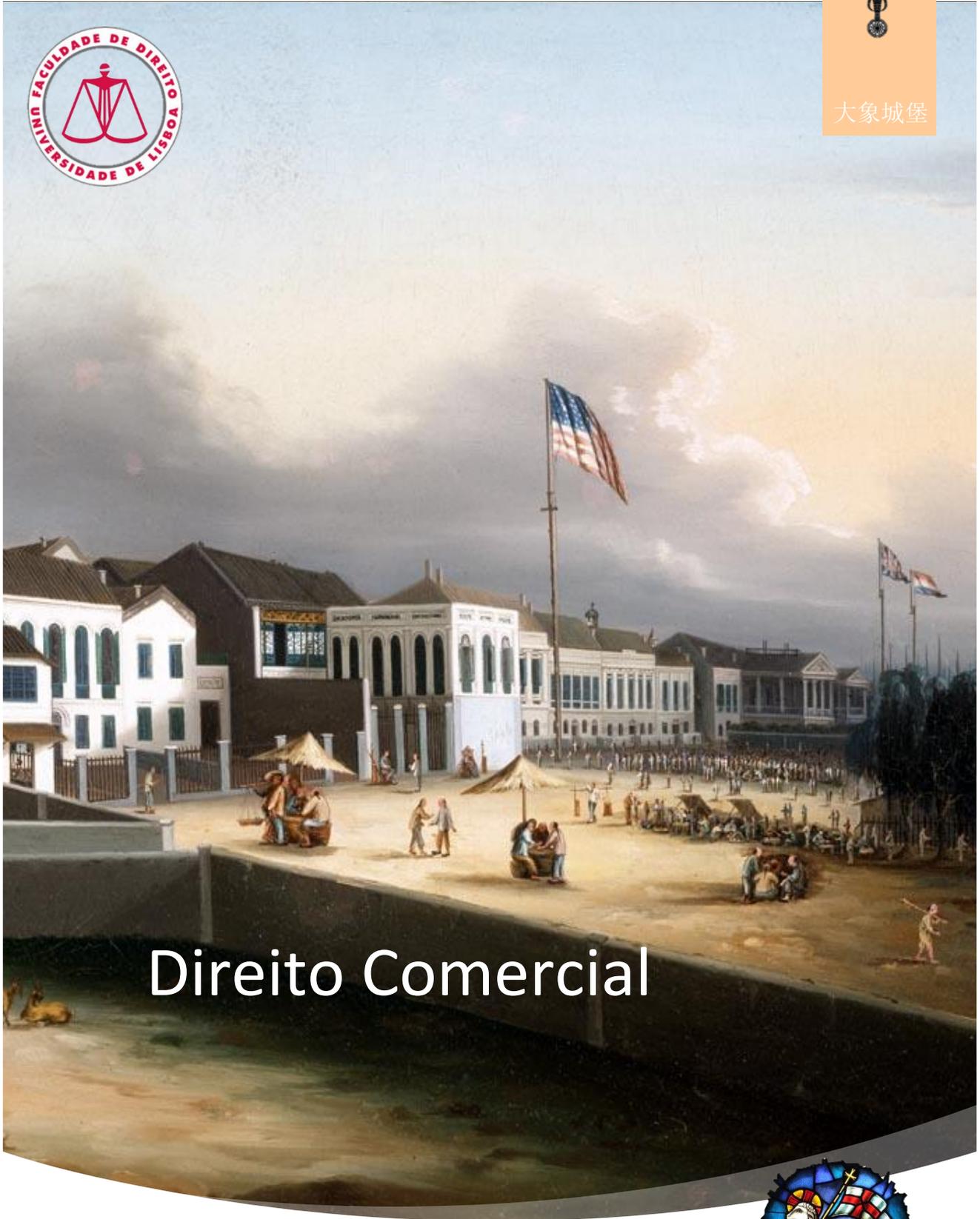




大象城堡



Direito Comercial

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO
SEBENTA



葡京法律的大学 | 2015/2016 | 我想你学得太好了！



1.º - O Direito Comercial

Aproximação; Direito privado: o Direito Comercial é definido ora como o Direito privado especial do comércio ora como o Direito dos comerciantes ou dos comerciantes e das empresas. A doutrina atual aproxima e complementa largamente essas noções, ainda que respeitando as fórmulas. Vamos decompô-las, nos seus termos. O Direito comercial é Direito privado. Integra uma área normativa dominada por vetores de igualdade e de liberdade: os diversos sujeitos apresentam-se sem poderes de autoridade e podem, em princípio, desenvolver todas as atividades que a lei não proíba. Pelo contrário: no Direito público deparamos com entidades dotadas de *ius imperii* as quais só podem agir quando uma lei o permita. Mais importante do que estas fórmulas tendenciais é o conjunto das valorações envolvidas que cumpre recordar:

- *Valorações culturais*, o Direito Comercial radica na tradição românica e assenta em receções sucessivas do Direito Romano. O moderno Direito comercial tem sido derivado de estatutos e práticas medievais e não do Direito Romano – numa postura não incontroversa; todavia, as suas categorias têm, no essencial, uma conceção românica, tendo sido justamente o seu tratamento, à luz dos quadros pandetísticos, que lhe assegurou sobrevivência e modernidade;
- *Valorações teóricas*, o Direito Comercial reporta-se a relações interindividuais de nível profundo; contrapõe-se, tal como o civil, ao sistema de Direito Público que se ocupa do relacionamento com o Estado e de certos esquemas dirigistas de distribuição de bens;
- *Valorações práticas*, o Direito Comercial é cultivado por privatistas, surge no prolongamento lógico de múltiplas conceções civis e é aplicado em conjunto com os mais diversos institutos comuns;
- *Valorações significativo-ideológicas*, o Direito Comercial, tal como o civil, dá corpo ao sentir profundo da sociedade em que surja. Previne intervenções arbitrárias do poder e assegura, aos particulares, um plano de livre desenvolvimento das suas personalidade.

A integração do Direito Comercial no seio das disciplinas privatísticas deve ser sublinhada. Este posicionamento é muito rico em consequências: basta ver que o Direito Comercial é, em boa parte, fragmentário, tornando-se operacional apenas graças à presença permanente das regras civis. Além disso, a sua natureza privada é essencial para demarcar o Direito Comercial do Direito do Comércio Internacional e do Direito Público da Distribuição dos Bens. A natureza privada do Direito Comercial revela-se apenas a nível de sistema. Se considerarmos isoladamente algumas das suas áreas, depararemos com regras de Direito Público, regras essas que podem mesmo abranger capítulos inteiros.

Direito especial: o Direito Comercial é considerado especial. Assim se distinguiria do Direito Civil: Direito comum. A relação de especialidade ocorre quando, perante um complexo normativo que se dirija a uma generalidade de situações jurídicas, um segundo complexo, mais restrito mas mais intenso, contemple uma situação que, de outro modo, respeitaria ao primeiro, dispensando-lhe um tratamento particularmente adequado. A adequação pode resultar de





normas diferenciadas que estabeleçam situações diversas ou de regras complementadoras que precisem soluções deixadas em aberto pelo Direito comum. Prosseguindo, poderemos afirmar que a especialidade é relativa: impõe-se quando, perante duas áreas normativas, seja possível estabelecer uma relação geral/especial. O Direito Comercial seria especial em relação ao civil: mas surgirá geral em relação ao Direito Bancário, ainda mais especial. A afirmação de natureza especial do Direito Mercantil permite justificar a aplicação subsidiária do Direito Civil. Também aqui teremos de observar que a relação de especialidade se obtém, apenas, a nível do sistema. O Direito Comercial apresenta-se muito heterogéneo. Citando Oetker (que retoma Canaris), podemos falar, a seu respeito, em *variações sobre temas civis*. Mas podemos ir mais longe: há áreas comerciais importantes que não têm, subjacente, qualquer regra civil. As próprias sociedades comerciais e os denominados grupos de sociedades apresentam regras que transcendem o Direito Civil. A especialidade resulta, então, de níveis reguladores mais gerais e, sobretudo, da própria materialidade das regras consideradas.

Direito do Comércio ou dos comerciantes: o Direito Comercial será, por fim, o Direito do Comércio ou dos comerciantes. Tecnicamente, o comércio – que engloba, em Direito, a indústria – é a atividade lucrativa da produção, distribuição e venda de bens. O termo “comércio” pode aplicar-se a qualquer dos segmentos do circuito que une produtores a consumidores finais e, ainda, às atividades conexas e acessórias. A questão de saber se estamos perante um Direito do Comércio – conceção objetiva – ou dos comerciantes, depois alargados às empresas – conceção subjetiva – corresponde a uma colocação do problema considerada superada desde os anos 30 do século XX. Qualquer ramo jurídico, para mais especial, pode ser sempre configurado num sistema subjetivo: regulando o comércio, regulam-se os comerciantes. O problema em aberto é, antes, as proposições jurídico-comerciais diferenciam-se por se dirigirem a quem, em que circunstâncias e segundo que critérios? É a este nível que se repõe a contraposição entre o objetivismo (Direito do Comércio) e o subjetivismo (Direito dos Comerciantes).

Condicionamentos histórico-culturais e dogmáticos: o modo de ser do Direito Comercial e a estrutura básica da Ciência Jurídica a ele subjacente implicam um conjunto de informações históricas e comparatísticas de alguma extensão. O Direito Comercial não pode ser compreendido se não ponderarmos as suas origens, a sua evolução e o papel que, mau grado inúmeros constrangimentos, ainda hoje se lhe atribui. Adiantando elementos, podemos antecipar que o Direito Comercial moderno – mormente o português – não tem unidade dogmática. Além disso, apresenta uma fraqueza sistemática marcada. As suas relações com o Direito Civil variam imenso, consoante as áreas consignadas. Os critérios – ora objetivos, ora subjetivos – para a sua abordagem são múltiplos: dependem dos institutos em jogo. Em suma: o Direito Comercial não provém de qualquer definição lógica pré-elaborada. Como (boa) disciplina jurídico-privada, ele apresenta-se fruto de condicionamentos histórico-culturais complexos. A própria dogmática mercantil lhe sofre as consequências ainda que – ou não seria Direito! – intente, até aos confins do possível, oferecer reduções coerentes e soluções harmónicas para os problemas.





Capítulo 1 – A Evolução do Direito Comercial

2.º - Das origens aos primeiros códigos comerciais

Génese e Direito Romano: o aparecimento do comércio terá, provavelmente, decorrido da própria hominização. Enquanto atividade autónoma e organizada, ele documenta-se desde a Antiguidade mais recuada, acompanhando o uso da escrita em cuja origem terá, por certo, tido papel decisivo. Logo que surgiu, o comércio teve regras: nenhuma atividade humana que implique relacionamentos estáveis pode viver sem elas. Encontramos normas comerciais na Mesopotâmia, no antigo Egipto, na Fenícia e na Palestina e na Grécia. Particularmente na Grécia, haveria mesmo um corpo separado de regras comerciais: um tanto à semelhança do moderno Direito Comercial e ao contrário do que sucederia em Roma. Tais regras visavam o tráfego marítimo e terrestre e dispunham de tribunais especializados para a sua aplicação¹. A existência de um Direito Comercial em Roma dá azo a alguma controvérsia. Roma teve, na origem, relações comerciais complexas que se estabeleceram entre a Etrúria e a Magna Grécia. A existência, desde o início, de regras legitimadoras foi inevitável. E esse facto mais se terá intensificado com a expansão romana: na Península Itálica e, depois, em toda a bacia do Mediterrâneo. Sabemos que, sob o Império, foi estabelecida uma rede de estradas, entre todas as províncias, que apenas seria alcançada, de novo, no século XIX. O tráfego marítimo no Mediterrâneo era intenso, trazendo a Roma todo o tipo de produtos: desde o estanho da Britânia, ao trigo da Hispânia e de África, ao marfim e às especiarias da Ásia. Nada disto é pensável sem códigos de conduta desenvolvidos e sem instâncias capazes de dirimir convenientemente os inevitáveis litígios. Surpreendentemente tais códigos de conduta comercial não se documentam. Existe, na comercialística, uma tradição radicada em Pardessus e em Goldschmidt, segundo a qual o Direito Comercial teria sido estranho ao Direito Romano: apenas viria à luz nos burgos medievais. Tal afirmação deve ser reconduzida a certas proporções, vindo a ser abertamente contestada, nos inícios do século XXI. Para além de institutos especializados claramente comerciais, deve ter-se em boa conta que o Direito Romano, mormente após a criação dos *bonae fidei iudiciae*, nos finais do século II a.C., justamente em obediência às necessidades do comércio, dotou-se de contratos consensuais, flexíveis, equilibrados e acessíveis a *cives* e a *peregrini*. A essa luz, poderemos afirmar que todo o Direito Romano, designadamente no campo das obrigações e dos contratos, era Direito Comercial. Formou-se por oposição ao velho *ius ciuile*, consubstanciado nas *legis actiones* e inadaptável ao comércio, pela sua rigidez e pelo seu formalismo. Suscita dúvidas a afirmação, patente em diversos autores, de que o espírito do Direito Romano, de base igualitária, não se coadunaria com corpos de regras diferenciadas, para

¹ Demonstrada por Ugo Enrico Paoli, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, RDComm XXXIII (1935) I, 36-45; na Grécia clássica, o Direito da *polis* aplicar-se-ia apenas nas relações entre cidadãos; para as relações mercantis, desenvolvidas fora do *polis* entre cidadãos e estrangeiros, surgiram normas consuetudinárias particularmente adaptadas, a aplicar por tribunais especializados; com o tempo, o Direito comercial exerceu um papel de mutação no Direito interno da *polis*.





certas categorias de cidadãos. Numa sociedade escravagista, tal afirmação parece pouco rigorosa. De facto, exigências particulares do comércio, como certas presunções de solidariedade, como a onerosidade das relações comerciais, como os juros (*foenus*) e como a simplificação do processo eram contempladas no Direito Romano. Além disso, certas categorias mais delicadas como a dos *argentarii* (banqueiros) ou determinadas áreas mais sensíveis, como as do tráfego marítimo ou do controlo e segurança das transações tinham regras especiais. O Direito Romano facultou-nos institutos a desenvolver o tráfego comercial e a profissão de comerciante. Tais institutos não foram articulados em sistema uma vez que o próprio Direito Romano não era sistemático. Não reside aí, porém, nenhuma particularidade adversa ao Direito Comercial. Finalmente: o Direito Romano deixou-nos uma ciência – a Ciência do Direito – que tornaria possível, muito mais tarde, a articulação de um verdadeiro Direito Comercial.

Do *ius mercatorum* às leis comerciais modernas: o Direito Comercial terá assumido uma configuração mais característica nas cidades medievais, especialmente em Itália. O antigo comércio mediterrâneo nunca terá desaparecido por completo. Mas foi drasticamente reduzido: a feudalização do Império, as invasões e, por fim, a vaga islâmica isolaram o Ocidente, dando azo a uma economia de tipo fechado. A partir do século XI, uma certa estabilização militar e a subsistência do Império de Bizâncio propiciaram em Itália, o aparecimento e o desenvolvimento do comércio. Os mercadores, por via consuetudinária ou através dos seus organismos, criaram e aperfeiçoaram normas próprias, para reger a sua profissão e os seus interesses. São particularmente referidos estatutos de Génova, de Florença e de Veneza, as guildas do Norte da Europa e o *Consolat del Mar* no Direito Marítimo Catalão. A necessidade e o êxito do *ius mercatorum* não é hoje explicada com recurso à (mera) luta de classes. Cumpre recordar que o Direito Romano, retomado após a formação das universidades, não era já o complexo maneável do *praetor* e dos *iurisprudentes*. Surgia, antes, como um conjunto muito complexo de regras, de conhecimento e interpretação difíceis. O Direito Romano da receção não tinha – pelo menos logo nos séculos XIII e XIV – condições para reger a vida comercial. Houve que fixar regras: algumas mais não faziam do que retomar proposições romanas, como as que impunham o respeito pela boa-fé e pela palavra dada; outras, como as referentes às aquisições *a non domino*, correspondem a novas necessidades e económico-sociais. Torna-se importante reter os esquemas histórico-culturais que permitiram, ao *ius mercatorum*, surgir nos Estados modernos². Em primeira linha, ele foi incluído nas fontes doutrinárias, através de uma adequada integração nos quadros semânticos. Chegou-se, assim, a um Direito “comum” europeu comercial, assente numa crescente Ciência do Direito Comercial. Importantes tratadistas permitiram o acolhimento do Direito Comercial nas doutrinas nacionais. Decisiva seria, porém, a recuperação que, dos estatutos e regras hanseáticas, fizeram os grandes Estados territoriais dos séculos XVII e XVIII. Adotando-os e aperfeiçoando-os, os Estados lograram preservar o fundo sócio-cultural que o *ius mercatorum* representava, evitando a sua diluição no Direito Comum. Foi, designadamente, o que sucedeu em França através das *Ordonnance du Commerce* (1673) e *Ordonnance de la Marine* (1681). Estes importantes diplomas, preparados sob as ordens de Colbert por Jacques Savary (1622 – 1690), comerciante de Paris, acolheram muitas das regras estatutárias de origem italiana e neerlandesa. Além disso, eles vieram uniformizar, em todo o Reino, o Direito Comercial e isso numa altura em que o Direito Civil, particularmente diferenciado entre o Norte, costumeiro e o Sul, de Direito escrito, apresentava uma feição caleidoscópica. Foram justamente

² Estados modernos – tal como leis modernas – não se confundem com Estados contemporâneos, recorde-se.





estas leis comerciais dos Estados modernos, com um relevo especial para as ordenanças de Luís XIV, que permitiram conservar, como corpo autónomo, o *ius mercatorum* medieval. Os juristas mantiveram o hábito de lidar, de modo separado, com o Direito Civil e o Direito Comercial. Preservou-se a cultura comercialística, dando-lhe uma base moderna: o poder soberano do Estado. Em Inglaterra, onde tais leis não surgiram, o Direito Comercial definiu e acabou por desaparecer, integrado na *Common Law*, no século XVIII.

