito comum. O grande desafio para qualquer das orientações foi o de suprimir essa contradição, que para os unitaristas identificar-se-ia com a supressão do direito comercial, ao passo que para os subjectivistas ou empresarialistas corresponderia a uma restituição à sua feição originária. É certo que nem os primeiros razoavam pela supressão de todas as normas mercantis, nem os segundos por um retorno às condições do *Ancien Régime*. Não parece haver dúvida, todavia, de que foi na linha da "comunicação" implícita do sistema que se desenvolveu a construção do pensamento unitarista, da mesma forma que na linha da "singularização" desse direito se ergueu o autonomismo anti-"objectivista". Numa frase só, "cada uma das correntes entendeu, de modo diverso, destruir o compromisso que o sistema constituía a seus olhos, reputando, por conseguinte, esse compromisso como um erro, uma frustração da verdade verdadeira". A evolução das duas tendências — unitarista e anti-"objectivista" — revelava a frustração, se não mesmo a inversão, dos seus primeiros desígnios; e, esvaziadas da sua força crítica em face do compromisso napoleónico, provava-se que esse compromisso era mais fundo do que terão entendido os seus censores. "Direito típico do capitalismo, esse direito não podia deixar de exprimir as contradições do capitalismo. E a contradição mais íntima era essa: ser um sistema de economia que é, ao mesmo tempo, rotina e aventura, estase e dinâmica, capitalização (ou defesa dos bens) e investimento (ou jogo dos bens). (...) Significa isto que o compromisso «objectivista» é incindível do sistema capitalista, embora seja certo que, conforme a época, a especialização e o nível de desenvolvimento, a balança se inclina mais para um lado que para o outro (...). De toda a maneira, se tanto o sistema dos actos de comércio, como o sistema «subjectivo», como o sistema, inclusive, da «unificação», correspondem a particulares flutuações do capitalismo contemporâneo, seria erro supor qualquer deles como uma radical superação da sua intrínseca ambivalência." De resto, ter-se-á construído um conceito de empresa que, em vez de corrigir um tal divórcio do real, apenas o protelou. O inverso pois, do que entendia GOLDSCHMIDT, "a quem, mais do que a coerência do sistema, interessava a compreensão da sua natureza", no sentido de que o facto de o direito comercial ter como *causa efficiens* e *causa formalis* as pessoas ou organizações directamente relacionadas com o comércio, e de ser, nessa medida, direito de alguns, "não impedia que nele se visse um direito que se oferece como um direito de todos, para benefício de todos, querendo captar a adesão do maior número ao específico teor da vida e constituindo, em tal ordem de razões, uma como que vanguarda dos outros ramos de direito". Porque o que mitifica o antagonismo do sistema e, conseqüentemente, a sua exigência de uma vida civil e de uma vida mercantil em perpétua atracção e distinção não será tanto o sentido da sua "objectividade", mas o sentido oposto de que ele não pode ser não sendo, ou, melhor ainda, de que não pode ser sendo e não sendo, como a lógica das unificações e das profissionalizações (e até das empresarializações) tende a pensar o *jus commercii*. Seguimos de *mui* perto neste ponto as reflexões de ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, nas pp. 120-179, nota 64.

20. Pois bem, o direito comercial existe fundamentalmente para a empresa ou estabelecimento, que são para ele "princípio energético"²²⁸; empresa ou estabelecimento que efectivamente regula nalguns dos seus aspectos mais relevantes, mas que não esgota o seu objecto nem consome por inteiro as suas virtualidades.²²⁹ E se é verdade que a teoria dos actos de comércio se encontra hoje definitivamente ultrapassada, nem por isso se pode perceber o direito comercial como direito unicamente empresarial ou profissional — no sentido de direito de uma instituição — sob pena de se rejeitarem zonas inteiras da vida do comércio. Além de arredados daquela visão restritiva ficarem também o expansionismo típico do direito comercial, a sua disposição para a invenção de mecanismos e técnicas adequadas à satisfação de necessidades gerais da vida económica, de que se serve também o não comerciante.²³⁰

É desta íntima dialéctica que decorre o carácter bifronte do moderno *jus commercii*, "direito necessariamente empresarial ou profissional - que tem na empresa o seu princípio «energético», como justificadamente acentuou HIRSCH -, mas, ao mesmo tempo, necessariamente «geral» ou «impessoal», disposto ao possível uso das suas «invenções» por quem não se titula com a qualidade de comerciante (dado que esse uso serve os seus próprios fins de direito de «vanguarda», de direito timoneiro, característica que lhe advém de ser o direito, não tanto da classe dirigente, como de uma classe particularmente dinâmica, ao serviço de uma economia essencialmente dinâmica, como é a economia da «destruição criadora»)." Nestes domínios de alargamento para fora das suas, se se quiser, áreas típicas e tradicionalmente tidas como mercantis — fenómeno que, como justamente observa CASSIANO DOS SANTOS, o objectivismo exprime e o unitarismo enfatiza —, sempre que o regime disposto inicialmente para a empresa não se descaracteriza ("mantendo esses mecanismos «generalizados» a marca genética que é a tutela, no essencial, dos interesses que justificaram a sua criação e preservando os traços fundamentais do seu regime jurídico"), então o uso generalizado não constitui obstáculo a que esses mecanismos

²²⁸ Composição de HIRSCH, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, p.177.

²²⁹ Como justamente observa RICARDO COSTA, é a empresa, enquanto realidade organizada, "que está no cerne da independência do direito comercial, pois dela continua a irradiar «a necessidade de uma regulamentação autónoma em face dos princípios gerais do direito civil» e a força para o objecto do direito comercial se reinventar no núcleo *essencial* e alargar o seu campo de aplicação". Cf. "O Direito Comercial Português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial" *cit.*, pp. 31 e 32 (fazendo referência a FERRER CORREIA, no seu *Lições cit.*, p. 32). O sublinhado é do Autor.

²³⁰ Acompanhando de perto as conclusões de FERRER CORREIA, *Lições cit.*, p. 24.

mantenham o seu carácter típico comercial.²³¹ De resto, esta natureza bifronte tê-lo-á acompanhado desde a Idade Média: daí a "objectivação" na fase do corporativismo que como se subrepticamente se acomodava por meio de ficções; e daí também a sua vocação "generalizante" — sob a efígie da teoria dos actos de comércio —, animada pela especulação do capitalismo eufórico aquando da destruição da hierarquia feudal, sem que por isso deixasse de ser um serviço da empresa, dos meios mercantis.

Hoje em dia, pese embora a vitalidade das correntes subjectivista e empresarialista, "não é, decerto, ao nível do puramente «dinamológico» que o equilíbrio tende a restabelecer-se — a teoria dos actos de comércio está definitivamente superada —, mas também não é ao nível do organológico, do antropomórfico, ao nível da pessoa (comerciante) ou da quase-pessoa (empresa), que ele se reconstitui, como, mais ou menos discretamente, sonharam os teóricos do não-«objectivismo»". Qualquer pronúncia evocadora do *Ancien Régime*, ou até mesmo de um direito "fundário" (*lato sensu*), é mitificante: não porque se entenda que o direito comercial não exista para a empresa, mas antes porque oblitera o típico modo de actuação dessa empresa na vida, a sua típica premência de expansão e, por isso, de mobilidade e comunicabilidade. "Se o direito mercantil se libertou do teleologismo ou do psicologismo implícito na teoria dos actos de comércio, se recusa essa última remanescência antropomórfica do que chamámos dinamologismo, não é, decerto, para cair num antropomorfismo ou num personalismo que ainda mais obstará à sua refacção sobre o público: quanto mais essencialmente se «refeudaliza» (*si vera est fama...*), mais o sistema necessita de não o parecer, e daí a reificação completa que ostenta no direito dos nossos dias, essas coisificação dos processos e das pessoas (dos comerciantes em organizações, das organizações - individuais ou sociais - em «formalizações») que dá o *tonus* ao moderno *jus commercii*."²³²

Numa frase só, diremos, na esteira dos Mestres, que o direito comercial se deve centrar nas empresas²³³, e bem assim (um tanto escusado será dizer) no empresário, "mas sem por isso enjeitar esses institutos (...), produtos e documentos que são daquele *expansionismo e pioneirismo* que desde a Idade Média lhe são timbre."²³⁴

²³¹ Assim, CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 53.

²³² Acompanhamos de *mui* perto a lição de ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 177 e 178.

²³³ Empresas, no plural; não da empresa, no singular — a empresa como fenómeno unitário ou unívoco não existe (no direito ou fora dele). V., a este propósito, por todos, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)* cit..

²³⁴ Assim escreve FERRER CORREIA, *in* "Sobre a projectada reforma" cit., pp. 11 e 12.

21. Aqui chegados, importará perceber quais os especiais interesses à volta das empresas que providenciam que se conceba o direito comercial (moderno) como um domínio específico da fenomenologia jurídica.²³⁵ Ora, em primeiro, *a tutela do crédito*, facilitando a sua obtenção à empresa por via da tutela daquele que lho concede. Nestes termos, o concreto titular da empresa (ou, genericamente, o devedor por meio da prática de um acto de comércio) ficará numa posição mais complicada, mas as empresas em geral acederão mais facilmente ao crédito.²³⁶ Depois, a promoção da *celeridade e descomplexização dos negócios*, procurando-se que a celebração, as mais das vezes de negócios em massa ou num contexto em que a rapidez é essencial, seja amplamente desformalizada ou simplificada.²³⁷ Importante é também que se tutele a (fácil) *circulação de bens* e (em especial) *créditos*, quando se pensa que a riqueza mercantil típica é riqueza mobiliária num duplo sentido: cobra apoio aos bens móveis e créditos e corresponde a bens que devem ser de fácil mobilização. De resto, é justamente esta necessidade de facilidade de mobilização que justifica "a existência de mecanismos para incorporar créditos ou outras posições subjectivas em documentos e dotar o regime desses mecanismos de regras que permitam a fácil transmissão e tutelem amplamente aquele que os adquire por essa via simplificada"; e é também a partir daí que se explicam os regimes simplificados de transmissão de participações em sociedades

²³⁵ Numa perspectiva, vale dizer, não de concreto interesse de cada uma das empresas, mas do sistema empresarial no seu todo. De resto, interesses esses que não se assumem de forma estática, mas antes se revelam e moldam em novos termos em cada fase histórica (hoje, em particular, com a nova economia e a globalização). Em qualquer caso, reflectem aquelas que são as características principais do direito especial. Acompanhamos, *pari passu*, neste ponto, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português* cit., pp. 44 e ss.. Não se ficando pelas características gerais do direito comercial no seu desenvolvimento histórico, esta concepção procura identificar as suas características actuais. A este respeito, ver tb., FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial* cit., pp. 24 e ss..

²³⁶ Esta tutela far-se-á, principalmente, por intermédio do alargamento maximizado do âmbito subjectivo (e patrimonial) da responsabilidade. Pense-se nos casos de dois ou mais sujeitos contraírem dívida no exercício da empresa ou na prática de actos de comércio, dívida pela qual cada um responderá na totalidade solidariamente com os demais (art. 100.º CC); e de o devedor, casado, ao praticar um acto de comércio, estabelece-se a presunção de que o faz no exercício do seu comércio, o que resultará na comunicação da dívida (assim como da responsabilidade) ao seu cônjuge (art. 15.º do CC, conjugado com o art. 1691.º, d) CCiv.). Mas far-se-á também mediante a criação de regras que assegurem o cumprimento por parte do devedor (desde logo, através do regime do aval nas letras e nas livranças; entre outros).

²³⁷ Assume aqui papel determinante o princípio da liberdade de forma, desde logo apreensível pelo facto de os negócios centrais do sistema a ele acorrerem e de serem mais escassas as excepções (pense-se, por exemplo, na compra e venda de móveis, art. 219.º CC). De resto, a tendência hodierna encaminha-se precisamente no sentido da desformalização. Veja-se, sobre o ponto, CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

e para a mais fácil cessão de posições contratuais mercantis.²³⁸ E bem assim, e sendo a empresa o bem central do sistema económico (enquanto mecanismo fundamental da actuação na vida mercantil), fundamental é, portanto, que seja tutelada a sua *conservação e transmissibilidade*, que o ordenamento jurídico proteja a empresa e sobretudo a fácil mobilização de investimento que nela é realizado.²³⁹ E, como se dizia, centrada que está a actividade económica na empresa, é essencial que o seu exercício se possa dar em moldes lucrativos, e por isso se tutela a *exploração lucrativa*. Para tanto se preveem quer os regimes de tutela da concorrência, quer a regra da onerosidade dos negócios mercantis, quer o regime dos juros, com um regime especial direccionado aos créditos das empresas mercantis. Indispensável para que se reúnam as condições de exploração lucrativa é a afirmação do princípio da autonomia da empresa, no preciso sentido de não contemporizar com interferências, ressalvadas que ficam as situações motivadas por determinado interesse público, na tomada de decisões no quadro da empresa, decisões que deverão caber só e apenas ao seu titular (exceptuando-se aqui o caso de insolvência). Depois, também a *incondicionalidade e imediação das vinculações comerciais* assume posição de monta, sendo exigida a instituição de vinculações firmes, com a previsão de contra-garantias (em sentido não técnico) e bem assim de obrigações alternativas à obrigação central especialmente configuradas: assim é atento o quadro de celebração de negócios em massa e a interpenetração do tráfico, com os negócios a dependerem uns dos outros (do seu cumprimento, sobretudo). Tutela-se também de forma especial a *aparência*, promovendo-se uma especial confiança no exercício da empresa num mercado em que as relações naturalmente se entrecruzam e encadeiam, sem a qual as relações com o que lhe é exterior

²³⁸ Vale dizer que a própria desformalização de que já se deu conta responde também àquela necessidade. Sobre o movimento geral para a titularização (cedência de crédito para que o adquirente o inscreva em títulos) enquanto novo fenómeno de mobilização, *vide ibidem*, p. 48.