O Code du Commerce de 1807; influência: a obra legislativa de Napoleão alargou-se ao Direito Comercial: trata-se de uma orientação que assegurou a sua sobrevivência, até hoje, nos diversos ordenamentos do Continente. O *Code du Commerce* foi aprovado e promulgado em 1807. Materialmente, o *Code du Commerce* acolheu as *Ordonnance de Colbert* tendo, nessa medida, sido relativamente pouco inovador³. Aquando da sua preparação, ainda foi sondada a hipótese de incluir a matéria comercial no Código Civil. Todavia, prevaleceu o hábito, então já radicado nos juristas franceses, de trabalhar em separado com a matéria comercial: justamente os códigos colbertianos. Na grande viragem que representou a codificação napoleónica, esta opção preservadora de um fenómeno tipicamente francês permitiu, até hoje, a sobrevivência do Direito Comercial, como realidade autónoma. Recorde-se que, pela mesma altura e na Inglaterra, campeã do comércio da época, o Direito Comercial perdia a sua autonomia. O Código de comércio francês beneficiou de ter sido precedido pelo Código Civil, de 1805. Pôde simplificar a matéria, atendo-se às questões mais diretamente comerciais. Ele não tem sido considerado uma grande obra, ao contrário do Código Civil. Elaborado de modo apressado, ele ressentir-se-ia, ainda, de ter precedido a revolução industrial: esta exigiria quadros jurídicos bem mais flexíveis. De todo o modo e formalmente, ainda hoje, o Código se mantém em vigor; todavia, dos seus iniciais 648 artigos, apenas pouco mais de 100 não foram revogados; e ainda desses, somente 33 subsistiam, em 1994, na sua redação original. Em 2000 a Ordenança veio introduzir, no Código de Comércio, diversa legislação, como relevo para o Código das Sociedades de 1966: através de uma renumeração de preceitos. O Código de Comércio daqui resultante foi objeto de diversas críticas. Designadamente:

- a) Não tem uma conceção lógica de comércio, seja ela objetiva ou subjetiva;
- b) Mistura matérias comerciais e não-comerciais;
- c) Consagra desenvolvimentos amplos a profissionais cujas atividades são civis.

Depois da recompilação de 2000, sucederam-se reformas e alterações. O Direito Comercial chegava ao século XIX como o Direito dos Comerciantes. A tradição anterior tinha uma base nitidamente pessoal, atribuindo-lhes 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. Resultou daí a adoção do sistema dito objetivo: o *Code* visava os atos de comércio, indicando depois, num sistema fechado, que atos seriam esses, para efeitos de jurisdição

³ O código de Napoleão tem sido criticado: seria mesmo o menos perfeitos dos códigos napoleónicos; efetivamente, houve uma certa precipitação no seu aprontamento: Napoleão pretendeu enfrentar uma onda de falências, provocada pela guerra com a Inglaterra.





comercial⁴. E os próprios comerciantes vinham definidos por referência aos atos de comércio. Segundo o artigo 1/1, do *Code du Commerce*:

«São comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e disso fazem a sua profissão habitual».

A objetivação do sistema comercial tinha, implícitos, os germes da sua diluição, no Direito privado. Efetivamente, a especialidade de um ato mercantil ou de um contrato comercial, quando postos à disposição de qualquer interessado, não é superior à de múltiplos contratos altamente diferenciados e que ninguém iria retirar do Direito Civil. Todavia, o Direito Comercial francês sobreviveu. Desde logo: mau grado o teor geral acima relatado, ele não é inteiramente objetivo. Integra um status de comerciante, com regras específicas e que interferem, depois, no regime dos atos objetivos. Particularmente importante era, a esse propósito, a existência de uma jurisdição especial para os comerciantes. Mas sobretudo: a mera existência de um Código de Comércio, firme na longa pré elaboração que o antecedeu, com relevo para os códigos colbertianos, manteve uma cultura comercialística que prolongaria, até hoje, como autónomo, o Direito Comercial. A codificação comercial francesa implicou, ainda, uma outra opção de fundo: optou pela natureza privada da regulação do comércio. Teria sido possível um modelo alternativo: uma série de deveres de tipo público, dimanados pelas corporações ou pelo Estado, dariam o recorte da atuação comercial. O Antigo Regime apontaria nesse sentido. A opção decidida pelo privatismo foi, então, realizada. Pensamos que ela seria crucial, na subsequente evolução das sociedades ocidentais. O Código de Comércio francês teve uma influência marcada, nos diversos países. Curiosamente, essa influência precedeu a do próprio Código Civil: vingou a ideia de que regras claras e simples tinham um papel determinante no desenvolvimento do comércio e da indústria. Ou, pelo menos: seriam de mais fácil conceção. De entre os códigos comerciais imediatamente influenciados pelo *Code du Commerce* francês conta-se, logo, o primeiro Código de Comércio espanhol, de 1829. Trata-se de um diploma sensivelmente mais extenso do que o Código do Comércio francês, alcançando os 1219 artigos. O que bem se compreende: faltava, na altura e em Espanha, um Código Civil: o legislador comercial era obrigado a suprir essa falta. Também o Código de Comércio holandês (de 1838) se inscreve neste âmbito. Muito significativa foi, ainda, a influência do Código de Comércio francês em Itália⁵. Desde logo, em diversas regiões particularmente dominadas por Napoleão, a legislação francesa foi posta em vigor. Entre as subseqüentes iniciativas italianas, cumpre referir o Código de Comércio para os Estados Sardinianos ou Código de Comércio de Albertino, de 1842. Considerado como dos mais significativos códigos pré unitários, o Código Albertino, com 723 artigos, seguia a ordenação do *Code du Commerce* francês. Após a unificação, surgiu, em 1865, o primeiro Código de Comércio italiano. Moldado sobre o Código Albertino – e, assim, fortemente aparentado ao modelo francês. Temos, de novo, o modelo francês. O diploma foi, todavia, enriquecido com elementos mais atualizados e, designadamente, com leis francesas entretanto surgidas. Verificaremos adiante como o Código de Comércio francês teve, também, uma particular influência em Portugal. Sem prejuízo pela existência de uma tradição nacional, que foi respeitada e por uma certa elaboração dos nossos juristas, o Código Francês teve um papel especial no aprontamento, por Ferreira Borges, do nosso primeiro Código Comercial, de 1833.

⁴ Segundo Pirovano, *Introduction critique* cit., 226-227, o Código disfarçou a sua verdadeira intenção: a de tratar os comerciantes.

⁵ Perdeu-se, assim, e de certa forma, a conexão com a comercialística italiana dos séculos XVI e XVII.





A evolução alemã e o Código Geral de 1861: a codificação comercial francesa foi possibilitada pela centralização derivada da Revolução e do Império. No mesmo período, na Alemanha, a fragmentação política dificultava iniciativas codificadoras gerais. A forte capacidade produtiva alemã obrigou a doutrina e a jurisprudência a transcender as carências legislativas. Algumas iniciativas parcelares tiveram importância. Assim, a Lei Geral dos Estados Prussianos – ALR –, de 1794, continha regras de Direito Comercial, considerando-o um Direito especial para comerciantes⁶. Tratava-se de uma conceção subjetiva, diversa da que, em 1807, seria adotada pelo *Code* francês. O ALR tinha, ainda, subjacente, uma ideia de tratamento alargado do Direito; o Código Civil austríaco de 1811, pelo contrário, ocupar-se-ia, apenas, do Direito Civil. Durante a primeira metade do século XIX, o aperfeiçoamento do Direito Comercial, que não podia, perante a industrialização nascente, aguardar pela unificação política, ficou entregue aos juristas e aos tribunais. Necessidades comerciais prementes levaram a que, logo em 1815, as quatro cidades livres do Ocidente alemão – Lubeque, Hamburgo, Bremem e Francoforte – estabelecessem, com sede em Lubeque, um tribunal superior de apelação comercial, com jurisdição sobre os tribunais comerciais das cidades em causa: o OAG Lübeck. Este Tribunal superior foi obrigado a decidir as mais delicadas questões comerciais, sem apoio em leis modernas. Perante isso, baseava-se ora no *Corpus Iuris Civiles*, ora na doutrina, ora em diplomas estrangeiros, ora nos usos comerciais, ora, finalmente, na boa fé. A jurisprudência do OAG Lübeck teve a maior importância no Direito Comercial contemporâneo. Desde logo, ela manteve viva a ideia de uma autonomia do Direito Comercial, assente em valores específicos e numa cultura própria. De seguida, graças às suas decisões, que se encontram publicadas, ela foi sedimentando soluções depois acolhidas aquando da realização de codificações gerais. As tentativas de unificação legislativa alemã principiaram pelo domínio comercial. O primeiro passo ocorreu no domínio dos títulos de crédito: a convite da Prússia, teve lugar, em Leipzig, uma conferência cuja comissão preparou um projeto de Lei Geral Alemã Cambiária – ADWO. Este projeto chegou a ser aprovado como lei em 1848, aquando do Congresso Nacional de Francoforte; todavia, o fracasso da iniciativa apenas permitiu que, subsequentemente, os diversos Estados alemães a fossem adotando, através de leis próprias. O Governo provisório de 1848, pró unitário, tentou também a unificação do Direito Comercial e Marítimo. Foi designada uma comissão cujos trabalhos foram interrompidos pela queda do regime. A iniciativa foi retomada, noutros moldes, e 1857, com a conferência de Nuremberga. Após várias vicissitudes, acabaria por ser aprovado, pelo Congresso – que não tinha poderes legislativos elaborando, tão só, recomendações – o Código Comercial Geral Alemão – ADHGB – de 1862. A matéria tem um tipo de arrumação que dá já conta da importância relativa que as matérias iriam assumir, no futuro. O ADHGB introduz a disciplina regulativa em termos diretos e que fazem apelo, desde logo, às origens do Direito Comercial e aos seus antecedentes imediatos, no pensamento da jurisprudência alemã. Segundo o seu artigo 1.º,

«Nas questões comerciais aplicam-se, sempre que este Código não contenha qualquer disposição, os usos do comércio e, na sua insuficiência, o Direito Civil geral».

⁶ Segundo o seu §475,
«É considerado comerciante aquele que prossiga a sua principal atividade através do comércio com mercadorias ou valores».





Prenunciando determinadas evoluções subsequentes, o ADHGB adotou um sistema misto, objetivo e subjetivo. Ele parte, no seu artigo 4.º, do conceito de comerciante, um tanto ao jeito do ALR: postula, para ele, regras especiais. Simplesmente, nos seus artigos 271.º e 307.º⁷, ele considera comerciais determinadas situações a título puramente objetivo, e portanto: podendo as respetivas e comerciais regras aplicar-se a não comerciantes. O ADHGB padeceu, ainda, na falta de um Código Civil. Compreende, por isso, inúmeras regras civis, cuja ausência, na época, ele teve de suprir. O movimento tendente à unificação do Direito Comercial alemão prosseguiu. Muito importante foi a entrada em funções, em 1869, do Tribunal Comercial Superior da União – BOHG – em Leipzig. Com a proclamação, por Bismarck e na sequência da vitória sobre a França, na Guerra de 1870-71, do Segundo Império, o BOHG foi convertido no Tribunal Comercial Superior do Império, o ROHG, em 1871. A manutenção – ainda que apenas por algum tempo⁸ – destes tribunais supremos de competência comercial foi importante, para a preservação da autonomia da disciplina. A experiência alemã e a sua evolução, ao longo da primeira parte do século XIX, documentam raízes histórico-culturais do Direito Comercial, sedimentadas em moldes diversos dos da experiência francesa. Enquanto, nesta, o Direito Comercial alcançou uma identidade apoiado na autoridade do Estado e, mediante, na cultura dos juristas, na Alemanha, esta jogou em primeira linha. A ausência de codificações com poder legislativo foi suprida pelos cientistas do Direito e por tribunais livremente organizados. Além disso, a codificação comercial antecedeu largamente a civil, ao contrário da experiência napoleónica⁹. No fundo, poder-se-ia proclamar que a cultura dos juristas está sempre subjacente à autonomia comercial: em França como na Alemanha. Neste último caso, todavia, o fenómeno é mais marcado, tendo tido consequências no desenvolvimento subsequente das disciplinas comerciais. Mas a existência de leis nunca é indiferente. O próprio ADHGB teve um papel de relevo: permitiu cristalizar uma cultura difusa, dando azo ao aparecimento dos primeiros grandes tratados comerciais. O ADHGB foi muitas vezes criticado nalgumas das suas soluções. Ele foi particularmente tímido no capítulo das sociedades comerciais, mantendo a exigência da concessão estadual da personalidade jurídica para as anónimas. Não houve, de facto, condições políticas para adotar soluções avançadas. Em moldes científicos, o ADHGB foi decisivo, orientando toda a evolução subsequente. Paralelamente, mantiveram-se muito ativas uma doutrina e uma jurisprudência que, desde cedo, trabalharam o Direito Comercial em termos universalistas.

3.º As codificações tardias e a unificação do Direito privado

As codificações oitocentistas tardias: após a primeira vaga de códigos comerciais do século XIX, seguiu-se uma segunda leva, menos pioneira e mais elaborada, a que chamaremos *codificações oitocentistas tardias*. Temos em mente, desde logo, o Código Comercial italiano de 1882. Assente numa doutrina comercial elaborada, entretanto surgida, o segundo Código Comercial italiano foi preparado com cautela. Para além, naturalmente, do seu antecessor, de

⁷ O artigo 271.º enumera negócios comerciais; o artigo 307.º alarga determinadas regras a não comerciantes.

⁸ A competência do ROHG foi transferida para o Reichsgericht – RG.

⁹ Recorde-se que o BGB alemão só surgiu em 1896: quase quarenta anos depois do Código Geral de 1861.