²³⁹ A preservação da empresa nas mãos do titular é tutelada por intermédio, designadamente, dos instrumentos da concorrência desleal e da protecção dos bens da propriedade industrial; também a continuidade ou estabilidade das relações contratuais criadas no quadro da empresa deve ser tutelada. De um outro ponto de vista, é a própria empresa um valor — é o valor máximo do seu titular, que materializa o seu investimento. Neste sentido, deverá ser também de fácil mobilização como valor patrimonial (mobilização da empresa não tanto como valor em si mesmo, mas antes mobilização do valor investido, tal como é detido em certo momento). A transmissão da empresa é, então, também ela tutelada. Veja-se o exemplo dos arts. 1112.º do CCiv. e 11.º do DL 149/95, respectivamente contrato de arrendamento no trespasse e contrato de locação financeira, (em contraste com o regime geral de direito civil, previsto no art. 424.º), através dos quais se assegura a facilidade de transmissão de posições contratuais ligadas à exploração de uma empresa, "facilitando com isso a transmissão da própria empresa e a realização pelo titular do valor dela". Assim, *ibidem*, p. 49.

ficariam amplamente dificultadas.²⁴⁰ Finalmente, são alvo de tutela a *segurança e a firmeza das transacções*, no sentido de evitar que os compromissos estabelecidos sejam susceptíveis de fácil distrate e que, quando porventura não sejam logo definitivos, a incerteza sobre eles se protele no tempo.²⁴¹

Cumprirá, a este respeito, dar duas notas. Em primeiro, dizer que, atenta a heterogeneidade da matéria mercantil, não figuram estas características de forma uniforme e com igual relevo em todo o direito comercial. E depois, e *sobretudo*, dizer que, se é verdade que muitas destas características não são — e não foram também no passado — privativas do direito comercial (surgindo em maior ou menor medida no direito civil); não menos verdade é que, quando contempladas no campo do direito civil, ter-se-ão de como que ajustar à expressão de interesses tipicamente civis (de que são exemplo a tutela da vontade real, do titular do direito contra terceiros, da inexigibilidade de actuação rápida para impugnar ou invocar incumprimentos de negócios)²⁴², valores que diminuem a eficácia da tutela jurídica necessária às exigências da vida mercantil²⁴³. Pois que, como escreve FERRER CORREIA, "a estes interesses se reconhece ainda hoje, em direito civil, uma maior relevância do que aqueloutros que lhes são contrapostos e que predominam no sector mercantil".^{244_245}

²⁴⁰ Em vários pontos é apreensível essa preocupação do direito comercial de protecção da confiança, da boa fé e, em especial, da aparência suscitada face a credores e àqueles que contactam e contratam com a empresa: vejam-se os exemplos do art. 2.º, 2ª parte, ou da imposição de publicidade por via de registo (designadamente o papel do registo constitutivo na aquisição de personalidade jurídica das sociedades comerciais, previsto no art. 5.º CSC).

²⁴¹ Exemplos disto mesmo são a redução, sempre que possível, dos prazos para tornar firmes os negócios (art. 471.º CC) e bem assim a taxatividade dos limites à impugnação do próprio contrato de sociedade (art. 42.º CSC).

²⁴² Não que na seara do direito comercial os interesses se façam sentir de forma absolutamente linear: com frequência, eles entram em tensão. Desde logo, os exemplos da descomplexização dos negócios, quando confrontada com outros interesses que levam a que empresa assuma voluntariamente a formalização desses mesmos negócios; ou, também, da tutela da conservação e da transmissibilidade da empresa, em que a lei tem de manter um equilíbrio com os interesses da tutela e efectiva garantia dos créditos no regime da locação financeira.

²⁴³ Também assim, PUPO CORREIA, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 14ª edição, revista e actualizada, p. 30.

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 27.

²⁴⁵ Escrevia assim MENDES MARTINS em 1894: "Se todo o progresso astronomico, geologico, organico, ethnologico, social, economico e artistico se reduz, como proficientemente o demonstrou Herbert Spencer, a uma simples transmutação do homogeneo em heterogeneo, e se esta lei se nos depara não só na evolução dos organismos sociaes , segundo o pretendia Krause, mas na evolução universal, bem como na de todos os productos abstractos ou concretos, reaes ou ideaes, do pensamento e actividade humanos, é erroneo suppor com E. Cimbali uma futura embryogenia juridica, uma futura assimilação do direito commercial pelo civil. O direito mercantil abrange actualmente em suas normas os actos d'outras industrias, auxiliadoras da circulação das riquezas. Ora, este estado de *these* (...) é essencialmente transitorio pois os poderosos agentes modificadores da condicionalidade economica das industrias exigem correlativamente uma progressiva

22. Nestes termos, caberá ao direito comercial definir o estatuto jurídico do empresário mercantil singular; estabelecer as normas aplicáveis às sociedades mercantis em geral e a cada um dos seus tipos em particular; definir os princípios e preceitos integradores do instituto da falência. Relativamente à empresa ou estabelecimento *per se*, caber-lhe-á regular a matéria dos direitos sobre o estabelecimento; organizar a tutela jurídica da empresa; regulamentar a matéria dos negócios jurídicos sobre o estabelecimento. Caberá, ainda, ao direito comercial regular de forma específica todos os negócios que não se concebem senão em conexão com uma empresa mercantil e que por isso mesmo, usando a expressão de GARRIGUES, ontologicamente lhe pertencem (pense-se nos seguros, transporte, operações bancárias, contrato de agência, etc.). Finalmente, pertencem também ao domínio do direito comercial institutos como as operações de bolsa e os títulos de crédito (pela razão de terem surgido como resposta a necessidades específicas do comércio e, por isso, se tomarem como tradicionalmente a ele pertencentes), bem como a matéria da propriedade industrial.²⁴⁶⁻²⁴⁷

mutação da sua condicionalidade jurídica. E assim, o dinamismo de cada industria requer, além d'um certo numero de condições communs ás demais, como a celeridade, a boa fé e o credito que, a despeito das affirmações de G. Endemann, Boistel e outros, não são peculiares das relações mercantis, algumas especiaes consoante o meio em que se desenvolve e o papel que desempenha no aparelho economico das sociedades." *Vide* "Progressos do Direito Mercantil e sua influencia na legislação portugueza", in *Estudos de Direito Comercial*, I, p. 19.

²⁴⁶ Assim, e com desenvolvimentos, FERRER CORREIA, "Sobre a projecta reforma" cit., p. 12 e 13.

²⁴⁷ Neste contexto poder-se-ia equacionar quais os reflexos práticos da resposta que vimos dando à questão da autonomia do direito comercial, o *leitmotiv* deste trabalho, no problema da codificação. Do ponto de vista do nosso direito positivo actual, é flagrante o estado de fragmentação do direito comercial: o que temos hoje é um modo de conceber o direito comercial que corresponde a uma visão desfásada (porque datada) da realidade económica, que, como justamente assinala ALMEIDA GARRET, no seu *A (Des)Codificação do Direito Comercial Português. Contributo para a reflexão prévia a uma necessária reforma legislativa*, a experiência dos mais de 130 anos que nos separam da sua entrada em vigor demonstrou não ser ultrapassável (só) por via doutrinária (v. parte II, capítulo I, §4º, ponto 2). Pelo que há muito se vem *suplicando* uma reforma da legislação comercial. Reforma esta que não poderá ser pensada sem que se pense "globalmente a nebulosa jurídico-mercantil" (expressão utilizada por COUTINHO DE ABREU, in "Os códigos comerciais também passam" cit., p. 619) e, naturalmente, sem que se pense também globalmente o direito privado. Com efeito, pode, com propriedade, dizer-se, com COUTINHO DE ABREU, agora in *Sobre a (Não) Reautonomização do Direito Comercial* cit, p. 18, que o direito comercial é (e tem sido) o direito — basicamente — das empresas, não obstante entrarem sujeitos e actos que não têm de entrar no domínio empresarial e de nem todas as (espécies de) empresas nele serem acolhidas. Será, por isso, desejável, que se caminhe no sentido do desenvolvimento e consolidação de um direito das empresas mais sistemático e coerente. Tomando o direito comercial como um sistema complexo, espreado por diversas áreas e patamares mas aglutinado por um critério comum: aqui, julgamos, encontrará abrigo a reforma da legislação comercial. Reelaborando o direito comercial como direito especialmente apto a servir as *empresas*, esse sistema, tendo no seu centro as normas comerciais da Constituição e desenvolvendo-se nos quadrantes *supra* indicados; unindo as matérias dispersas que devam ser reunidas do ponto de vista do nosso direito positivo, providenciando pela separação daquelas que devam estar separadas, e bem assim aproveitando para actualizar as que reclamem de actualização. De resto, e embora a autonomia substancial possa, de facto, viver sem a autonomia formal, cremos ser de todo o ponto conveniente

que as duas coexistam, uma vez que daí resultam vantagens que seria, se bem julgamos, ilegítimo sacrificar (relembre-se o *supra* escrito no ponto 9 do capítulo II).

Do que aqui se deixa dito, perguntar-se-á: não haverá base segura para a elaboração de um código *novo*? Estamos em crer que sim, que a reforma da legislação comercial haverá que passar desejavelmente pela feitura de um novo código. No fundo, numa óptica de recodificação, ainda que necessariamente diferente da primeira era de codificação, bem sabemos. E tanto assim porque, perdida grande parte das certezas dos tempos iluminados dos séculos XVIII e XIX, não se pode obliterar que os códigos não nascem sem lacunas e que a sua letra não pode, sem mais, oferecer uma boa solução para todos os problemas que estão por vir. Porque cónscios de que a lei será tão-apenas uma das (e não a única) fontes do direito; de que a norma só existirá no caso concreto e que, por isso, não poderá esta decisão obter-se, se se quiser, *de cima para baixo*, mas, outrossim, haverá que resultar da busca informada e da aplicação cuidada, pelo juiz, dos critérios normativos oferecidos pelo direito vigente no seu todo; que os códigos deverão abandonar, como se lê com ALMEIDA GARRETT, *op. cit.*, parte I, capítulo I, §3º, "a técnica de tudo querer prever e controlar", de forma a oferecer "quadros de grandes princípios orientadores e normas suficientemente flexíveis. Mas também não nos furtamos à ideia de que não é possível nem tão-pouco desejável que se prescindia, "nestes tempos de relativismo e incerteza", de um mínimo de segurança jurídica.

Será, porventura, tema a tratar — pela sua complexidade — autonomamente e em outro momento, com a profundidade que exige. Deixamos, para proveito dos que dele se queiram inteirar, algumas referências bibliográficas que julgamos relevantes. COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, pp. 50 e ss.; do mesmo Autor, "Os códigos comerciais também passam" *cit.*; e, ainda, "Sobre a (Não) Reautonomização do Direito Comercial" *cit.*; CASSIANO DOS SANTOS, "O direito comercial na actualidade e o sentido de um (novo) código mercantil" *cit.*; FERRER CORREIA, "Sobre a projecta reforma" *cit.*; FERNANDO OLAVO, "Alguns apontamentos sobre a reforma da legislação comercial" *cit.*; ALMEIDA GARRETT, *A (Des)Codificação do Direito Comercial Português. Contributo para a reflexão prévia a uma necessária reforma legislativa cit.*; e tb. SOUTO DE MIRANDA, "A autonomia do direito comercial" *cit.*.

CONCLUSÕES

Historicamente, a especialidade do direito comercial surge no seio das associações dos *mercatores*, ante a necessidade de defender, institucionalizar e desenvolver a sua actividade económica. Era justamente na profissionalidade dos sujeitos que assentava o pressuposto da especialidade do *jus mercatorum*, que se erguia à margem do *jus commune*. O direito comercial nascia como o direito dos *comerciantes*.

As valerosas façanhas da Revolução ditaram que não mais a sociedade se havia de contemporizar com aquele que era um direito de classe (que feria o ideal de igualdade entre os cidadãos), e que, por isso, se elegeisse o acto de comércio o critério de delimitação da actividade mercantil. O direito comercial deixava então de ser o direito dos *comerciantes* para se tornar o direito do *comércio*. Só que, quer as dificuldades em conceber com rigor um seu conceito (de acto de comércio, leia-se), quer a exiguidade do regime a que por essa via se chegava; a par do que se entendia ser a homogeneidade da constituição social — atentos os fenómenos da comunização-comercialização, que como que revertiam para uma "nivelção da zona privatística" —; toda esta conjuntura, dizíamos, levou a que parte da doutrina colocasse em causa a razão de ser da diferença de regime entre direito comum e direito não comum.