1865, cuja estrutura geral conservou, o Código Comercial italiano de 1882 atendeu ao AGHGB e à forte doutrina alemã, dele decorrente. O Código de Comércio italiano de 1882 desenvolveu a matéria com mais cuidado, designadamente na área dos contratos comerciais. Foram tratados negócios antes ausentes, como o reporte, as sociedades cooperativas, o cheque, a contra corrente, o mandato comercial, o seguro terrestre e os depósitos em armazéns gerais, entre outros. Além disso, foram aperfeiçoadas figuras já inseridas no Código de 1865, com relevo para as obrigações comerciais em geral, a compra e venda, a sociedade, os títulos de câmbio, a comissão, o transporte e a falência. Um tanto na mesma linha, podemos referir o Código Espanhol de 1885. Deve notar-se que o Código de Comércio espanhol teve influência, em diversos aspetos, no Código Veiga Beirão. O segundo Código Comercial português ou Código Veiga Beirão de 1888 e ainda em vigor, surgiu neste ensejo. O século XIX fechou da melhor maneira com o Código Comercial alemão (HGB) de 1897, aprovado para entrar em vigor com o BGB, em 1900. Ambos os diplomas foram preparados em paralelo e com o tempo, tendo-se ainda em conta, particularmente nas sociedades, a dinâmica adveniente da industrialização. O HGB pretendeu adequar a legislação comercial ao novo Direito privado potenciado pelo BGB. As múltiplas disposições civis, que o ADHGB de 1861 fora obrigado a conter, tornaram-se supérfluas, podendo ser eliminadas. Na contraposição entre o sistema objetivo e subjetivo, o HGB optou, em linhas gerais, pelo segundo modelo: fixou um “Direito de comerciantes”, livre já dos pruridos pós revolucionários franceses. Os diversos contratos, precisamente pelo cotejo, agora possível, com as figuras civis, adquiriram um perfil mais claro e completo. Múltiplos aperfeiçoamentos ditados pela doutrina e pela jurisprudência fizeram a sua aparição. Particularmente importantes, na sua preparação, foram as obras surgidas à sombra do ADHGB, onde avultam nomes como Cosack, Goldschmidt e Thöl. Aquando da preparação do BGB e do HGB, a manutenção do Direito Comercial como disciplina autónoma foi ponderada. A figura de Goldschmidt, bem como, naturalmente, toda a evolução anterior, foram decisivas, nessa conservação. Ela exigiu, contudo, a adoção de um esquema subjetivo: de outra forma, as figuras comerciais não seriam algo de especial, paralelo ao Direito Civil mas, antes, figuras próprias, a classificar dentro do Direito privado. Anote-se, por fim, que o HGB, mau grado muitas e profundas alterações, sobretudo no domínio das sociedades, continua em vigor. As codificações oitocentistas tardias surgiram como o ponto alto do Direito mercantil, enquanto disciplina jurídica privada especial. De certo modo, elas pretenderam justamente cristalizar esse tipo de entendimento. E assim, assistimos, nos vários códigos, à duplicação de diversas figuras: contratos como a compra e venda, o depósito ou o mandato, como exemplos, regulados na lei civil, recebem agora, nos códigos mercantis, versões especiais. É evidente que isso só é possível com um sistema subjetivo ou misto: donde a aparente recaída no que se poderia chamar um Direito de classe e que atingiu a sua manifestação máxima no HGB. A base dogmática da autonomia subjetiva do Direito Comercial é frágil. Além disso, ela vem contundir com princípios constituintes do Direito privado moderno e aos quais, quase um século antes, os juristas de Napoleão já haviam sido sensíveis. O Direito comercial aparentava uma fraqueza que se iria traduzir, no século XX, em movimentos integracionistas.

Institutos comerciais sensíveis; evolução científica: antes de analisar a evolução do Direito Comercial na primeira metade do século XX, cumpre relatar alguns institutos comerciais sensíveis, isto é: institutos que, ao longo do século XIX, originaram discussões e movimentos de reforma. Trata-se de um ponto particularmente perceptível em França, justamente pela conservação, até hoje, do *Code du Commerce* de 1807. As alterações significativas deram corpo





a distintas leis extravagantes. A grande batalha do Direito Comercial, na primeira metade do século XIX, teve a ver com o triunfo do liberalismo. Este exigia, entre outros aspetos, liberdade de empresa e, daí, liberdade na constituição de sociedades comerciais, particularmente as anónimas. Esse princípio, em França, só foi alcançado em 1867. O liberalismo e a industrialização requereram, depois, a proteção da propriedade intelectual. A evolução doutrinária e legislativa daí decorrente acabaria por originar uma área comercial autónoma. Cheques e outros títulos de crédito mantiveram medidas legislativas: dentro e fora dos códigos comerciais. A partir daí, assistiu-se a um conjunto de evoluções no Direito das sociedades comerciais, designadamente quando, no século XX, se processou a sua democratização. A defesa da concorrência, a intervenção do Estado na economia e o tema das falências originaram iniciativas significativas, ainda que periféricas, em relação ao cerne mercantil. Novos contratos fazem a sua aparição, com especial relevo para o Direito Bancário e para os sectores da distribuição. Podemos considerar que o Direito Comercial, como bom Direito privado que é, vai evoluindo lentamente, ao sabor do progresso científico cultural da matéria, disciplinando soluções já experimentadas. A evolução do Direito Comercial assentou, sobretudo, numa evolução científica, fonte de releituras e de novas sistematizações.

O século XX e a unificação do Direito privado: a autonomia do Direito Comercial é uma resultante histórico-cultural. Mas mais: ela não obsta a consequências dogmáticas, antes as potenciando. Compreende-se, de toda a forma e a essa luz que, quando uma codificação comercial coincida com uma civil, se ponha de imediato o problema da manutenção de um dualismo no Direito Privado. A primeira experiência a reter, neste domínio, é a Suíça, de 1907. O Direito Comercial, a propósito da elaboração do Código Civil Suíço, foi integrado no Direito das Obrigações. Mesmo âmbitos normativos como os das sociedades comerciais e cooperativas, do Direito da firma e dos títulos de crédito tiveram esse destino. O Código Civil Suíço conserva regras próprias para os comerciantes. De todo o modo, na forma como em substância, desapareceu o Direito Comercial clássico. O exemplo suíço foi particularmente defendido em Itália, por Vivante¹⁰. No fundamental, este Autor explica que a existência de um Direito Comercial, como corpo normativo autónomo, fazia sentido quando o comércio era exclusivamente exercido por comerciantes inscritos em corporações. Numa sociedade moderna, os atos de comércio são acessíveis a qualquer interessado, seja ele comerciante, seja ele um interessado ocasional. Assim sendo, o Direito Comercial torna-se parte do Direito privado. Todas as relações privadas podem ser objeto de uma mesma e única teoria, tal como é diariamente comprovado pelos tribunais ingleses e norte americanos e, naturalmente, pela (então) recente experiência suíça. No próprio Direito italiano, nessa altura dividido entre o Código Civil de 1865 e o Comercial de 1882, a supressão de juízos comerciais teve um efeito aglutinador: os juízes ordinários, ao aplicar promiscuamente ora o Código Civil, ora o Comercial, com um único processo, acabam por desenvolver um critério uno para decidir controvérsias civis e comerciais. Vivante vai, todavia, ainda mais longe. O Código de Comércio estabelece regimes mais favoráveis para os comerciantes. Esse aspeto opera, naturalmente, aquando dos contratos entre comerciantes e não comerciantes, prejudicando assim a grande maioria da população. Além disso, o Código de Comércio admitia a prevalência dos usos comerciais, mesmo nas relações entre comerciantes e não comerciantes. Vivante comenta este preceito como atribuindo, aos

¹⁰ Na sequência do ADHGB, chegou a pensar-se na elaboração de um Código Comercial Suíço, tendo mesmo sido preparado um projeto, por Munzinger, em 1864; simplesmente, em 1868, essa ideia foi abandonada, a favor de um Direito das obrigações suíço.





comerciantes, uma parcela do poder legislativo. A discussão sobre a natureza civil ou comercial de certos atos, profundamente inútil, tolhe e complica a aplicação da Justiça. A duplicação de institutos prejudica a harmonização de preceitos e de soluções. A presença de dois códigos dificulta o processo científico: é – será – evidente a natureza puramente descritiva de muitas obras de Direito Comercial. As considerações de Vivante são ponderosas. É importante sublinhar que não se trata de fazer desaparecer o acervo histórico do Direito comercial, nem de pôr em causa os institutos jurídico-mercantis. Apenas se questiona a sua arrumação como *lex specialis*, em paralelo com institutos homólogos do Direito civil. O Direito Comercial deveria ser preservado como um sector particular do Direito privado, à disposição de todos, tal como qualquer instituto privatístico, por definição, se encontra. Quando muito, poderíamos admitir disciplinas especiais, para certo tipo de organizações. E assim, este entendimento foi acolhido aquando da preparação do Código Civil italiano, de 1942. Este importante Código veio tratar unitariamente todo o Direito privado, substituindo o antigo Código de Comércio, de 1882 e o velho Código Civil, de 1865. No Livro IV – Das obrigações, aparece um título III – Dos contratos singulares, onde são versados diversos contratos comerciais, lado a lado com os civis. Por seu turno, no livro V – Do trabalho, surgem títulos sobre as sociedades, as empresas cooperativas e mútuos de seguros, sobre a associação em participação e sobre a concorrência. Aqui tempos um sugestivo exemplo quanto à unificação do Direito privado. A unificação do Direito privado, levada a cabo em Itália, causou algum choque, na comercialística local. Na verdade, o Direito Comercial moderno viera à luz nas cidades italianas. E em Itália surgiram muitos estudiosos comercialistas consagrados. Parece-nos patente, em diversos autores que se pronunciaram no período da reforma ou logo depois dela, uma certa nostalgia pelo perdido Código de Comércio. De resto, a decisão de unificação foi tomada com a reforma já avançada e, também, por alguma preocupação política: tratava-se de introduzir a “empresa” na lei civil, para assim dar corpo ao novo Direito corporativo italiano. As tentativas imediatas surgiram no sentido de sedimentar um “novo Direito comercial”, assente em ideias institucionalistas e, deste modo, materialmente autónomo. A essa luz, a própria existência de um Código Comercial autónomo seria dispensável. A experiência italiana da unificação, até pela relativa proximidade que a respetiva doutrina tem, nalguns pontos, com a lusófona, constitui um excelente campo de meditação, antes de qualquer reforma do Direito privado, entre nós. A melhor doutrina italiana continua hoje a defender os pontos de vista de Vivante. Mesmo as mais atualistas visões transalpinas do Direito Comercial como Direito das empresas comerciais e das suas operações – para tentar evitar o escolho representado pelas conceções subjetivistas, de sabor corporativo – não lograram princípios próprios nem, sobretudo, aprontar um sistema diferenciado. Em suma: o Direito Comercial poderia conservar uma autonomia expositiva e didática, ficando contudo claro tratar-se de uma parte do todo jurídico-privado. Todas estas considerações parecem ajustadas. Todavia, o Direito Comercial tem uma autonomia histórico-cultural que se impõe, ainda hoje.

Elementos subsequentes: a defesa da autonomia do Direito Comercial, subsequente à forte argumentação de Vivante e ao seu êxito no Código Civil italiano de 1942, foi viva, mas pouco profunda. A afirmação de que existe uma vida comercial intensa, que exigindo celeridade, eficácia e tutela da boa fé, não se compadeceria com as delongas da vida civil, desconhece dois pontos essenciais:

- A generalidade dos atos comerciais é praticada por não comerciante – os consumidores finais – pelo que, quantitativa e qualitativamente, o Direito Comercial é o Direito de todos e do dia-a-dia;





- O Direito Civil mantém-se como a instância científica inovadora onde os conceitos e as soluções mais avançadas devem ser procuradas: a tutela da confiança no comércio, por exemplo, é legitimada pela boa fé... civil.

Devemos estar prevenidos contra um tipo de desenvolvimento linguístico que, a partir da palavra comércio esquece a realidade sócio-cultural. No dia a dia, são celebrados mais negócios comerciais do que civis: nenhuma razão há para pretender, do Direito Comercial, fazer uma camada de elite ou de exceção. Uma verdadeira autonomia do Direito Comercial teria de ser procurada num plano científico: o Direito Comercial disporia de princípios autónomos, métodos próprios e esquemas diferenciados de realização do Direito. Salvo o que abaixo se dirá sobre a Ciência do Direito Comercial, desde já adiantamos que não é assim. O Direito Comercial não se distingue por especiais procedimentos científicos ou concretizadores. A autonomia do Direito Comercial ou existe ou é indefendível. Estamos no campo do Direito: Ciência – sim – mas Ciência da cultura e do espírito. Por múltiplos acidentes históricos, os ordenamentos romano-germânicos desenvolveram um corpo de regras ditas comerciais ou mercantis, tendo-se habituado a trabalhar com elas. Não é a única saída; e poderá mesmo não ser a mais racional nem a mais conveniente. Mas existe e, com os elementos disponíveis, no tempo e no lugar onde opera, afigura-se a mais diferenciadora de situação, a mais rica em termos culturais e humanos e, nessa medida, a mais justa. A existência de codificações civis e comerciais separadas é fundamental para a preservação dos dados ontológicos que, ao Direito Comercial, conferem a sua autonomia. Tem-se afirmado que as experiências unitárias suíça e italiana não conduziram, nos respetivos espaços, ao desaparecimento do Direito Comercial. Não é rigorosamente exato. É verdade que a um tipo de problemática ligada à vida dos negócios – portanto: situações jurídicas nuclearmente empresariais, muito mais restritas do que o tradicional Direito Comercial –, um tanto à semelhança do atual *merchant law* anglo-saxónico, adquire um tratamento em conjunto, sob o título Direito Comercial. Porém, os clássicos desenvolvimentos jurídico-comerciais, patentes em qualquer manual alemão, francês ou português, perderam-se. O manual típico italiano ocupa-se da empresa, das sociedades, das marcas e de contratos comerciais, ignorando as muitas centenas de páginas que eram dedicadas aos comerciantes e aos seus atos do comércio... O Direito comercial mantém-se – até por osmose com as experiências vizinhas e por um evidente peso da tradição –, mas é qualitativa e quantitativamente diferente: mais fraco, menos coeso e mais sujeito a fracionar-se em múltiplas disciplinas autónomas. A autonomia do Direito Comercial manteve-se, pois – e salvo quanto ficou dito – nos diversos países. Ao longo o século XX, a sua evolução foi marcada pelo aparecimento de leis especiais crescentemente aperfeiçoadas e pela progressiva afirmação de disciplinas comerciais especializadas. Mas a autonomia comercial e o âmbito das suas normas dependem sempre do peso da tradição e dos hábitos que os juristas transmitem, de geração em geração. Quando, na segunda metade do século XX, os negócios em massa, comerciais por excelência, exigiram regras especiais quanto à sua celebração e ao seu conteúdo, foi o Direito Civil que se manifestou: as leis sobre cláusulas contratuais geras são civis: não comerciais. Não há razões lógicas conhecidas. Finalmente, é sintomático o facto de o Código Civil holandês de 1991 – a última codificação europeia do século XX – ter também procedido à unificação do Direito privado, enquanto o Código Civil brasileiro de 2002 – a primeira grande codificação do século XXI – fez opção idêntica. As dificuldades de reforma do Código Comercial de Veiga Beirão encontram justificações, também neste plano. Este ou existe, pelo peso da tradição, ou mais não seria do que uma compilação de regras diversas. Mas não há regras absolutas, no campo





cultural. E assim, particularmente no espaço lusófono, encontramos códigos comerciais novos: Macau (1999) e Moçambique (2005).

4.º - A experiência Anglo-Saxónica

Evolução geral: a experiência anglo-saxónica, no tocante ao Direito Comercial, é bem ilustrativa do relevo que a história e a Cultura assumem na configuração do Direito das Sociedades modernas. A origem do Direito Comercial inglês – *Law Merchant* – é considerada obscura. Ela assentou na prática comercial: particularmente desenvolvida, em Inglaterra, mercê da liberdade transfronteiriça assegurada aos comerciantes pela própria Magna Carta. Durante a Idade Média, e um tanto à semelhança do sucedido noutros espaços europeus, assistiu-se a uma dualidade de jurisdições: os comerciantes dispunham de instâncias próprias para aplicação da justiça. No final da Idade Média, este esquema entrou em decadência, mercê da força que foi ganhando a jurisdição comum. Esta evolução consumou-se com a integração do Direito Comercial no *Common Law*, nos finais do século XVIII; esta integração foi levada a cabo, dogmaticamente, por William Murray Mansfield (1705 – 1793). Na atualidade falta, em Inglaterra, qualquer codificação do Direito Comercial ou, sequer, qualquer Direito Privado especialmente dirigido ao comércio ou aos comerciantes e que seja distinto do que rege a generalidade das pessoas. Comparatistas sublinham que a receção do *Law Merchant* no *Common Law* foi possibilitada, antes de mais, pelo facto de este último se ter mantido muito flexível. Este estado de coisas sofre algumas alterações recentes. Surgem normas especiais para os comerciantes e até, por imposição europeia, áreas inteiras correspondentes ao Direito Comercial do Continente, com tónica na concorrências e na tutela do consumidor. Mas esses elementos não permitem ressuscitar um Direito Comercial digno desse nome.