Tanto assim porque, e salvo melhor entendimento, não é a intervenção ocasional no circuito comercial, *maxime* a prática de actos previamente definidos como comerciais, que pode justificar que se conserve um direito especial do comércio: tendo ela indiscutivelmente o seu lugar, não parece adequada a especial atenção que o legislador lhe presta — porque, ao cabo e ao resto, não haverá viva alma que consiga desdizer que são adequadas e suficientes as normas do Código Civil para disciplinar uma compra e venda, só porque a compra se destina à revenda, ou porque o vendedor comprou a mercadoria para a revender... Porque, afinal, é nas especiais necessidades de regulamentação dos sectores que em cada fase se localizam nas zonas mais dinâmicas e de vanguarda da actividade económica que encontra — e encontrou historicamente — lugar um regime alternativo ao do direito comum.

Função do direito comercial (como ciência, como reflexão sobre a *praxis*) é a de redescobrir a estreita ligação dos mecanismos ocasionalmente com uso civil mas histórica e

genericamente de desígnio mercantil, com o mundo que os causou na sua íntima dialéctica. Porque, se de facto, como escrevia SAVATIER, as coisas e os factos aparecem quase nus, sob os farrapos destas vestes jurídicas fora de moda; tal só acontecerá "enquanto um direito novo, correspondendo às necessidades e aos apelos da humanidade de amanhã, os não revestir de novo"²⁴⁸.

Esse mundo é o mundo das empresas, na medida em que é para elas, e se não mesmo através delas, que esses instrumentos existem, não podendo, sem a elas haver alusão, serem compreendidos na sua conformação e na sua evolução. À uma, porque são elas a verdadeira força motriz das actividades económicas conglobadas no que tradicionalmente se designa por comércio em sentido jurídico; e, depois, porque só elas — quer quando olhadas em si mesmas, quer quando actuam na esfera de negócios que lhes é própria — levantam problemas a que o direito civil não consegue dar resposta, ou, ao menos, resposta adequada.

Mas se é à volta das empresas que deveremos conceber, salvo melhor opinião, o direito comercial moderno como um domínio específico da fenomenologia jurídica, não será isto o mesmo que dizer que será ele o estrito direito das empresas. E tanto assim porque, *in primis*, unicamente se deverá tomar em linha de conta a empresa *mercantil*; *in secundis*, nunca poderia o direito comercial regular a empresa na totalidade dos seus planos; e, finalmente, porque a estrita redução do direito comercial ao círculo da empresa excluiria do seu âmbito institutos que tradicionalmente lhe pertencem. No fundo, não será o mesmo que dizer que será ele diminuído na sua vocação expansionista, ou que lhe será barrado o mérito dessa contínua circulação-recirculação que o responsabiliza como o motor de um certo direito. Pois que, e na esteira da lição de ORLANDO DE CARVALHO, em vez de *deslocar*, o *jus commercii* "à volta das empresas" o que faz é *recolocar*, repatriar, os membros dispersos da família, "não para reconstituir anacrónicos feudos, mas para dar o seu nome e a sua lei a cada coisa".²⁴⁹

Se bem julgamos, não se sente a autonomia do direito comercial hoje menos do que ontem. Porque se de facto é justo o diagnóstico de que é sua tendência congénita a de afectar progressivamente todos os domínios da cultura relacionados com a economia capitalista, não tanto o será que se ludibriem aqueles que são os perigos daí emergentes, desde logo o da

²⁴⁸ "Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui" in *Mélanges Ripert*, 1950, p. 80, *apud* LIMPENS, "Da unificação" cit., p. 80.

²⁴⁹ *Vide op. cit.*, pp. 178 e 179, nota 64.

ocultação das diferenças que a "sociedade civil" continuamente aprofunda. Porque, de facto, a ideia de uma "constituição social homogénea" não se apresenta, ainda hoje, como minimamente concebível. Assim se chega a uma percepção de, no fundo, *irreducibilidade* do direito comercial (na medida da compatibilização entre a tendência para a generalização e a afirmação do seu reduto de autonomia).

Por tudo isto entendemos que o direito comercial, mesmo na parte em que se afasta do direito das empresas, nos termos a que se chegou, deve continuar a beneficiar da sua autonomia.

No mais se espera que, mesmo onde por aqui se poderá ter perdido — e ter-se-á, certamente, perdido em algum momento — sempre possa ter ficado algo que encoraje a que se progrida. A que se duvide, a que se conteste, a que se persevere. Que, como escrevia ORLANDO DE CARVALHO²⁵⁰, "é o que importa sobretudo ao jurista que quer sê-lo *hic et nunc* sem a permanente sensação de que a sua tarefa é um desperdício para a história".

²⁵⁰ In "Teixeira de Freitas" cit., p. 59.

BIBLIOGRAFIA

- Abreu, J. M. Coutinho de. “Os códigos comerciais também passam .” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 93, nº 2 (2017): 611-620.
- . *Curso de Direito Comercial. Vol.I: Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. 11ª edição*. Almedina, 2019.
- . *Da empresarialidade (As empresas no direito). Reimpressão*. Almedina, 1999.
- . “Sobre a (não) reautonomização do direito comercial.” Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. II*, 15-22. Almedina, 2011.
- Almeida, António Pereira de. *Direito Comercial*. Faculdade de Direito de Lisboa, Edição da Associação Académica, 1976/1977.
- Alves, José Carlos Moreira. “A unificação do direito privado brasileiro.” *Revista de Direito Civil*, 2015: 9-22.
- Antunes, José Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Almedina, 2014.
- . “O regime jurídico dos actos de comércio.” *Themis*, Ano IX, nº 17 (2009): 19-60.
- Ascarelli, Tullio. *Appunti di Diritto Commerciale. Vol. I*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1931.
- . *Corso di Diritto Commerciale: Introduzione e teoria dell'impresa. 3ª edizione*. Milão: Giuffrè, 1962.
- . *Lezioni di Diritto Commerciale. Introduzione. 2ª edizione, riveduta ed ampliata*. Milano: Dott Antonino Giuffrè Editore, 1955.
- . *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva — Livraria Acadêmica, 1947.

- . “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXXII, parte prima (1934): 1-39.
- . “Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione.” *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Anos VI-VII, serie III, V. VI (1952-1953): 36-61.
- . *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1955.
- Ascensão, José de Oliveira. *Direito Comercial. Vol. I: Parte geral*. Lisboa, 1988.
- Asquini, Alberto. “Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?” *Rivista del Diritto Commerciale*, Vol. XXV, parte prima (1927) : 507-524.
- . “Sulle nuove posizioni del diritto commerciale.” *Rivista del Diritto Commerciale*. , Vol. XV, parte prima (1942): 65-71.
- Aztiria, Enrique A. C. “El derecho comercial y el derecho privado em los paises de sistema continental.” *Revista Jurídica Interamericana*, Vol. I (1995): 111-122.
- Barros, Henrique Gama. *Historia da Administração Publica em Portugal nos séculos XII a XV. T. IX. 2ª edição*. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1945.
- Beirão, Francisco Veiga. “Da influência do direito romano sobre o direito comercial portuguez.” *Interpretatio Prudentium* , Vol. III, nº 1 (2018): 325-336.
- . “O Direito Comercial em Portugal.” *O Direito — Revista de Jurisprudência*, T. XLVI (1914): 2-5; 49-50; 334-340.
- . “O Direito Commercial durante a Dynastia Avisiense e a dominação Filipina.” *O Direito — Revista de Jurisprudência*, T. XLVII (1915) & T. XLVIII (1916): 227-229; 289-292; 339-341 & 65-68; 132-134; 179-180; 226-228.
- Beviláqua, Clóvis. “Unificação do direito privado.” *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Ano 22 (2006): 241-250.

- Bolaffio, Leone. “A proposito della unificazione del diritto delle obbligazioni.” *Giurisprudenza Italiana*, Ano IV (1907).
- . *Il codice di commercio italiano commentato. Vol. I, parte segunda*. Drucker & Tedeschi, 1883.
- Bonfiglio, G. *Unità del diritto privato e autonomia del diritto commercial: nuovo interesse e nuovi aspetti di una vecchia questione di fronte alla riforma della legislazione italiana*. Napoli: Casa Editrice Raffaele Pironti, 1945.
- Borges, José Ferreira. *Commentarios sobre a Legislação Portuguesa acerca de Avarias. 2ª edição*. Lisboa: Typographia da Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1844.
- . *Das fontes, especialidade e excellencia da administração commercial segundo o codigo commercial portuguez*. Porto: Typographia Commercial Portuense, 1835.
- . *Diccionario Juridico-Commercial. 2ª edição*. Porto: Typographia de Sebastião José Pereira, 1856.
- Bourcart, Gabriel. “Esquisse historique du droit commercial jusqu'un Code de commerce Français de 1807.” Em *Annales de Droit Commercial et Industriel Français, Étranger et International*, 259-271. T. XXXIII (1924).
- Cardoso, J. Pires. *Noções de Direito Comercial*. Coimbra: Atlântida Editora, 1976.
- Carli, Filippo. *Storia del Commercio Italiano. Vol. II: Il mercato nell'età del comune*. Padova: Cedam, 1936.
- Carneiro, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal. T. I*. Lisboa: Impressão Régia, 1826.
- Carvalho, Orlando de. “Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LX (1984): 1-86.
- . *Critério e estrutura do estabelecimento comercial. Vol. I: O problema da empresa como objecto de negócios*. Coimbra: Atlântida Editora, 1967.

- Cassandro, Giovanni. *Saggi di storia del diritto commerciale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982.
- Cerami, Pietro, e Aldo Petrucci. *Diritto Commerciale Romano: Profilo Storico*. 3ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.
- Chorão, Luís Bigotte. *A comercialística portuguesa e o ensino universitário do direito comercial no século XIX. I: Subsídios para a história do direito comercial*. Lisboa: Edições Cosmos, 1998.
- Cimbali, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. 4ª edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1907.
- Cipolla, Carlo M. *História Económica da Europa Pré-Industrial*. Tradução de Joaquim João Coelho da Rosa. Lisboa: Edições 70, 1984.
- Cordeiro, António Menezes. *Direito Comercial*. 4ª edição, revista, actualizada e aumentada, com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Reimpressão. Almedina, 2019.
- Correia, António Ferrer. *Lições de Direito Comercial. Vol. I*. Universidade de Coimbra, 1973.
- . “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 44, vol. I (Maio de 1984): 5-43.
- Correia, Luís Brito. *Direito Comercial. Vol. I*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1987.
- Correia, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial, Direito da Empresa*. 10ª edição, revista e actualizada. Ediforum — Edições Jurídicas, Lda, 2018.
- Cosack, C. *Traité de Droit Commercial. T. I*. Tradução da 6ª edição alemã por Léon Mis. Paris: V. Giard & E. Brière Libraire-Éditeurs, 1904.

- Costa, Marta Martins da. *Da compra e venda comercial. Aspectos do regime que permitem sustentar uma existência substancialmente autónoma para o direito comercial*. Teses, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.
- Costa, Ricardo. “O Direito Comercial Português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial.” Em *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal (coordenação de Fábio Coelho e Maria de Fátima Ribeiro)*, 9-33. Saraiva, 2014.
- Cruz, Guilherme Braga. “Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.” Em *Separata da Scientia Iuridica. T. IV. Coleção Scientia Iuridica*, 7-37. Braga: Editorial Scientia & ARS Editorial, Livraria Cruz, 1954.
- Cruz, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum). I: Introdução, fontes. 4ª edição, revista e actualizada*. Coimbra, 1984.
- Cunha, Paulo Olavo Cunha. *Lições de Direito Comercial*. Almedina, 2010.
- Côrrea, Alexandre A. de Castro. “Existiu, em Roma, Direito Comercial?” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. LXV (1970): 67-103.
- Direito Comercial — Apontamentos coligidos sobre as prelecções do Exmo. Sr. Dr. Barbosa de Magalhães ao curso do 4º ano jurídico, de 1924 a 1925*. Lisboa: J. Rodrigues & Cª Editores, 1924.
- Direito Commercial. Exposição das lições proferidas pelo Exmo. Sr. Dr. Pinto Coelho e colligidas por João Maria de Magalhães Collaço*. Coimbra: F. França e Armenio Amado, Livreiros — Editores, Arco d'Almedina, 1911.
- Duarte, Rui Pinto. “Breve introdução ao direito comercial português.” *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Nº 44 e 45, semanas 1 e 2 (2013): 281-297.
- Eiró, Pedro Camargo de Sousa. “Relações entre o direito civil e o direito comercial .” Em *As Operações Comerciais*, 241-290. Livraria Almedina, 1988.
- Escarra, Jean. *Cours de droit commercial. Nouvelle edition*. Librairie du Recueil Sirey, 1952.