Tendências atuais; a experiência norte-americana do *Uniform Commercial Code*: na atualidade surgem-nos, na Grã-Bretanha, múltiplos manuais de *Business Law*, *Commercial Law* ou *Mercantile Law*. Recorrendo no seu conteúdo, verificamos que o *Business Law* apresenta maior extensão: abrange descrições da organização judiciária, dos contratos em geral, dos diversos contratos incluindo, lado a lado, figuras que no Continente se diriam civis e comerciais e às quais se adita o contrato de trabalho, sociedades, falências e, nos mais recentes, a concorrência e a tutela do consumidor. Os manuais de *Commercial Law* são mais comedidos: embora com um conteúdo muito variável de obra para obra, eles concentram-se nas diversas figuras contratuais, incluindo muitas comerciais. Do ponto de vista continental, eles não obedecem a qualquer sistematização: antes correspondem à capacidade empírica dos seus autores de transmitir conhecimentos. Como foi referido, fazem a sua aparição, no Direito Comercial, temas de tutela do consumidor e de concorrência, através do influxo comunitário. Não obstante, a diversidade técnica, conceitual e sistemática mantém-se: trata-se de uma riqueza cultural do Velho Mundo, que deve ser preservada. A experiência norte-americana merece uma referência especial. As colónias britânicas no Continente Norte-Americano mantiveram o Direito da Metrópole e, designadamente, a separação entre o *Common Law* e o *Mercantile Law*. A receção deste último pelo primeiro não operou com a clareza britânica; daí resultou uma complexidade, agravada com a dispersão das regras entre os vários estados federados. Nos finais do século XIX, o desenvolvimento extraordinário do comércio





interestadual e a industrialização do Continente Norte-Americano exigiam regras claras, simples e cognoscíveis para todos. Assim, veio a ser instituída a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, que foi preparando sucessivos diplomas relativos a áreas comerciais. Estes diplomas foram sendo recebidos pelos diversos estados federados. Em 1940, a Conference reuniu para estudar alterações ao *Uniform Sales Act*. Foi então proposto o abandono do esquema dos diplomas parcelares uniformes, até então existentes, a favor de um único estatuto: tal a conceção do *Uniform Commercial Code* ou UCC. Em 1942, foram nomeadas inúmeras comissões de individualidades, especialmente magistrados, para preparar o que se anunciava como gigantesca tarefa, numa iniciativa conjunta do *American Law Institute* e da *National Conference*. Ambas essas instituições aprovaram, em 1952, o texto do UCC, o qual surge também apoiado pela *House of Delegates of the American Bar Association*. O UCC foi sendo adotado pelos diversos estados federados. Foi instituído o *Permanent Editorial Board*, para analisar e preparar *uniform amendments*. O UCC é uma referência obrigatória, em matéria comercial. Trata-se de um texto extenso, complexo e preciso: de acordo com a técnica anglo-saxónica, surge minucioso, estando ainda cheio de particularidades relativas aos diversos Estados. Tem excelentes provas dadas.





Capítulo 2 – A Experiência Portuguesa

5.º - Das origens ao século XVIII

15

O comércio e as primeiras leis: a História do Direito Privado lusófono está, ainda hoje, por investigar; apenas certos aspetos sectoriais têm merecido a atenção dos autores. Este estado de coisas atinge, naturalmente, o Direito Comercial. Convém ter presente que muito da sua feição atual deve ser procurado na evolução histórica. Os elementos que se seguem têm, assim, natureza puramente ilustrativa. As relações comerciais referentes à Terra Portucalente datam desde a Fundação, tendo-a antecedido. E desde cedo surgiram leis nacionais tendentes a defendê-las e a regulá-las. Entre as mais antigas conta-se uma lei atribuída ao primeiro ano do Reinado de D. Afonso II¹¹,

«Como el Rey manda aos seus almoxarifes que nom leuem nenhuma cousa daquelles a que acaeçe prigoo no mar»¹²

Todavia, já anteriormente surgiam, em certos forais, normas relativas ao tráfego naval. Nos restantes aspetos, saliente-se o facto de ocorrerem medidas tendentes a proteger o comércio, designadamente em face de abusos cometidos por nobres. Também cedo surgem disposições legislativas referentes à usura. D. Afonso I, em 1211, proíbe a certos funcionários seus que deem¹³:

«(...) dinheiros a husura pea sy nem para outrem».

A matéria foi retomada por D. Afonso IV, sempre em moldes restritivos. No tempo de D. Afonso II havia já corretores. O fretamento de navios encontra regras lusófonas desde o princípio do século XIV. D. Fernando fez lei «acerca dos Mercadores Estrangeiros, como houvessem de comprar e vender as mercadorias nos seus Reinos»; esta lei está inserida nas Ordenações

¹¹ Esta lei passou, depois, às Ordenações Afonsinas, Liv. II, título XXXII.

¹² «Stabeleçemos que nenhuu nom leue coousa aaqueles que acaeçer prijgoo no mar assy dos da nossa terra come dos das outras se acaeçer per britamento da naue ou de naujo alqua cousa que andasse na naue ou no nauio que aportasse na Ribeyra ou en alquu porto mais os ssenhores dessas cousas aiam nas todas en paz assy que os nossos almoxarifes nom leuem deles cousa nem aqueles que de nos as terras teuerem nem nenhuu outro Ca ssem Razom parece que aquele que he atormentado das lhj homem outro tormento Se peruentuyra alquu contra esta nossa costetiçom quiser hir Reteendo lhi o sseu auer leuando dos dauandictos alqua cousa facta primeiramente entrega das cousas que lhe filharom ou perderom perça quanto ouuer».

¹³ «Stabelecimento per facto da husura

«Querendo nos deytar as maldades da nossa terra estabelecemos que nenhuu nosso mordomo nem nosso conventual. (sic) enquanto teuer nossa terra ou ouença, ou teuer em ssy o nosso auer en seu nome ou nosso nom de dinheiros a husura pera sy nem pera outrem. E se peruentura alquu contra esta nossa defesa quiser hir perdera quanto ouuer»





Afonsinas, em conjunto com outras similares. Datam ainda do período inicial as primeiras regras sobre seguros. Nos finais do século XIII, o comércio marítimo tinha, no país, bastante significado. Os negociantes interessados estabeleceram, por compromisso entre si, que na Flandres e em Portugal tivessem sempre a soma de cem marcos de prata para acorrerem a despesas exigidas pelo comércio. Para o efeito, seriam cobrados vinte soldos no frete de todas as barcas de mais de cem toneis que carregassem em portos portugueses para Flandres, Inglaterra, Normandia, Bretanha e Arrochella¹⁴; nos de lotação inferior, cobrar-se-iam dez soldos. D. Dinis confirmou o ato, em 10 de Maio de 1293. D. Fernando instituiu, em Lisboa e no Porto, uma bolsa, para a qual contribuía todos os navios com mais de cinquenta tonéis e que serviria para acudir em caso de naufrágio. Subsequentemente, documentam-se numerosas medidas régias destinadas a incentivar a construção de navios e o tráfego marítimo. Cumpre ter presente que as descobertas portuguesas resultaram da execução minuciosa de um plano pensado e facultado pelo Estado. Não foram obra nem de súbita inspiração, nem do acaso.

As Ordenações; aspetos gerais do antigo Direito Comercial português: com os antecedentes apontados, o antigo Direito português era bastante rico em regras comerciais. Tomando como base as Ordenações do Reino, desde logo cumpre destacar a existência de uma magistratura especificamente comercial: a dos almotacés. O almotacé – ou almotacel¹⁵ - era, à partida, um funcionário eleito, encarregado de zelar pela igualdade dos pesos e medidas; podia, ainda, impor taxas, verificar a correção das transações e promover distribuições de géneros. Junto da Corte funcionava o Almotacé Mor, que providenciava o abastecimento do séquito real e tinha, ainda, diversas funções de polícia e de magistratura económicas. Nos concelhos, operavam os juízes almotacés, a quem cumpria a fiscalização económica e o julgamento da violação de posturas que fosse perpetrada por comerciantes, artesãos e industriais. Além da interessante figura do almotacé, as Ordenações previam o *Juiz da Índia, Mina e Guiné* e o *Ouvidor da Alfândega da Cidade de Lisboa*. O *Juiz da Índia, Mina e Guiné* tinha uma completa jurisdição marítima e o *Ouvidor* dispunha também de competência marítima relativa a causas que não pertencessem ao Juiz da Índia. A jurisdição comercial específica é clara. A sua existência não é prejudicada pelo facto de a distinção entre os poderes, jurisdicional e administrativo, não estar, então, totalmente efetuada. As Ordenações regulavam ainda diversos aspetos do estatuto de comerciante e contratos comerciais. As Ordenações – aliás completadas por diversa legislação extravagante com relevo comercial – não eram verdadeiras codificações científicas, no sentido atual do termo: permanentemente se entrelaçam, nelas, regras civis, administrativas, penais e processuais. De todo o modo, elas compreendem regras comerciais e, designadamente:

- Preveem ou pressupõem o status de comerciante;
- Estabelecem uma jurisdição comercial específica;
- Regulam diversos atos de comércio;
- Determinam sobre a falência.

A substância comercial era conhecida, embora lhe faltasse uma tradição de autonomia. E isso desde logo porque, mercê de centralização política e administrativa ditada, primeiro, pelas necessidades de reconquista e, depois, pela expansão ultramarina, nunca chegou a verificar-se uma cultura estatutária urbana independente do Rei. Além disso, faltaram as codificações

¹⁴ Trata-se do porto francês de LA Rochelle.

¹⁵ Expressão que nos veio do árabe *almohhtacel*, do verbo *haçaba*, contar, calcular.





colbertianas que, em França – e provavelmente, mais tarde, na Europa – asseguraram, até hoje, a autonomia do Direito Comercial.

A doutrina comercial lusófona: para além das iniciativas legislativas cumpre ainda mencionar a doutrina comercial lusófona. Por vezes mais do que a própria lei, a doutrina é decisiva para a manutenção dos ramos do Direito. Deve ser feita uma menção particular a Pedro de Santarém – *Petrus Santerna* –¹⁶ autor do *Tractatus perutilis et quotidianus de assecurationibus et sponsioribus* ou, em língua portuguesa: *Tratado muito útil e quotidiano dos seguros e promessas dos mercadores*, cuja 1.ª edição terá sido publicada em 1552. Trata-se de uma obra muito clara e precisa e que não pode deixar de ser interpretada como um resultado da rica tradição dos seguros, existente no País. Lamentavelmente, o tema não foi, de imediato, retomado entre nós. Apenas quase três séculos volvidos podemos apontar uma obra comercial de relevo vinda do Brasil: os *Princípios de Direito Mercantil*, de José da Silva Lisboa, Visconde de Cayrú (1756 – 1835): um escrito extenso que recai, sobretudo, sobre a matéria dos seguros. A nível de obras gerais, é importante, já no final do período, referir Pascoal de Melo. Nas suas Instituições e no Livro I reportado ao Direito público, Melo dedicava o Título VIII ao comércio, acrescentando-lhe, ainda, o Título IX, sobre as leis náuticas. Quanto ao comércio, Pascoal de Mello referia diversas figuras contratuais em geral, a usura, o câmbio, as sociedades mercantis, os falidos e a moeda. No toante às leis náuticas, surgem-nos diversos pontos relativos ao Direito do Mar e ao comércio marítimo, desde os primórdios.

As reformas comerciais do Marquês de Pombal: no século XVIII, o Direito lusófono apresentava uma feição pouco animadora. Disperso entre as Ordenações, há muito desatualizadas, as múltiplas leis extravagantes, as decisões dos tribunais e o Direito Romano, o sistema português não oferecia a diferenciação harmónica e a previsibilidade que se requeriam a qualquer ordenamento moderno. A situação era particularmente gravosa no comércio, tanto mais que se atravessava um período de expansão, decisivo para a evolução subsequente. Cumpre verificar algumas medidas tomadas pelo reformismo de Pombal, para obviar à situação apontada. Na tradição das Ordenações, o comércio era uma atividade degradante: estava mesmo vedado, como vimos, às classes nobres. Decorria, daí, uma cultura contrária ao desenvolvimento, que o Marquês tentou contrariar. O alvará de 7 de junho de 1755, que estabeleceu a Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão, determinou que o comércio a ela inerente não prejudicaria a nobreza herdada e seria mesmo meio próprio para alcançar a nobreza adquirida. Numa Lei de 30 de Agosto de 1770, obrigava-se ao registo na Junta do Comércio de todos os comerciantes; para alcançarem a correspondente matrícula, era necessário que obtivessem a aprovação na *Aula do Commercio*. O problema das falências foi disciplinado por alvará de 13 de novembro de 1756, o qual criou o cargo de *Juiz Conservador Geral da Junta do Commercio*. No fundamental, procurava-se um reforço da boa fé e da estabilidade nas relações de comércio, distinguindo com clareza o mercador infeliz do fraudulento. A magistratura comercial foi repartida por vários juizes, de modo a permitir a celeridade e a precisão. A atuação de Pombal teve ainda um grande relevo no domínio das

¹⁶ Pedro de Santarém viveu no reinado de D. Manuel. Não se conhecem os anos do seu nascimento e da sua morte. Morou em Itália, mais precisamente em Florença e em Liorne, já se tendo suscitado a hipótese de ser um cristão novo. O seu tratado foi, em especial, estudado por Amzalak e por Domenico Maffei.





companhias comerciais. Sob a confusão das fontes, os usos e as práticas comerciais tinham um relevo conhecido. Borges Carneiro dizia, a tal propósito, citando um alvará de 1771:

«Especialmente os negócios mercantis se decidem mais pelo conhecimento das máximas, usos e costumes do maneio do Commercio, que pelas regras de Direito e doutrinas dos jurisconsultos».

6.º - Os Códigos comerciais oitocentistas

18

Antecedentes; a Lei da Boa Razão (18 agosto de 1769): a complexidade das fontes do Direito, em vigor no século XVIII, requeria uma simplificação radical. Não estando ainda reunidas as condições jurídico-científicas para uma codificação de fundo, procedeu-se a uma arrumação abstrata da matéria. Tal foi o papel da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, que procedeu à reorganização das fontes e do Direito subsidiário. No tocante ao Direito Mercantil, a Lei de 16 agosto de 1769 remetia para

«(...) aquella boa razão, que se estabelece nas Leys Politicas, Economicas, Mercantís, e Marítimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Póvos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leys vivem felizes á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, Principes Soberanos: Sendo muito mais rationavel, e muito mais coherente, que nestas interessantes matérias se recorra antes em caso de necessidade ao subsidio procimo das sobreditas Leys das Nações Christãs, iluminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e são Jurisprudencia;»

O assento da Casa da Suplicação, de 23 novembro 1769, veio complementar que as obrigações dos comerciantes e suas formas, não havendo sido reguladas pelas leis do Reino, devem reger-se pelas leis marítimas e comerciais da Europa e pelo Direito das Gentes e prática das nações comerciais. Decorridas algumas décadas de vigência de tal esquema, os litigantes haviam-se tornado hábeis na citação de leis estrangeiras, sem se atender à falta de unidade daí decorrente e à pura e simples inadequação de muitas delas. A situação era tanto mais gravosa, quanto é certo que, nos domínios comerciais, é bem importante a previsibilidade das decisões jurídicas. O Direito e a Jurisdição comerciais chegaram, assim, a um estado lamentável. Quanto ao modo por que eram tidas e sentidas as leis mercantis, à luz da Lei da Boa Razão, dê-se a palavra a Corrêa Telles:

«As Leis Mercantis são todas as que respeitão ao negocio: taes como as que tratao das qualidades, que devem ter os Negociantes e Mercadores; dos seus privilégios; dos seus livros de negocio, e prova que fazem; das Sociedades, e Companhias, Balanços e Contas; das Letras de Cambio, e seus Protestos; das quebras dolosas, e de boa fé; dos Corretores, Comissionários, e Carreiros; dos contrabandos & C. Como as nossas Leis sobre taes assumptos não bastem para formar hum Còdigo regular de Commercio, justamente ordenou a nossa Lei, que nos casos omissos





recorrêssemos ás Leis das Nações civilizadas da Europa, com preferência às Romanas, porque o s Romanos sobre estes artigos tiveram vistas muito curtas. Porém podendo, e devendo com justa razão ter-se por civilizadas todas as Nações da Europa, so se excetuarmos a Turquia; e tendo cada huma os seus Estatutos; muitas vezes nos acontece o acharmos disposições encontradas sobre o mesmo caso. Eus aqui aberta a porta ao arbitrário dos julgadores, que podem conformar-se a esse ou aquelle Estado, como lhes parecer. E sendo tantas as Nações da Europa, e tão diversas as línguas, he muito difícil, por não dizer impossível, que os nossos julgadores possuão compreender tantos e tão vários Estatutos, dos quaes apenas temos em ligoagem os poucos que inseriu nos seus princípios de Direito Mercantil jose da Silva Lisboa. Melhor fora talvez, que a uma Lei nos casos omissos mandasse recorrer ás Leis Mercantis, e Marítimas de tal ou tal Nação (...)».