- . “L'autonomia du droit commerciale.” Em *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*. Vol. I, 379-403. Società editrice del Foro Italiano, 1931.
- . *Manuel de droit commercial*. Vol. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.
- . *Principes de Droit Commercial*. T. I. Paris: Recueil Sirey, 1934.
- Espínola, Eduardo, e Eduardo Espínola Filho. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I: *Introdução ao estudo do direito civil*. Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.
- Estrella, Hernani. “Dualidade das obrigações no direito privado unificado.” *Revista Forense*, Ano 77, vol. 276 (Outubro, Novembro e Dezembro de 1981): 71-80.
- Ferreira, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Vol. I: *O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 4ª edição, revista e aumentada. Brasil: Max Limonad, 2019.
- Filho, Oscar Barreto. “A dignidade do direito mercantil.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. LXVIII, nº2 (1973): 415-434.
- Frédéricq, Simon. “L'unification du droit civil et du droit commercial: Essai de solution pragmatique.” *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Tome XV (1962).
- Freire, Pascoal José de Melo. “Instituições de Direito Civil Português.” *Boletim do Ministério da Justiça*, Nº 162 (1967): 61-88.
- Galgano, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Vol. I. 4ª edição. Cedam, 2004.
- . *Diritto Privato*. 15ª edição. Cedam, 2010.
- . *História do Direito Comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1980.
- Garrett, João Almeida. *A (Des) Codificação do Direito Comercial Português*. *Contributo para a reflexão prévia a uma necessária reforma legislativa*. Porto, 2018.
- . “Breves notas sobre a evolução recente do direito comercial da lusofonia.” *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, Nº 15 (2012): 97-112.

- Garrigues, J. *Curso de Derecho Mercantil. Vol. I. 4ª edición, revisada y puesta al día.* Madrid: Imprenta Silverio Aguirre Torre, 1962.
- Goldschmidt, L. *Storia universale del diritto commerciale. Prima traduzione italiana a cura di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja.* Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1913.
- Gonçalves, Luís da Cunha. *O problema da codificação do direito civil.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.
- . *Tratado de Direito Civil. Vol. I.* Coimbra: Coimbra Editora, 1929.
- Greco, Paolo. *Corso di diritto commerciale. 2ª edição.* Milano: Edizione Universitarie Malfasi, 1948.
- . “Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXXII, parte prima (1934): 335-357.
- . “Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione.” *Rivista del Diritto Commerciale*, Vol. XLV (1947): 1-11.
- Hamel, Joseph, e Gaston Lagarde. *Traité de Droit Commercial. T. I.* Paris: Librairie Dalloz, 1954.
- Heichelheim, Fritz M. *Storia economica del mondo antico. Tradução de Sergio Sciacca.* Bari: Laterza, 1972.
- Hirsch, E. “Le nouveau Code de commerce turc.” *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1958: 349-360.
- Historia e principios geraes do direito civil portuguez: resumo das materias da 3ª cadeira da faculdade de direito. Resumo das prelecções do digníssimo professor da cadeira, o Exmo. Sr. Dr. Guilherme Moreira ao anno lectivo de 1895 a 1896 por A. de Castro.* Coimbra: Typ de Luiz Cardoso, 1896.
- Huvelin, Paul. *Études d'histoire du droit commercial romain.* Paris: Recueil Sirey, 1929.

- . *Cours élémentaire de droit romain. T. I.* Paris: Recueil Sirey, 1927.
- Jaeger, Pier Giusto, Francesco Denozza, e Alberto Toffoletto. *Appunti di diritto commercial: Impresa e società. 8ª edição.* Milano: Guiffre Francis Lefebvre, 2019.
- Justo, A. Santos. *Manual de Direito Privado Romano. 2ª edição.* Lisboa: Petrony Editora, 2018.
- . “O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 71 (1995): 27-96.
- Kaser, Max. *Direito Privado Romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- Lacour-Gayet, Jacques. *Histoire du Commerce. T. I: La terre et les hommes.* Paris: SPID, 1950.
- Lattes, Alessandro. “Note per la storia del diritto commerciale.” *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vol. XXXI, parte prima (1933) : 532-545.
- Limpens, J. “Da unificação do direito civil e do direito comercial. Tradução de Rui de Miranda.” *Jornal do Fôro*, Anos 20 e 21 (1957): 14-24; 370-378; 40-52.
- Livro das leis e posturas.* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971.
- Lumia, Isidoro La. “L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali.” *Rivista del Diritto Commerciale*, Vol. XV, parte prima (1942): 1-9.
- Luzzatto, Gino. *Storia del Commercio. Vol. I: Dall'antichità al rinascimento.* Firenze: G. Barbèra Editore, 1914.
- Lyon-Caen, C. H. “De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804.” Em *Livre du centenaire du code civil. T. I: Généralités et études spéciales*, 205-228. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1904.

- Lyon-Caen, C. H., e L. Renault. *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1913.
- . *Traité de Droit Commercial. T. I. 4^a édition*. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1906.
- Magalhães, J. M. Barbosa de. “José Ferreira Borges.” Em *Jurisconsultos portugueses do século XIX. Vol. II*, 202-311. Lisboa: Edição do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1960.
- . “A revisão geral do código civil, a autonomia do direito comercial e o problema da codificação.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 10, nº 1 e 2 (1950): 1-58.
- Manara, Ulisse. “Contro un codice unico delle obbligazioni.” *Giurisprudenza Italiana*, Vol. XLV, parte quarta (1893): 54-76.
- Marcos, Rui Manuel de Figueiredo. *As companhias pombalinas: contributo para a história das sociedades por acções em Portugal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- Marghieri, Alberto. *Manuale di Diritto Commerciale. Vol. I*. Roma : Società Editrice Romana, 1922.
- Marques, J. P. Remédio. *Direito Comercial: introdução, fontes, actos de comércio, comerciantes, estabelecimento, sinais distintivos*. Coimbra: ReproSet, 1995.
- Martinez, Pedro Soares. *Ensaio de um curso básico de história do direito — peninsular, romano e português*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, 2016.
- Martins, José Mendes. “Progressos do direito mercantil e sua influência na legislação portuguesa.” Em *Estudos de Direito Comercial. Vol. I*. Coimbra: F. França Amado Editor, 1894.
- Marty, Jean-Pierre. “La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine.” *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale et de Droit Économique*, T. XXXIV (1981): 681-702.

- Massé, M. G. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. T. I. L. I. 3^a édition, revue et augmentée.* Paris: Guillaumin et Cie, 1874.
- Matta, Caeiro da. *Direito Commercial Português.* Imprensa da Universidade, 1910.
- Mendes, Evaristo. “Breve introdução histórica ao direito comercial português.” *Revista de Direito Comercial*, Maio de 2018: 709-770.
- Merêa, Paulo. “A tradição romana no nosso direito medieval.” Em *Estudos de História do Direito. Vol. I: Direito Português*, 247-271. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2007.
- . *Estudos de Histórias do Direito. I: Direito Português.* Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2007.
- Miranda, Alberto Souto de. “A autonomia do direito comercial.” Em *As Operações Comerciais*, 293-348. Livraria Almedina, 1988.
- Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado. T. I: Parte geral. 3^a edição.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- Moncada, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano. Vol. I: Fontes e instituições.* Coimbra: Coimbra Editora, 1923.
- Moreira, Guilherme Alves. *Actos de Commercio. Estudo exegetico e critico das disposições do novo codigo commercial.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1889.
- . *Instituições do direito civil português. Vol. I.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.
- Mossa, Lorenzo. *Diritto Commerciale. Parte prima.* Milano: Società Editrice Libreria, 1937.
- . “I problemi fondamentali del diritto commerciale.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXIV, parte prima (1926): 233-252.
- . “Per il nuovo codice di commercio.” *Rivista di Diritto Commerciale*, Vol. XXVI, parte prima (1928) : 16-33.

- . *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942. Vol. I.* Milano: Società Editrice Libreria, 1942.
- Navarrini, Umberto. *Trattato Elementare di Diritto Commerciale. Vol. I. 5ª edizione.* Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1937.
- . *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Commerciale. Vol. I: Introduzione. Parte prima.* Milano, Torino, Roma: Frateli Bocca Editori, 1913.
- Nogueira, José Duarte. *Lei e poder régio. Vol. I: As leis de Afonso II.* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.
- Nogueira, Pedro Roque do Vale de Sá. “As actuais coordenadas do direito comercial face ao civil (portugueses).” Em *As Operações Comerciais*, 355-396. Livraria Almedina, 1988.
- Olavo, Fernando. “Alguns apontamentos sobre a reforma da legislação comercial.” Em *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, Nº 293 (1980).
- . *Direito Comercial. Vol. I. 2ª edição (2ª reimpressão).* Coimbra Editora, 1978.
- Padoa-Schioppa, Antonio. *Saggi di storia del diritto commerciale.* Milano: LED Edizione Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992.
- Paoli, Ugo Enrico. “L'autonomia del diritto commerciale nella grecia classica.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXXIII, parte prima (1935): 36-54.
- Pardessus, J. *Cours de droit commercial. T. I. 6ª edição.* Bruxelles: Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1836.
- Pessoa, Fernando. “A essência do comércio.” *Revista de Contabilidade e Comércio*, Vol. XLIX, nº 193/196 (1986): 77-82.
- Pimentel, Diogo Pereira Forjaz de Sampaio. *Anotações ao Código de Commercio Portuguez. T. I. Livro primeiro da primeira parte. 2ª edição.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866.

- Pirenne, Henri. *As cidades da Idade Média. Tradução de Carlos Montenegro Miguel.* Publicações Europa-América, 1989.
- Pont, M. Broseta. *Manual de derecho mercantil. 9ª edición.* Madrid: Tecnos, 1991.
- Ribeiro, Ernesto Rodolpho Hintze. *Da reforma da legislação comercial.* Lisboa: Typ de Christóvão Augusto Rodrigues, 1877.
- Ripert, G. *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.
- . *Traité Élémentaire de Droit Commercial.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.
- Rocco, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial: Parte Geral. Tradução do Professor Cabral de Moncada.* Coimbra: Arménio Amado Editor, 1931.
- Rocha, M. A. Coelho da. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pratrio.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1841.
- Rotondi, M. *Istituzioni di Diritto Privato.* Padova: Cedam, 1937.
- . “L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie .” Em *Separata de Inchieste di Diritto Comparato. Vol. III*, 491-546. 1973.
- . “I «Principi di diritto commerciale» di Alfredo Rocco.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, ano XXVII, nr. 1 e 2 - parte I*, Ano XXVII, nº 1 e 2, parte prima (1929): 102-114.
- Rubio, Emilio Langle. *Manual de Derecho Mercantil Español. T. I.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950.
- . “La autonomia del Derecho Mercantil.” *Separata da Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, Ano 87, segunda época. T. III (1942): 465-503; 581-632.

- Santos, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português. Vol. I: Dos actos de comércio às empresas; o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*. Coimbra Editora, 2007.
- . *O direito comercial na actualidade e o sentido de um (novo) código mercantil. Dos mecanismos clássicos aos novos mecanismos e a persistência de um núcleo irreduzível e alargado de mercantilidade: os casos dos contratos de associação e de capital de risco*. Sumário desenvolvido da Lição, apresentado no âmbito das provas de atribuição do título de agregado pela FDUC, 2016.
- Serens, Manuel C. Nogueira. “Direito Comercial.” Em *O Direito em Portugal. Coordenação de Alberto de Sá e Mello*, 241-274. Madrid: Editorial Reus, 2017.
- Telles, Inocêncio Galvão. “Aspectos comuns aos vários contratos.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. VII (1950): 234-315.
- Telles, José Homem Correia. *Commentario Critico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de M. P. Lacerda, 1824.
- Thaller, E. “De la place du commerce dans l'histoire générale .” Em *Annales de Droit Commerciale*. 1892.
- . “De l'attraction exercée par le code civil et ses méthodes sur le droit commercial.” Em *Livre du centenaire du code civil. T. I: Généralités et études spéciales*, 229-243. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1904.
- . *Traité élémentaire de droit commercial. Vol. I. 8ª edição*. Paris: Arthur Rousseau, 1931.
- Valeri, Guiseppa. “Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale.” *Rivista di Diritto Commerciale*, Vol. XLI, T. I (1943): 21-45.
- Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de. *A miragem das piastras — Napoleão, Ouvrard, Récamier e o Code de Commerce de 1807*. Bubok Publishing, 2015.
- . “Responsabilidade Comercial: Primeira questão.” *Revista de Direito Comercial*, 2019: 287-322.

Vasconcelos, Pedro Pais de. *Direito Comercial. Vol. I.* Almedina, 2011.

—. “Direito Comercial: Necessidade e utilidade de uma revista.” *Revista de Direito Comercial*, 2017: 1-32.

Vasconcelos, Pedros Pais de, e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos. *Direito Comercial. Vol. I. 2ª edição.* Almedina, 2020.

Vidari, Ercole. *Corso di diritto commerciale. Vol. I. 5ª edição.* Milano: Ulrico Hoepli Editore — Libraio della Real Casa, 1900.

Vivante, Cesare. “Per un Codice Unico delle Obbligazioni.” *Archivio Giuridico*, Vol. XXXIX (1887): 497-516.

—. *Instituições de Direito Commercial. Tradução da 10ª edição por J. Alves de Sá.* Lisboa: Livraria Clássica, A. M. Teixeira & Cia, 1910.

—. “L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma.” *Rivista del Diritto Commerciale*, 1925, Vol. I: 572-586.

—. *Trattato di Diritto Commerciale. Vol. I. 5ª edizione, riveduta e ampliata.* Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1922.

Wieacker, Franz. *História do Direito Privado Moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª edição, revista.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Xavier, Vasco da Gama Lobo. *Direito Comercial: Sumários das lições ao 3º ano jurídico.* Coimbra, 1977-1978.