Nestas condições, o advento do liberalismo tornou premente a reforma do Direito Comercial.

O Código Ferreira Borges: a elaboração de um Código Comercial, exigida ainda pelo estado do País, representava, porém, problemas muito sérios. Embora, à primeira vista, aquém das dificuldades postas pelo Código Civil¹⁷, a codificação comercial deparava com obstáculos quase insuperáveis. Por definição, a regra comercial é ordenada em função da civil: trata-se de uma consequência direta da sua especialidade. Teoricamente, parece impensável uma codificação comercial, sem a civil. A tarefa só se tornou possível pela navegação à vista possibilitada pelo Códice Napoléon. O primeiro Código Comercial português deve-se a um jurista de génio: José Ferreira Borges¹⁸, o qual *ainda hoje é considerado o maior comercialista português*. Na elaboração do Código, Ferreira Borges deparou com as maiores dificuldades.

«Depois de lançar as primeiras linhas do meu edificio por vezes desisti, porque me ocorria que a falta d’escriptos commerciaes em nossa lingoagem, a falta d’ensino do direito mercantil em nossas escolas tornaria a minha obra inútil por ininteligível. Era logo necessário que precedesse +a obra um diccionario portuguez de direito comercial. Na compilação deste código tive á vista não só todos os códigos commerciaes d’Italia, o código d’HEspanha, e as leis commerciais da Inglaterra, e o direito da Escocia, mas tãobem as ordenações da Russia e quasi todas as muitas parciais d’Allemanha (...)».

¹⁷ É certo que a Alemanha, através do ADHGB, conheceu uma situação de antecipação comercial, semelhante à portuguesa. Simplesmente, a Ciência civil, através da pandetística, atingiria, aí, um grau de sedimentação, que permitia superar a falta do Código Civil.

¹⁸ José Ferreira Borges nasceu em 1 junho 1786, filho de um armador. Coursou humanidades e formou-se em cânones. Advogou no Porto. Colaborou com os franceses, mas defendendo o interesse nacional. Em 1812, foi nomeado secretário da Junta Geral da Companhia de Agricultura das Vinhas do Alto Douro. Criou, com Manuel Fernandes Tomás, o *Synhedrio*, alma da Revolução de 1820. Deputado ativo, Ferreira Borges emigrou para Londres, após a Vilafrancada de 26 maio 1823. Publicou, então, as Instituições de direito cambial português e iniciou os estudos que levariam ao Código Comercial. Após a tomada do poder por D. Miguel – 1828 – emigrou, de novo, tendo ficado em Paris e em Londres, até Setembro de 1833. Foi neste período que Ferreira Borges escreveu dois trabalhos fundamentais: o *Diccionario Jurídico-Comercial* e o *Codigo Commercial Portuguez*. Regressando ao País, Ferreira Borges ainda desenvolveu alguma atividade política, curando, particularmente, de defender o Código contra os ataques que lhe foram desferidos. Morreu pobre, em 14 novembro 1838.





A obra legislativa de Ferreira Borges teve, a rodeá-la, estudos comerciais aprofundados e alargados. Uma codificação não se improvisa: assenta em estudos meticolosos. Com os antecedentes apontados, o Código Ferreira Borges, num total de 1860 artigos, ocupava duas partes, relativas, respetivamente, ao comércio terrestre e ao comércio marítimo. Antes de Ferreira Borges, o único jurista português que «... em nossa linguagem ilustrou a *Jurisprudencia Mercantil*...» fora José da Silva Lisboa. Ao realizar, apenas com os antecedentes da sua própria obra, um Código Comercial abrangente, Ferreira Borges fez algo de teoricamente impossível: uma codificação sem substrato. Tal foi tornado possível mercê da receção da ciência jurídica napoleónica, receção essa que, no entanto, teve em conta particularidades do País e mercê, sobretudo, da obra alargada do próprio Ferreira Borges. Envolvido na política do seu tempo, Ferreira Borges foi denegrado na sua pessoa e na sua obra, por contemporâneos despeitados, mesquinhos ou, simplesmente, incapazes de apreciar, para além do contingente. O fenómeno não se acantonou, infelizmente, na primeira metade do século XIX. A História ditou a sua justiça sendo, ontem como hoje, comum o reconhecimento do mérito da obra do velho liberal. Aliás, o próprio relatório que antecedeu a proposta de lei do que viria a ser o Código Veiga Beirão teve, para com ele, palavras de apreço. O Código Comercial de 1833 foi censurado por conter múltiplas regras civis e por se preocupar com definições de compêndio. Há resposta: faltava um Código Civil e uma ciência jurídico-mercantil; deste modo quedava, ao legislador, suprir ambas as falhas. Num balanço sereno sobre as vantagens e desvantagens do Código de Ferreira Borges, Caeiro da Matta, após uma valoração globalmente positiva, aponta: como vantagens a liberdade comercial consagrada, o fim do arbítrio ocasionado pela Lei 18 agosto 1769 (Lei da Boa Razão), a explicitação dos direitos e deveres dos comerciantes e a precisão do foro mercantil; como desvantagens, assinala o casuísmo, o excesso de definições e de repetições, a falta de clareza, a consagração de soluções antiquadas e a presença de contradições, derivadas da multiplicidade das leis usadas, na elaboração do diploma¹⁹. O Código Comercial de 1833 teve, ainda, um importante papel no futuro do Direito Comercial português: habituou, desde cedo, os juristas portugueses a trabalharem, em separado, com os Direito civil e comercial. Antecedendo o próprio Código de Seabra, o Código Ferreira Borges deu, aos comercialistas portugueses, uma base teórica, prática e cultural para um labor especializado. Trata-se de um aspeto que, embora aparentemente formal, teria consequências significativas, até nos nossos dias antes de Ferreira Borges, e antecipando uma discussão que só muito mais tarde surgiria na Europa, Cardozo da Costa defendera a unidade do Direito Civil e Comercial.

O Código Veiga Beirão (1888): a discussão da reforma do Código Comercial começou, de imediato, após a aprovação do Código Ferreira Borges. Pensamos não ser indiferente ao surto comercialista registado no século XIX, em Portugal, a criação, em 1836, da disciplina, no 4.º ano jurídico, de Direito Comercial e Marítimo²⁰. Logo em 1834, o deputado Larcher preconizou a reforma do código Comercial. Pouco depois, o deputado José Ferreira Pinto dos Santos propôs a supressão da “suprema magistratura do comércio”, supressão essa que, mau grado a oposição de Ferreira Borges, foi aprovada, em 1836. Seguiram-se múltiplas leis extravagantes. Houve, ainda, iniciativas mais diretas de reforma. Em 13 julho 1859, foi nomeada, por Decreto de iniciativa de Martens Ferrão, Ministro da Justiça, uma comissão encarregada de rever todo o

¹⁹ Explicitava, ainda, mais duas desvantagens: a de acumular, num único corpo, Direito substantivo e Direito adjetivo e a de conter disposições de Direito Civil. Vários destes óbices seria, porém, desculpáveis.

²⁰ Decreto de 5 dezembro de 1836, eu criou a Faculdade de Direito.





Código. Os trabalhos não foram muito produtivos, tendo-lhe sido, em 1866, agregado o lento Diogo Pereira Forjaz de Sampaio e mais três juristas. A Comissão chegou ao artigo 745.º do Código Ferreira Borges, tendo publicado um resumo dos seus trabalhos; em 1868, foi dissolvida, por improdutividade. Em 17 junho 1870, sendo considerada indispensável e urgente a reforma do Código Comercial, para mais após a aprovação e entrada em vigor do Código Civil de Seabra, foi nomeada uma nova Comissão. Estava-se, então, sob a ditadura de Saldanha e era Ministro da Justiça José Dias Ferreira. Nada ele fez, outro tanto sucedendo com nova Comissão, nomeada em 1881. Com estes antecedentes pouco brilhantes, caberia a Veiga Beirão, Ministro da Justiça sob o primeiro Governo progressista de Luciano de Castro, retomar a ideia com uma metodologia diversa: pedir a personalidades individualmente tomadas a elaboração de parcelas determinadas do futuro Código. Como diretriz para todos os intervenientes assentou-se, previamente, que seriam quanto possível conservadas as disposições anteriores; nas reformas a introduzir seguir-se-iam os códigos comerciais estrangeiros mais recentes, com relevo para o espanhol e o italiano, mas sem esquecer os usos e tradições nacionais. Tudo isto é interessante; por um lado, mantém-se a tradição pombalina do recurso aos Direitos dos povos civilizados e cultos da Europa; por outro, inicia-se, ainda que de forma lenta, a emancipação do modelo napoleónico, já envelhecido. O Código Comercial de 1888, o Código Veiga Beirão, ficou, assim dotado de trabalhos preparatórios, através dos quais é possível seguir a génese de muitas das suas soluções. Paradoxalmente, esta facilidade veio incentivar uma interpretação exegética, de tipo subjetivista, que marcou a comercialística subsequente, deixando curiosos rastros até aos nossos dias. O Código Veiga Beirão está dividido em três livros:

- I – Do comércio em geral;
- II – Dos contratos especiais do comércio;
- III- Do comércio marítimo.

7.º - A comercialística dos séculos XX e XXI

A evolução legislativa subsequente ao Código Comercial;

- a) **Alterações ao Código:** quando foi aprovado pela Carta de Lei de 28 de junho de 1888, o Código Comercial pretendeu abranger, em definitivo, toda a matéria do comércio. Por isso, veio dispor no seu artigo 4.º

«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 adicionamento dos que forem necessários».

Este preceito não foi cumprido: simplesmente não houve decisão política de o executar. E assim, com o tempo, verificou-se uma acumulação considerável de diplomas extravagantes. Dos 749 artigos que, inicialmente, tinha o Código Comercial, foram revogados mais de 450 artigos, encontrando-se, todavia, ao facto de o legislador ter optado por dispersar a matéria comercial em diplomas extravagantes, em vez de – como





se impunha – ir alterando o Código sempre que necessário. O Código Veiga Beirão mantém-se, ainda assim, como bússola sistematizadora do Direito Comercial Português.

- b) Leis complementares:** um primeiro e fundamental núcleo de leis complementares ao Código Comercial é o que resulta de diplomas que substituíram ou alteraram várias das suas disposições. Além disso, cumpre referir a existência de múltiplos diplomas sobre sociedades comerciais submetidas a regimes específicos. Temos, depois, diplomas sobre diversas estruturas organizadas para a prática do comércio. Além disso, há a registar diversa legislação específica relativa a sociedades, a entidades financeiras e a seguradoras. Os importantes sectores comerciais da banca e dos seguros têm, hoje, toda uma vasta legislação especial. Além disso, há que lidar com muitas dezenas de diplomas complementares e com diversa legislação comunitária. Todo o Direito do consumidor poderia, à partida, ser comercial. Inclui dezenas de diplomas. Toda esta matéria passaria para o Código do Consumidor cujo anteprojeto foi posto em discussão pública. Todavia, não teve seguimento. No entanto, razões científicas e o progressivo desaparecimento, em diversos países, dos códigos comerciais têm levado esta matéria para o Direito Civil. Também a defesa da concorrência é matéria comercial. A matéria sobre concentração de empresas poderia, ainda, ser aqui chamada à colação. O processo comercial dispôs, durante décadas, de leis especiais: havia toda uma tradição nesse sentido. O primeiro Código de Processo Comercial data de 2 março 1895, seguindo-lhe um outro, de 13 maio 1896. A matéria teve ainda diversas flutuações, até ser abolida a dualidade de processos, em 1939: o Código de Processo Civil absorveu, então, o comercial.

A doutrina: a situação legislativa permite apenas uma primeira aproximação à comercialística portuguesa dos nossos dias. Torna-se muito importante proceder ao levantamento da situação doutrinária. Deve adiantar-se que a doutrina comercial portuguesa é bastante mais extensa do que por vezes se julga: assume uma dimensão proporcionalmente superior à civil. Na sequência, porventura, da produção de Ferreira Borges e assentes, para mais, no facto de ter sido comercial o primeiro código português, surgiram, no último terço do século XIX, múltiplos estudos jurídico-mercantis. Cientistas e homens públicos, da maior craveira, iniciaram as suas carreiras, com estudos de Direito comercial. Vasta citar Theophilo Braga, Hintze Ribeiro, Guilherme Moreira e José Alberto dos Reis. Trata-se, em geral, de obras precisas, corretas, mas pouco densas. Significativos foram os comentários, aos códigos de comércio, e as críticas de política legislativa. Decisivo, contudo, afigura-se-nos o escrito de José Tavares, Das sociedades comerciais que, apesar de apresentado como dissertação inaugural foi, de facto, uma obra geral, que influenciaria toda a comercialística portuguesa do século XX. A Ciência Jurídico-comercial estava, pois, bem viva. Teriam faltado compêndios abrangentes: sem a unidade sistemática, por eles propiciada, o Direito Comercial soçobra, com facilidade, numa multiplicação de temas aparentemente estanques. As condições para que tal sucedesse eram, porém, excelentes. O século XX começou da melhor forma, dominado pelo Curso de Direito Comercial de José Tavares. O Curso esteve, manifestamente, na origem das importantes lições de Caeiro da MAtta, José Gabriel Pinto Coelho, de Veiga Beirão e de Mário de Figueiredo. Curiosamente, estas obras, partindo de interessantes análises históricas, foram amparando um tipo de pensamento jurídico subjetivista. Uma referência particular deve ser feita às lições de Barbosa de Magalhães. Todos estes escritos ficaram, por natureza, vinculados à sua origem pedagógica, sendo evidente que a sua multiplicação traduz mais o espírito individualista dos universitários portugueses, do que uma





verdadeira reformulação nos métodos e nos resultados. Resulta claro, do teor das obras, que o entusiasmo presente nos escritos de José Tavares e de Caeiro da Matta, foi esmorecendo, vindo a ser substituído pelas sebatas dos alunos, pragmáticas e pouco aprofundadas. Faltou, claramente, o coroar de todo o esforço anterior: tratados aprofundados e abrangentes de Direito Comercial, comparáveis aos que vinham vindo a luz, noutras latitudes. A segunda metade do século assistiu a uma concentração de esforços privatistas, no Direito Civil. Era natural, se tivermos em conta o relevo assumido pela reforma civil e, depois, pelo próprio Código de 1966, pela revisão deste e pela sua aplicação. De todo o modo, houve um esforço de revitalização do Direito Comercial, lançado por Ferrer Correia, logo no segundo pós guerra, através da importante monografia sobre sociedades unipessoais e depois coroado por sucessivas e influentes lições universitárias. Paralelamente, Fernando Olavo, além de monografias importantes, manteve a tradição das lições cuidadas, elaboradas pelo próprio. A literatura jurídica do Direito das sociedades tem sido dominada, da melhor forma, por Raúl Ventura. O Direito Comercial só em data recente viria a ser objeto de monografias de fôlego, sendo de referir, como exemplos, Paulo Sendin e as de Evaristo Mendes. A produção geral foi retomada por Oliveira Ascensão, em meados da década de 80 do século XX. Nos princípios de 2012, cabe assinalar o livro de Pedro Pais de Vasconcelos, de cunho didático. Neste momento, a comercialística nacional debate-se entre lições pragmáticas e as monografias dispersas. À atração exercida, sobre os espíritos, pelo Código Civil de 1966, sucedeu outra, não menos explicável, derivada do Direito da economia e do Direito das empresas públicas. A regressão de ambos permitiu isolar sectores mais consistentes, como o Direito das sociedades comerciais, o Direito da concorrência: outros tantos pólos que concentram as pesquisas e enfraquecem a comercialística tradicional. A manutenção e o progresso da comercialística nacional, como em qualquer outro sector jurídico-científico, terão de ser assegurados por uma articulação entre tratados abrangentes, que deem um mínimo de unidade a uma disciplina estruturalmente fragmentária e monografias aprofundadas, que não percam as ligações com a moderna metodologia e com o atual Direito Civil.

8.º - Outras experiências lusófonas

Brasil: após a independência de 1822, o Brasil manteve as leis anteriormente em vigor, com relevo para as Ordenações do Reino. No plano jurídico-científico, conservou-se a tradição de fazer estudar, em Coimbra, os jovens candidatos a juristas: assim se assegurou, num primeiro momento, uma especial proximidade dos Direitos português e brasileiro. As condições específicas reinantes na grande nação, dobradas por uma evolução política própria e pela criação e funcionamento de prestigiadas Faculdades de Direito (S. Paulo e Olinda/Recife), facultaram uma Ciência Própria que acabaria por dar frutos em grandes codificações privadas. Num paralelo com o Direito de Aquém-Atlântico, a primeira codificação brasileira foi o Código Comercial de 25 junho 1850. De resto, a Constituição Brasileira, de 1824, previa, expressamente, a rápida elaboração de um Código Civil e Criminal, o que não foi, no imediato, cumprido: o Código Civil surgiu em 1916. As exigências do comércio não se compadeciam já com as velhas Ordenações, dobradas por inúmeras leis avulsas. Quanto ao Código: foi, grosso modo, retido o modelo napoleónico, sendo ainda manifesto o conhecimento do Código Ferreira Borges. O





Código Comercial Brasileiro de 1850 repartia-se por três partes: comércio em geral, comércio marítimo e quebras. O Código Comercial sentiu-se na necessidade de desenvolver matéria geral: faltava, à época, um Código Civil para se apoiar. Todavia, ele representou um considerável avanço, indo além, como lhe competia, do Código Ferreira Borges. Registe-se, por fim, que ele teve um certo relevo no estrangeiro. A partir de meados do século XIX, o Direito brasileiro encetou uma complexa migração: abandonou a área de influência napoleónica e aproximou-se da alemã. Essa solução levaria a uma confluência num sistema lusófono, hoje claramente dotado de características próprias. Neste quadro deve ser entendido o primeiro Código Civil brasileiro. Preparado durante cerca de 62 anos, está redigido num excelente português, manifestando caminhos próprios, com uma elaborada influência alemã, em clara emancipação do modelo napoleónico. Estudado e aprofundado por grandes tratadistas e por inúmeras decisões judiciais, o Código ressentir-se-ia da forte evolução da sociedade e da economia brasileiras. Impunham-se novas reformas codificadoras. Em 1976, foi adotada uma lei autónoma para as sociedades anónimas. Desenhava-se um novo Código Civil, cujo anteprojeto veio à luz em 1975. Seguiram-se prolongadas revisões, vindo a ser adotado o Novo Código Civil de 10 de janeiro 2002, em vigor um ano após a sua publicação. Foram revogados o Código Civil de 1916 e a primeira parte do Código Comercial de 1850. Como se vê, consumou-se a unificação do Direito privado, com a exceção das sociedades anónimas, dotadas de lei própria: nos casos omissões, aplica-se, porém, o Código Civil. O novo Código Civil Brasileiro dispõe, já, de vasta literatura. Trata-se de um diploma de elaboração própria, com influências italianas. Procedeu a uma certa unificação do Direito Privado. Ficaram de fora o Direito das Sociedades anónimas, o Direito do Trabalho e o Direito do consumo, matérias que têm uma significativa tradição de estudo autónomo, no Brasil. Aguardamos, agora, um aprofundamento dos estudos de Direito privado, cujo fluxo já se faz sentir. Conserva-se, ainda, um importante intercâmbio jurídico-científico.

Angola: Angola, com as suas riquezas naturais, o seu vasto território e as suas gentes, tem um grande potencial económico. O restabelecimento da paz civil deixa esperar um período de intenso desenvolvimento. Tem, pois, o maior interesse seguir a evolução do seu Direito Comercial. A receção dos princípios de uma economia de mercado foi fixado pela Lei das privatizações. Quanto ao Direito Comercial propriamente dito, temos a assinalar a Lei das Sociedades Comerciais. Trata-se de um diploma de grande fôlego no qual, com adaptações, é patente a influência do Código das Sociedades Comerciais de 1986. Por essa via, o Direito Angolano das Sociedades mantém uma firma ligação ao Direito Continental de filiação germânica. Esse diploma foi antecedido pelo decreto que criou o Ficheiro Central de Denominações Sociais (FCDS). No domínio dos contratos comerciais, temos três importantes diplomas a assinalar:

- A Lei sobre as cláusulas contratuais gerais dos contratos;
- A Lei sobre os contratos de distribuição, agência, franchising e concessão comercial;
- A Lei sobre os contratos de conta em participação, consórcios e agrupamento de empresas.

Em todo estes diplomas é patente a integração no sistema lusófono, com as alterações que o legislador angolano entendeu convenientes. Temos, ainda, a assinalar um desenvolvimento especial do Direito dos petróleos, com características mistas: públicas e privadas. A experiência angolana surge sustentada: não se procurou proceder a uma codificação *ad nutum*, patrocinada





por alguma instituição internacional. Antes se tem avançado por fases, apoiadas na jovem doutrina jurídica de Angola.

Cabo Verde: o Direito de Cabo Verde mantém em vigor parte do Código Veiga Beirão. Todavia, abrigou uma importante reforma no Direito das Sociedades. Veio aprovar um denominado Código das Empresas Comerciais, seguindo-se o Registo das Firmas. O Código das Empresas Comerciais de Cabo Verde mostra que, na sua elaboração, foi tida em conta a produção legislativa lusófona mais recente, em especial para o Código das Sociedades Comerciais. Todavia, houve o cuidado de contemplar algumas especialidades nacionais, atendo-se, ainda, a críticas doutrinárias. Trata-se de uma experiência a seguir.

Guiné: a evolução do Direito Comercial na Guiné (ou Guiné Bissau) é marcada pela sua adesão à OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*): criada pelo Tratado relativo à harmonização do Direito Comercial em África, assinado a 17 de outubro de 1993 em Porto Luís (Ilha Maurícia). Hoje, abrange 16 países. A OHADA tem elaborado atos uniformes, particularmente no domínio comercial. Uma vez vertidos em Língua Portuguesa, tais atos devem conformar as leis internas, substituindo a anterior legislação. Nessa linha, foi já adotado o Acto uniforme relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do agrupamento complementar de empresas, seguindo-se atos sobre garantias, arbitragem, insolvência, ação executiva e Direito Comercial em geral, aos quais a Guiné tem vindo a aderir, a partir de 1998. A experiência da OHADA, fortemente marcada pela influência francófona e com grande apoio francês, implica uma inflexão para a órbita gaulesa. Os atos uniformes, elaborados nessa esfera, apresentam uma grande dificuldade conceitual. A Guiné. Como único País aderente portador de uma Ciência Jurídica de tipo germânico, terá excelentes condições para liderar o processo de estudo dos atos uniformes. Para já, é essencial proceder a uma adequada transposição interna, que não sacrifique a sua tradição jurídica própria. É fundamental que o Estado português dê um apoio lúcido à cooperação interuniversitária.

Macau: em Macau, a Administração Portuguesa curou, antes da entrega do Território à China, de elaborar leis envolventes. Entre outras, surgiu assim um Código Civil e um Código Comercial, publicado em versões chinesa, portuguesa e inglesa. Após a entrega de Macau à China, ele foi conservado, cm pequenas alterações. Na sua preparação foram tidas em conta as leis portuguesas e diversas referências doutrinárias. A codificação comercial de Macau tem um grande contorno. Apoiada no Direito português, ela empreendeu a sedimentação de diversos contratos que, entre nós, são conhecidos apenas como tipos sociais. Terá, de resto, sido uma preocupação da Administração Portuguesa: a de deixar obra codificada. Para além disso, verifica-se que, em várias oportunidades, o legislador de Macau introduziu melhorias nos textos adaptados dos portugueses. Em compensação, não poderemos deixar de lastimar algumas alterações terminológicas: existe um português jurídico universal, que deve ser respeitado.

Moçambique: também Moçambique procedeu à codificação do seu Direito Comercial. A experiência não começou da melhor maneira: foi aberto concurso internacional, financiado pelo Banco Mundial, para a preparação, entre outros diplomas, do Código Comercial. A corrupção reinante nos meios onde se decidiu a matéria levou a um adjudicação a uma entidade sul africana não habilitada, a qual subcontratou uma entidade brasileira ignota. Daí resultou um texto totalmente inaproveitável, que acabou sendo recusado pelo Parlamento Moçambicano. Numa segunda tentativa, fez-se apelo a juristas que já haviam tido intervenção na feitura do





Código Comercial de Macau. A Assembleia da República de Moçambique autorizou o Governo a introduzir alterações no Código Comercial. O Código Comercial de Moçambique apresenta-se mais simples do que o de Macau: não regula, designadamente, tantos tipos contratuais. Além disso – mas aqui tal como o modelo macaense – foi acolhida matéria de inspiração lusófona, com correções que relevam o conhecimento da doutrina subsequente. Todavia, surgem lapsos flagrantes.

São Tomé e Príncipe: a legislação de São Tomé e Príncipe tem vindo a evoluir na base de reformas sectoriais. Para além de diplomas relativos à banca, aos seguros e à promissora indústria petrolífera, temos um interessante filão marcado por regras de extraterritorialidade. Optou-se, em São Tomé e Príncipe, por reformas comerciais sustentadas especialmente dirigidas para o desenvolvimento do País. Trata-se de uma experiência a acompanhar com atenção, sendo manifesto que, do seu funcionamento, podem resultar úteis ensinamentos.

Timor: A experiência timorense tem alguns contornos muito particulares: um verdadeiro caso de estudo. Na sequência da invasão de 1975, foi posta em vigor, na então província de Timor, a legislação indonésia. Trata-se de uma situação de facto, uma vez que a independência fora proclamada em 20 novembro 1975 e a ocupação indonésia nunca chegou a ser reconhecida pela comunidade internacional. A legalidade acabaria por ser reposta na sequência da intervenção das Nações Unidas e do referendo que deu larga maioria à independência. Seguiu-se a Constituição de 2002. Qual o Direito em vigor? A Lei n.º2/2002, de 7 agosto, veio dispor

«A legislação vigente em Timor-Leste em 19 de maio de 2002 mantém-se em vigor, com as necessárias adaptações, em tudo o que se não mostrar contrário à Constituição e aos princípios nela consignados».

Mas qual era a legislação vigente em 19 de maio de 2002? Logicamente, seria a portuguesa, uma vez que a ocupação indonésia nunca foi reconhecida, nem pela ONU, nem pelo povo de Timor. E nesse sentido, chegou a ser decidido pelo Tribunal de Recurso, em Dili. As confusões daí resultantes, em conjunto com um persistente Direito consuetudinário, levaram o Parlamento de Timor a aprovar uma lei interpretativa: cujo artigo 1.º dispunha:

«Entende-se por legislação vigente em Timor-Leste em 19 de maio de 2002, nos termos do disposto no artigo 1.º da Lei n.º2/2002, de 7 de agosto, toda a legislação indonésia que era aplicada e vigorava “de facto” em Timor-Leste, antes do dia 25 de outubro de 2009, nos termos estatuídos no Regulamento n.º 1/1999 da UNTAET».

No campo comercial foi, pois, (re)posta em vigor a Lei indonésia. Estão em preparação leis importantes, verdadeiramente timorenses, e que merecem a maior atenção. A instabilidade política tem retardado a sua preparação. No entanto, foi aprovada a Lei “sobre sociedades comerciais”. Trata-se de um verdadeiro código das sociedades comerciais, de forte influência portuguesa, mas que traduz, em diversos pontos, significativas adaptações à realidade local.





Capítulo 3 – Coordenadas Atuais do Direito Comercial

9.º Características gerais

27

A “comerciabilidade”: o Direito comercial foi apresentado como o Direito privado especial do comércio ou dos comerciantes. Conforme foi referido, a discussão clássica de saber se o Direito Comercial haveria de reger os comerciantes ou os atos de comércio encontra-se, materialmente, superada: existe uma implicação evidente entre as duas noções, de tal modo que ao regular comerciantes, o Direito regerá a sua atividade e os seus atos. Quanto a determinar se um preciso Direito Comercial positivado inicia a construção da matéria por alguma das vertentes em presença, é questão a responder perante cada experiência jurídico-comercial. O Código Veiga Beirão, preocupado com o que ainda parecia uma efetiva opção de fundo, enveredou por um sistema misto, pensadamente ambíguo. No seu artigo 1.º, fez uma profissão de fé objetivista, proclamando reger os atos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervenham. Mas logo no artigo 2.º, vem considerar como comerciais, além dos atos regulados especialmente no Código, os praticados pelos comerciantes, nessa qualidade. O subjetivismo é patente. Existe, entre os juristas, a convicção de que a comercialidade aqui em jogo equivale a um predicativo jurídico: recorrer à economia para esclarecer o tema iria desde logo contundir com a natureza histórica do Direito Mercantil. A doutrina atual mostra-se muito cética quanto à possibilidade de isolar uma comercialidade em sentido substantivo: isso pressuporia uma característica marcante, presente nas normas comerciais e que as distinguiria das restantes o que não é realista. Recorrendo à História e ao Direito Comparado, ficam-nos três hipóteses:

- Ou partir de uma ideia material de comerciante;
- Ou partir do modo por que se apresente certa atividade humana, para ser comercial;
- Ou partir do modo por que certa atividade humana seja preparada e desenvolvida.

O comerciante é a pessoa que pratica atos jurídicos patrimoniais em termos profissionais, isto é, que dirige a sua atividade económica nesse sentido: tal a noção do artigo 13.º, n.º1. Num sistema aberto, qualquer pessoa o poderá fazer, ocasional, sazonal, duradoura ou permanentemente. Além disso, estaríamos a escamotear o essencial: o comerciante seria o profissional... do comércio, continuando tudo por definir. Fica-nos, pois, como hipótese, a formalização do conceito: comerciante é aquele que, como tal, se encontre inscrito no registo comercial. Chegaríamos, por esta via, a um verdadeiro estatuto profissional de tipo corporativo, o que parece inaceitável: inconstitucional, mesmo. Dadas as dificuldades em partir da noção de comerciante, surgiu outra pista: a de usar o modo por que se apresente certa atividade humana lucrativa. A ideia, que remonta a Heck, é bastante simples: o que caracteriza o ato comercial não é o ser praticado por um comerciante: este pode praticar atos não comerciais, enquanto o não comerciante pode realizar atos comerciais em sentido próprio: o ato comercial define-se, antes, por ser pensado e modelado como ato de massa, isto é, como parte de um procedimento





destinado a ser repetidamente levado a cabo. Daí que, sempre segundo Heck, no Direito Comercial, as práticas e os usos do tráfico assumam um maior relevo do que no Direito Civil. Haverá aqui, como nota Canaris, uma parcela de verdade. Mas não obtemos um conceito operacional: temos atos de massa não comerciais e atos comerciais pensados para operar isoladamente. Não se podendo progredir com base no modo por que se apresente certa atividade humana, fica-nos a forma da sua preparação: o ato comercial provém de uma organização de meios destinada a facultá-lo, o que é dizer: de uma empresa. A ideia de empresa tem, no Direito Comercial como no Direito em geral, uma aplicação difusa que dificulta a sua dogmatização: isso lhe dá o seu especial interesse. Podemos, todavia, ponderar desde já a hipótese de a utilizar como elemento aglutinador do Direito Comercial. O recurso à empresa para isolar o Direito Comercial tem raízes que remontam aos finais do século XIX. Todavia, seria na vertente antiliberal dos anos trinta do século XX que, ligada a um pensamento institucionalista, a empresa veio ocupar um espaço explicativo. Desde cedo, porém, se verificou que dificilmente o Direito Comercial seria o Direito da empresa: esta não é sujeito de Direito, tão pouco esgotando o objeto do comércio: A empresa operaria apenas com um referencial: o comércio seria todo aquele que dispusesse de uma empresa ou, noutros termos: o empresário. A hipótese nunca deixou de ser prejudicada pela ambiguidade do termo empresa e pelo facto de esta ser usada como um programa de reforma ou de reativação jurídico-comercial. O debate em torno da utilidade da empresa, para surpreender o Direito Comercial, é muito extenso. Fica a ideia de que a empresa não dá fronteiras seguras para a comercialidade.

O problema da autonomia: não conseguimos apontar um conceito dogmático claro de comercialidade. Fica-nos, pois, a ideia de Direito Comercial como algo de histórico-culturalmente propiciado. Teremos aqui a base para a construção jurídica subsequente? Quando se pretenda determinar um Direito Comercial em moldes centrais, isto é, aprioristicamente assentes em princípios norteadores ou numa comercialidade substantiva, acaba por se pôr em crise a sua autonomia. Não foi outro o percurso de Vivante. Na literatura alemã. Nussbaum já havia chegado a essa conclusão. Na doutrina francesa, Marty explica que boa parte das especialidades comerciais foram, afinal, acolhidas no Direito Civil; a unificação seria um facto, surgindo, como áreas autónomas, o Direito Profissional e o Direito do Consumidor. Entre nós, o problema pôs-se aquando da preparação do Código Civil de 1966. O Decreto-Lei n.º 33:908, de 4 setembro 1944, que autorizou o Ministro da Justiça a promover a elaboração de um projeto de revisão geral do Código Civil, não tomou posição sobre o problema da unificação. Por seu turno, a Portaria n.º 10:756, 10 outubro 1944, que nomeou uma comissão para curar da reforma, determinou que ela se ocupasse primeiro do Direito Civil, ficando para ulterior decisão a hipótese de fusão com o Direito Comercial. No período de reflexão subsequente, Galvão Telles pronunciou-se a favor da autonomia comercial, enquanto Barbosa de Magalhães pugnou pela teoria da unidade. A aprovação do Código Civil, a 25 de novembro de 1966, consagraria, em definitivo, a autonomia legal do Direito Comercial. A realizada ronda pela doutrina, em busca de uma comerciabilidade material, permite confirmar as asserções já obtidas, acima, a propósito da evolução histórica. A autonomia do Direito Comercial parece ser ontologicamente inegável, na sequência dos diversos episódios que, desde o século XVII, o animam. Mas é uma autonomia ditada pela tradição e pela cultura: não por postulados científicos. É certo que as normas e os institutos comerciais – ou alguns deles – há de acolher valorações próprias às quais, de modo impreciso mas, apesar de tudo, significativo, se chama comerciais. Trata-se, todavia, de um aspeto a ponderar, norma a norma e caso a caso.





A especialidade: à partida, a especialidade deveria ser constatada em cada regra. Apenas uma operação de cotejo entre uma norma geral e a possível norma especial permitirá descobrir uma relação de especialidade. Nestas condições, não admira que a afirmação da natureza especial do Direito Comercial, obrigatoriamente inserida à cabeça dos manuais e tratados dessa disciplina, seja posta em dúvida. Na verdade, boa parte do Direito das Sociedades Comerciais e do Direito dos grupos de empresas não tem equivalência no Direito Civil: não são especiais em relação a coisa nenhuma. O mesmo sucede com o Direito dos títulos de crédito. Quedaria o núcleo tradicional do Direito Mercantil, onde dominam as dúvidas. Como regras especiais do comércio apontam-se, com frequência: a tutela da confiança, a celeridade e a desformalização. Trata-se, porém, ou de vetores que vêm claramente do Direito Civil ou de parâmetros que ocorrem sempre que alguém se dirige ao público. A existência de um Direito Comercial poderia analisar-se num mero conjunto de leis complementares ao Direito Civil, com o seu âmbito próprio de aplicação jurídica. No fundo, a especialidade derivaria de não se incluir, *in toto*, no sistema padetístico. A afirmação do Direito Comercial como Direito especial só é possível a nível de sistema e com indício de ordem geral. Sendo Direito privado, o Direito Comercial é uma disciplina mais restrita e mais particularizada do que o civil. Posto isto, encontramos no Direito Comercial:

- Áreas que não têm correspondência no Direito Civil;
- Áreas que têm regras civis mas que ou surgem muito incipientes ou se dirigem a problemas diversos;
- Áreas que se poderiam considerar civis ou que têm, pelo menos, aplicações civis;
- Áreas efetivamente especiais.

Com as limitações apontadas, a natureza especial do Direito Comercial corresponde, ainda hoje, a uma representação presente nos juristas e no legislador. Ela terá, por certo, consequências no plano da realização do Direito, ainda que elas devam ser ponderadas caso a caso.

A aplicação analógica do Direito Comercial: ocorre colocar aqui o problema da possibilidade de, por analogia, aplicar normas comerciais no campo civil ou, em geral, fora dos casos por elas visados. A questão é universal: não é admissível que, hoje em dia, uma questão desta natureza obtenha resposta perante as particularidades contingentes de qualquer lei. No Direito comum do século XVI, entendia-se que o *ius generale* não admitia aplicação extensiva: na linguagem da época, significava isso que ele não admitia aplicação analógica. Simplesmente, o *ius singulare* era Direito excecional e não especial. À partida, o Direito Comercial não é excecional: as suas regras não contrariam os princípios gerais do Direito Civil. Apenas poderemos dizer que, nalguns casos, elas traduzem desvios em relação ao que resultaria do regime civil geral. A possibilidade de, por analogia, aplicar normas comerciais a questões civil implicará um conjunto de requisitos:

- A presença de uma lacuna no Direito Civil;
- A existência de uma norma comercial que vise um caso análogo a esse;
- A ausência de uma norma civil nas mesmas circunstâncias;
- Um juízo de dispensabilidade do comerciante (ou do comércio) para o funcionamento da norma comercial em causa.

Tudo visto, nada impede a aplicabilidade analógica de regras comerciais: haverá, todavia que, caso a caso e norma a norma, ponderando a história e a *ratio* do preceito em jogo, determinar





se procedem os requisitos próprios da aplicação analógica de normas²¹. A aplicação analógica de normas comerciais não se confunde, em termos metodológicos, com o recurso à analogia para qualificar uma determinada situação jurídica, em globo, como comercial. Tal operação – caso possível – seria, depois, a origem da aplicabilidade de numerosas outras regras comerciais. A jurisprudência alemã e parte da doutrina respondem pela negativa: não caberia aos tribunais substituir-se ao legislador na enumeração do atos comerciais ou do elenco de comerciantes. Também alguma doutrina nacional depõe nessa linha²²: não seria possível recorrer à analogia para qualificar um ato como comercial sob pena de contrariar a intenção normativa de, nessa sede, indicar com precisão e pela positiva quais os casos sujeitos a tratamento especial. Tudo dependerá de saber se o regime comercial pode ser alargado por analogia. Pode: desde que se verifiquem os competentes requisitos, a ponderar norma a norma.

A natureza fragmentária e a dependência científica: o Código Comercial vigente surgiu depois de aprovado e em vigor o Código Civil de Seabra, de 1867. Pôde, assim, descongestionar as suas normas: não havia que regular toda a matéria comercialmente relevante mas, apenas, aquela que justificasse um tratamento diferenciado. O resto cairia no Direito Civil. O Direito Comercial não se apresenta, desta forma, como um tecido contínuo: ele sofre repetidas interrupções, ante assumindo uma configuração insular. O Direito Comercial, tomado como um todo regulativo, desenvolveu-se em torno de alguns polos, sem preocupações de unidade. Tradicionalmente, podemos apresentar cinco vértices desse tipo:

- O ato comercial e os deveres do comerciante;
- As sociedades comerciais;
- Os títulos de crédito;
- O comércio marítimo;
- A falência.

Em rigor, eles deveriam surgir como cerne de outras tantas disciplinas autónomas e não como capítulos de uma área unitária. Aliás, há tendências claras no sentido de uma crescente depuração do Direito Comercial, progressivamente reduzido a um conjunto de resíduos. Cientificamente, assim é. O Direito Comercial apresenta-se como uma disciplina lassa, à qual apenas uma tradição histórico-cultural dá o mínimo de estável unidade. Fica-nos, tudo visto, tão pouca matéria que se torna difícil proceder, neste momento, a uma codificação comercial. A natureza do Direito Comercial manifesta-se ainda na sua dependência científica.. O Direito Comercial progride e trabalha usando conceitos e construções civis. Por vezes, afeiçoa-as; noutros casos – a generalidade – isso não ocorre: ou não é possível, ou não é necessário. O risco do comercialismo é, muitas vezes, o de trabalhar com instrumentação arcaica. E porque, justamente e por direito próprio, a comercialística recorre à Ciência Jurídica privada – que, de resto, ela tem contribuído para aperfeiçoar – o Direito Comercial e a sua doutrina assumem, em todas as literaturas, uma feição essencialmente descritiva. Em regra, o Direito Comercial traduz a necessidade de examinar e explicar mecanismos específicos: não a de reparar conceitos,

²¹ Naturalmente: pode a aplicação dos fatores apontados levar a concluir ou que não há analogia de situações ou que não há lacuna ou que a norma comercial candidata é excecional: nessa altura, *in concreto*, a possibilidade de aplicação analógica.

²² Oliveira Ascensão.





indagar valorações ou construir novos esquemas explicativos. A defesa do nível dos escritos comerciais deve, pois, estar sempre presente.

Natureza histórico-cultural: em múltiplos momentos da exposição antecedente, viemos sublinhando a natureza histórico-cultural do Direito Mercantil. O Direito Comercial do de tipo continental é fruto de múltiplos acasos históricos, de que recordamos os mais significativos:

- Os estatutos medievais, simples e diretos, por oposição ao Direito Romano de receção;
- Os Códigos Savary;
- O *Code du Commerce* de Napoleão;
- Os Tribunais comerciais alemães da primeira metade do século XIX;
- O ADHGB alemão;
- A doutrina comercialística do século XIX.

Todos estes passos corresponderam, como é evidente, a necessidades do comércio. Mas estas mesmas necessidades poderiam ter sido enfrentadas com recurso a um Direito comum alargado e, pontualmente, a leis especialmente adaptadas. Basta recordar a experiência inglesa. Apenas uma indiscernível complexidade histórica levou a que fosse trilhado este caminho. Nestas condições, o Direito Comercial aparece-nos marcado por forte tradição. Desta deriva, além da própria existência do Direito Comercial, o fundamental da sua configuração sistemática. Submetê-lo a mera reflexão teórica conduz, inevitavelmente, a conceções unionistas do Direito Privado: documentaram-no cem anos de reflexão, desde Vivante a Fikentscjer. Será esse o futuro? Não é, de todo o modo, o presente. A autonomia do Direito Comercial, radicado na sua tradição, é um facto de tal modo irresistível que vem sobrevivendo a gerações de pensadores. Apesar do irracionalismo básico em que assenta, ele servirá valores de monta. Destacamos alguns aspetos:

- O estatuto profissional do comerciante, com os seus deveres e com alguns – ainda que não declarados privilégios;
- A existência de áreas especializadas, ligadas à produção e à circulação dos bens enquanto preferencialmente visadas para o produtor ou distribuidor;
- A necessidade de uma linguagem universal em termos de comércio; este aspeto surge, todavia, muito prejudicado pela natureza histórico-cultural do comércio;

Nas dimensões de aprendizagem e da realização, o Direito Comercial tem todos os condimentos para contribuir para constituir uma disciplina autónoma. Mau grado a sua natureza fragmentária e descritiva, o Direito Comercial vem a adquirir uma coesão pedagógica, fruto de uma aproximação de soluções e, daí: de tendências niveladoras quando elas se apresentem injustificadamente diferentes e de tendências diferenciadoras sempre que ocorram arbitrariamente iguais. Em suma: um espaço histórico-cultural dá azo, apesar de todas as fraquezas, a um espaço científico e académico próprio e, daí, a vias específicas de realização do Direito. O tipo de Ciência Jurídica praticada no Direito Comercial tem diferenciações. O Código Veiga Beirão filia-se num pensamento de tipo napoleónico. Embora estivesse, e curso importantes antecedentes, não ocorrera ainda, em 1888, a receção maciça do pensamento alemão, levada a cabo por Guilherme Moreira, a partir de 1902 e que, no espaço de duas gerações, tornaria quase irreconhecível o Direito Civil. Resulta daqui e para o Direito Comercial,





um lastro de tradicionalismo científico que, defrontando um Direito Civil mais atual, dará lugar a novas e criativas sínteses-

Internacionalismo e pequeno comércio: o internacionalismo do Direito Comercial era uma referência constante nos manuais clássicos da especialidade. O Direito Comercial teria uma forte aparência nos diversos países, ao contrário do que sucederia no Direito Civil, mais diferenciado. Trata-se de uma afirmação lógica: todavia – e surpreendentemente – sucede o contrário. Temos aqui a contraprova da natureza histórico-cultural do Direito Comercial. Se compararmos o Código Civil de 1966 com o BGB alemão, com o Código Civil italiano – descontando as áreas comerciais – e com o próprio Código Napoleão, notaremos as semelhanças. Quer pela distribuição das matérias, quer pela linguagem, quer pelas soluções, vê-se que estamos perante uma mesma Ciência, com matizes nacionais. Idêntica operação levada a cabo com os códigos comerciais dá uma imagem inversa. Sem uma prévia iniciação, o comercialista formado à luz do Código Veiga Beirão não conseguirá vogar no HGB, no *Codice Civile* ou, mesmo, no que resta do *Code du Commerce*. O Código Civil de 1966 é muito mais internacional do que o Código Comercial. Assenta em doutrinas mais recentes e numa receção especialmente cuidada da Ciência Jurídica alemã. Vê-se, por aqui, o risco das repetições estereotipadas, na base de meras aportações acríticas, realizadas a partir de obras clássicas. O que nos resta do Código Comercial é fortemente nacional. E na verdade, ele aplica-se ao pequeno comércio, pouco preocupado com implicações internacionalistas. O grande comércio obedece, hoje, a disciplinas comerciais autónomas, marcadas pela conformação de novos tipos contratuais e por elementos europeus, muito longe dos quadros mercantis de Veiga Beirão. A banca, os seguros ou os valores mobiliários documentam-no, a sociedade. Além disso, agita-se o Direito do Comércio internacional, fortemente contratualizado. As próprias tendências universalizadoras da primeira metade do século XX, de que as leis uniformes são o mais conhecido exemplo, soçobraram em manifestações nacionais. No comércio internacional, os títulos de crédito só por exceção são hoje utilizados. O moderno Direito Bancário oferece esquemas mais rápidos e seguros de transferências de fundos, de meios de pagamento e de garantias. A dogmática alemã dos títulos de crédito distancia-se da francesa, muito mais, por exemplo, do que o que sucede com o s respetivos Direitos das sociedades comerciais. E nenhum operador lusófono iria trabalhar com doutrinas alemãs ou francesas relativas a obrigações cartulares e isso apesar de nos três países vigorarem as leis uniformes. Nas áreas que requerem efetivo internacionalismo, têm ocorrido tendências integradoras. Tal o caso do Direito das Sociedades Comerciais, com as sucessivas diretrizes aí surgidas. Mas tudo isso constitui, hoje, uma disciplina autónoma. O Direito Comercial tradicional é, hoje, o Direito do pequeno comércio, fortemente nacional. Também por isso merece respeito, estudo e preservação. De todo o modo, esse papel não minimiza o interesse científico: ele faculta quadros mentais depois aplicáveis a áreas internacionalizadas. E assim permite, mesmo nesse campo, a defesa da identidade do Direito lusófono.

10.º - A autonomização de disciplinas comerciais

Dados legislativos; Direito Comercial amplo e Direito Comercial residual: o Direito Comercial caracteriza-se por uma abundante produção de diplomas extravagantes. O fenómeno é natural se tivermos em conta que rege um Código Comercial de 1888: ora, de então para cá,





as mudanças sociais e económicas são incontáveis. Importantes contratos comerciais – hoje pertença do Direito Bancário – como a locação financeira ou a cessão financeira, que em países como a Alemanha assentam em normas consuetudinárias e na prática das cláusulas contratuais gerais, têm disfrutado, em Portugal, de sucessivos regimes aprovados por lei. A hiperprodução legislativa não deve esconder o facto de algumas áreas comerciais terem obtido regulações científicas de fôlego. Algumas destas áreas apresentam princípios gerais marcantes e, sobretudo, obedecem a técnicas específicas de realização do Direito. Têm uma literatura própria, com manuais e revistas especializados e dispõem de juristas habilitados, que lhes dominam os contornos e o conteúdo. Há uma interligação segura entre o surgimento de codificações separadas de matéria comercial e a autonomização das inerentes disciplinas: ambos os fenómenos se potenciam mutuamente. A autonomização de disciplinas comerciais parece, hoje, irreversível. Todavia, reputamos importante que o Direito Comercial tradicional mantenha contactos com as disciplinas em diáspora. Propomos, por isso, as distinções que se seguem. Um Direito Comercial amplo abrange toda a matéria tradicionalmente comercial e que, grosso modo, é a que, inicialmente, Veiga Beirão incluíra no Código Comercial. O Direito Comercial residual é o que resta depois de terem sido autonomizados ramos como o Direito das Sociedades Comerciais, o Direito da Concorrências, o Direito dos títulos de crédito, o Direito da propriedade industrial, o Direito mobiliário, o Direito Bancário e o Direito dos Seguros.





II – Doutrina Comercial Geral

Capítulo 1 – Comércio e comerciantes

Secção I – Dos atos de comércio

34

13.º - Atos de comércio

O sistema do Código Comercial: segundo o artigo 1.º, a lei comercial rege os atos de comércio. A expressão “ato de comércio” é muito discutida. A doutrina tradicional entendia que a expressão “ato”, quando reportada ao comércio e nas palavras do legislador comercial, tinha um sentido alargado. Designadamente, ficariam abrangidos:

- Os contratos: boa parte do Código Comercial – Livro II, artigos 96.º e seguintes – lhe é reportada;
- Os negócios unilaterais: a constituição de uma sociedade comercial unipessoal;
- Os atos jurídicos em sentido estrito, isto é: enformados, apenas, pela liberdade de celebração: tal sucede com o endosso de um cheque, que deve ser puro e simples;
- Os factos ilícitos: assim a abalroação com culpa.

Dando mais um passo, Fernando Olavo veio sustentar que atos comerciais abrangeria os próprios factos jurídicos *stricto sensu*, isto é, aqueles que já não se analisassem em atuações humanas, mas apenas em eventualidades que desencadeassem efeitos de Direito: tal sucede com o sinistro causal que ocasione o funcionamento do contrato de seguro. Contra veio depois diversa doutrina. A questão tem interesse por via metodológica: trata-se de estabelecer o sistema do Código Comercial ou, pelo contrário, de, à luz da atual terminologia, afeiçoar uma ideia aceitável de ato de comércio? Neste domínio, releva a primeira opção: definições rigorosas de “factos”, “atos” e “negócios” é tarefa da parte geral do Direito Civil, operada com base em quadros teóricos adequados e não em vetustos textos comerciais. O sistema do Código Comercial é o de regular factos jurídicos em sentido lato – abrangendo contratos, negócios unilaterais, atos não negociais e factos *stricto sensu* –, e, ainda, diretamente – isto é: independentemente dos factos que os originem – efeitos jurídicos. Di-lo o próprio Código, no seu artigo 2.º, quando afirma:

«Serão considerados atos de comércio (...) todos os contratos e obrigações dos comerciantes».

É evidente que uma obrigação não é um ato; o Código Veiga Beirão, assumidamente, recorre a esta fórmula para explicar que iria reger toda a matéria comercial: os factos e os seus efeitos ou, se se quiser, os factos e a situações jurídicas que eles originem, retratadas como obrigações.





Tendo fixado este alcance amplo para atos de comércio, o Código passa a referenciá-los, no seu artigo 2.º. Recorre, aí, a dois critérios distintos:

- Um critério objetivo: o tratar-se de atos especialmente regulados neste Código;
- Um critério subjetivo: o serem atos de comerciantes.

O primeiro critério origina atos objetivos; o segundo, os subjetivos. Cumpre analisá-los separadamente.

Atos de comércio objetivos: são atos de comércio objetivos, nas palavras do artigo 2.º, 1.ª parte,

«todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código».

Esta fórmula pretende evitar os riscos de uma definição geral de atos de comércio e as dificuldades de uma enumeração explícita, recorrendo a um enunciado implícito: um levantamento de atos comerciais objetivos seria, de todo o modo, possível. Porém, na sua aparente clareza, coloca logo dois problemas:

- São comerciais todos os atos regulados no Código?
- São comerciais apenas os atos nele regulados?

A primeira questão obtém resposta negativa. A lei não diz «todos os atos regulados neste Código» mas todos os que o sejam especialmente, isto é, com desvio em relação ao regime geral. A especificidade resulta, sempre, de um juízo de pertença ao sistema especial. Só serão comerciais os atos regulados no Código e nos quais aflore a característica da especialidade. Esta advém de uma valoração feita perante a correspondente regra civil ou, pelo menos, da sua integração num conjunto que, perante o equivalente conjunto civil, mereça o epíteto “especial”. Surge, porém, um embaraço, o Código Comercial qualifica, por vezes, certos atos como comerciais sem para eles, prever a aplicação de regimes especiais. É o que sucede com as operações de banco (362.º), remetidas para os respetivos contratos (363.º) ou com o aluguer mercantil (481.º), reenviado para a lei civil (482.º). Cumpre distinguir. Ou a qualificação como ato comercial permite a aplicação de um regime especial e o ato será efetivamente comercial ou isso não sucede e a qualificação legal, por não ter dado azo a qualquer norma de conduta, perde-se. Ora não se presume a presença de normas inúteis (artigo 9.º, n.º3 CC). A qualificação legal remete, assim, para as regras comerciais gerais, em termos a ponderar caso a caso. A segunda questão obtém, também, resposta negativa: haverá atos comerciais que não estão regulados no Código Comercial. Assim:

- São comerciais os atos regidos por diplomas que vieram substituir normas do Código Comercial mantendo-se, todavia, como extravagantes;
- São comerciais os atos tratados em normas extravagantes que se assumam comerciais.

Em ambos os casos mantém-se a necessidade de se tratar de atos especialmente regulados, isto é: com o desvio de especialidade em relação à lei civil.

Segue; atos comerciais por analogia? Coloca-se, por fim, a questão da possibilidade de considerar comerciais atos que não surjam nem no Código Comercial, nem em leis que alteraram o Código Comercial, nem em leis que se assumam, elas próprias, como comerciais. Isso





implicaria o recurso à analogia para qualificar, como comercial, um certo ato. A doutrina portuguesa, dividiu-se quanto a esta matéria: contra analogia na qualificação de atos comerciais pronunciaram-se Guilherme Moreira, Caeiro da Matta, Fernando Olavo, Ferrer Correia e Oliveira Ascensão; a seu favor votam José Benevides, Cunha Gonçalves, Barbosa de Magalhães e Lobo Xavier. Outros autores, como Azevedo e Silva e Eduardo Saldanha preferem falar no caráter taxativo da enunciação dos atos de comércio objetivos, o que equivale, parece, à exclusão do seu alargamento por analogia. No campo oposto surge uma denominada teoria do acessório, segundo a qual seriam comerciais os atos acessórios de outros, objetivamente comerciais. Trata-se de uma figura presente em Cunha Gonçalves e Barbosa de Magalhães. A doutrina dominante reconduz esta teoria a uma fórmula de analogia. O problema da qualificação de certos atos como comerciais, com recurso à analogia, representa um exercício teórico de interpretação e de construção jurídicas: tal sucede, de resto, com a interpretação de todo o artigo 2.º do Código Comercial. Em termos práticos, o problema não se tem posto dada a envolvimento da 2.ª parte do artigo 2.º e dada a escassez de aplicações analógicas ocorridas nos nossos tribunais. Na verdade, os atos que não sejam comerciais por estarem especialmente regulados no Código – ou em diplomas equivalentes – e que tenham relevo económico, são praticados por comerciantes assim acedendo à comerciabilidade. Quanto à analogia: muito debatida nos manuais teóricos, ela está ausente da jurisprudência. A proliferação e normas, de princípios e de conceitos indeterminados juiz encontrar soluções para os problemas sem percorrer o clássico caminho da determinação e da integração de lacunas. Não parece de todo possível discutir a possibilidade do uso de analogia na qualificação de atos como comerciais sem saber quais as implicações em jogo. As regras envolvidas em tal qualificação são decisivas. Tudo depende, pois e desde logo, do regime em jogo. O debate da possibilidade do recurso à analogia na qualificação de atos de comércio corresponde a uma inversão metodológica. A qualificação não é causal do regime: antes decorre deste.²³ Não se deve, a priori e em abstrato, qualificar (ou não) qualquer ato como comercial. O caminho correto é o inverso: perante um ato, há que lhe determinar o regime; conhecido este: se se tratar de um regime comercial, o ato é comercial, sob pena de inutilidade do próprio conceito. Proclamar um ato como comercial é um esquema expedito de dizer que se lhe aplicam determinadas regras: de outra forma, o Direito nem seria manuseável. Mas havendo dúvidas, há que descer ao fundamento da qualificação. As regras de Direito Comercial são especiais: à partida, não são excecionais. Comportam pois, como vimos, aplicação analógica. Posto isto, podemos assentar no seguinte:

- ➔ Perante um ato que não esteja “especialmente regulado neste Código” – ou situação equivalente –, há que verificar se o seu regime é comercial e especial; sendo a resposta positiva, o ato é comercial;
- ➔ Perante um ato lacunoso, há que lhe apurar o regime: seja pela analogia, seja pela norma que o interprete criaria; na integração da lacuna, podem ser usadas normas e princípios comerciais – desde que não excecionais – de acordo com as regras gerais aqui aplicáveis; perante o resultado obtido, se chegarmos à conclusão que o ato ficou como que especialmente regulado neste Código, ele é comercial.

Digamos que, por esta via, é teoricamente possível que um ato deva ser considerado comercial, por força de aplicação analógica (ou da norma que o intérprete criaria) das normas de que a

²³ Trata-se, aliás, do esquema geral que deve presidir às qualificações, seja no Direito interno, seja no Direito internacional provado; vide o artigo 15.º do Código Civil.





qualificação dependa. Pode ainda ocorrer um ato neutro, isto é: um ato não lacunoso e cujo regime, uma vez apurado, não permita descobrir nem comercialidade, nem ausência dela. Nessa altura, o ato é civil, já que não se mostra qualquer especialidade. Alguma doutrina poderia contrapor um obstáculo: o artigo 3.º, que fixa o critério de integração das «questões sobre direitos e obrigações comerciais» pressupõe, antes da integração, a qualificação da figura. Sem a intervenção da moderna teoria da realização do Direito, o artigo 3.º é um círculo inextricável: não sabemos qual o regime de uma questão, como decidir se ela é civil ou comercial? A norma é um todo e, tal com a interpretação, a integração e a aplicação, faz parte de um processo unitário. A questão decidida pelo Direito Comercial é comercial. E comercial será a resolvida pelo espírito da lei comercial, por aplicação analógica do Direito Comercial ou, até, pelo Direito Civil, mas numa ambiência ou confluência de valores que permitam julgar este como de mera aplicação subsidiária. Evidentemente: se mercê de valorações seguras já sedimentadas, soubermos de antemão que determinado ato merece o epíteto de comercial, poderemos seguir, na prática, por esse atalho, dele decorrendo o regime. A via da investigação é, porém, sempre a inversa.

Segue; o problemas das empresas do artigo 230.º: no tocante à determinação de atos de comércio objetivos, deparamos com o artigo 230.º. Perante o seu teto, encontramos, frente a frente, duas grandes linhas de interpretação: a da empresa-atividade, que entende estarem em causa das atuações ou conjuntos de atos anunciados no focado artigo 230.º, seguida por Guilherme Moreira, por Lobo Xavier e por Coutinho de Abreu; a da empresa-organização, que julga tratar-se das entidades singulares ou coletivas, que desenvolvam depois as referenciadas atividades; era a orientação de José Tavares, de Adriano Anthero, de Cunha Gonçalves, de Barbosa de Magalhães e de Paulo Sendin. A questão tem interesse pelo seguinte: na primeira hipótese, o artigo 230.º permitiria enunciar novos atos como objetivamente comerciais; na segunda, seriam referenciados comerciantes, autores de hipotéticos atos comerciais, mas agora em sentido subjetivo. Surgem, ainda, opiniões mistas ou conciliadoras, como a de Fernando Olavo, Oliveira Ascensão e Pupo Correia: a lei enunciaria empresas comerciais – portanto: comerciantes – mas pela via de considerar comerciais as respetivas atividades. Mas não se pode evitar o problema: se o artigo 230.º, seja qual for a via seguida, tomar por comerciantes as pessoas que nele se perfilam, todos os atos por eles praticados, que não caiam na exclusão da 2.ª parte do artigo 2.º, seriam comerciais. A interpretação do artigo 230.º coloca um curioso problema geral da interpretação. Esta, de acordo com os cânones hoje dominantes, deve preferencialmente ser atualista e objetivista. A doutrina que vê na empresa do artigo 230.º, um empresário é, em especial, sugestionada pela referência legal a «*singulares ou colectivas*». Lê-se, aí «*personas singulares ou coletivas*». Porém, em 1888, a expressão «*persona coletiva*» era desconhecida na doutrina portuguesa; ela apenas surgiria em 1907 – e portanto – quase 20 anos depois – pela pena de Guilherme Moreira, sendo genuinamente nacional: nem no Brasil ela é usada. O artigo 230.º não tinha em vista quaisquer sujeitos, singulares ou coletivos: antes se reportava a atuações (empreendimentos) levadas a cabo por uma única pessoa – singulares – ou concretamente por várias pessoas – coletivas. Por seu turno, a palavra “*empresa*” tinha, então, o sentido de atividade, tarefa ou empreendimento²⁴; não o de organização de meios, tipo sujeito. A locução «*que se propuseram*» significa “*que visarem*” ou que “*tenham como objetivo*”: trata-se de definir o tipo de atividade em jogo e não as intenções futuras seja de quem for. Portanto e categoricamente: em 1888, o artigo 230.º visava classificar com comerciais

²⁴ Empresa vem do latim in + preheso, agarrar, procurar obter, solicitar ou se candidato a.





determinadas atividades ou conjuntos de atos, a desenvolver por uma pessoa só ou por várias. Saber se o autor dessa atividade é ou não comerciante será assunto a decidir nos termos do artigo 13.º Atualmente, os termos “singulares ou coletivas” e “empresas” têm – pelo menos em Direito – outros significados. “Singulares ou coletivas” esgotam o universo dos sujeitos jurídicos, enquanto “empresas” traduzem organizações de meios humano e materiais com vista a uma atuação economicamente racionalizada. Haverá elementos sistemáticos ou teleológicos que, somados às condições em que a lei venha a ser explicada, recomendem uma interpretação que descubra, no artigo 230.º, uma listagem de comerciantes? Entendemos que não. Interpretar o artigo 230.º como um elenco de comerciantes iria contundir com o artigo 13.º: o artigo 230.º não se reportaria a sociedades (!) nem a comerciantes profissionais (!) que já seriam comerciantes por aquele mesmo preceito; apenas ao remanescente... e que fosse empresa. Além disso, essa interpretação ficaria francamente fora do espírito do Código Comercial, que regula atos de comércio, sejam ou não comerciantes os seus autores – artigo 1.º. O elemento sistemático da interpretação depõe contra a subjetivação ou empresarialização do artigo 230.º. Em termos teleológicos, tão pouco essas duas saídas seriam de encarar. Classificar uma entidade como comerciante (só) por causa de um empreendimento conduziria a um Direito de classe estranho ao pensamento dos nossos dias, artificializando a noção, desmesuradamente alargada. Finalmente, a empresa não é sujeito de Direito nem realiza atividades; a evolução jurídica dos nossos dias mantém-na num lugar à parte, fora dos quadros jurídicos estritos. Donde o seu interesse. Mal estaríamos se se recorresse a ela, num aspeto tão marcadamente conceitual: um ponto a confirmar, quando analisarmos a ideia de empresa. O artigo 230.º tem ido alongado por diversa legislação extravagante que refere empresas comerciais. Caso a caso e diploma por diploma, haverá que ver se se qualificam novas atividades como comerciais – entenda-se, como conjuntos articulados de atos comerciais – ou se é dos respetivos sujeitos – em regra, sociedades – que se trata.

Atos de comércio subjetivos: o artigo 2.º do Código Comercial fixou os atos de comércio objetivos, isto é, os que o são por si e em si mesmos. São «todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código», com os alargamentos e as delimitações acima apurados. Prossegue a sua 2.ª parte²⁵:

«e além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar».

São os atos comerciais subjetivos: a comercialidade deriva do sujeito. A referência a “contratos e obrigações” como atos já cima foi enfrentada: ela permite concluir que atos traduz, no sistema do código, todo e qualquer facto jurídico comercialmente relevante. A expressão “...além deles...” permitiria afastar a hipótese de haver, com referência aos atos subjetivos, uma mera presunção de comercialidade. A lei determina, em definitivo, que os contratos e obrigações dos comerciantes sejam considerados atos de comércio. “Dos comerciantes” pode, sem dificuldade, ser reportado à definição de comerciante que resulta do artigo 13.º. Para serem comerciais, os

²⁵ O artigo 2.º surge como uma curiosa bissetriz da doutrina da época; enquanto a 1.ª parte foi retirada do Código Comercial Espanhol, a 2.ª, agora em causa, adveio do Código de Comércio Italiano de 1882. As alterações cifram-se no seguinte: a fórmula “reputam-se” foi suprimida, ficando apenas “além deles”; o advérbio “essencialmente” foi substituído por “exclusivamente”. Todas estas subtilezas têm sido, entre nós e ao longo de gerações de comercialistas, objeto de leituras específicas e fonte de apuramentos diversificados.





contratos e obrigações, dos comerciantes não devem ser de natureza exclusivamente civil. Uma doutrina tradicional, alicerçada nos trabalhos preparatórios e subscrita por Guilherme Moreira entende que a natureza “exclusivamente civil” assiste aos atos regulados apenas no Código Civil. O envelhecimento do Código Civil – entenda-se: o de Seabra – levou a que surgisse matéria civil fora dele; além disso, os estudiosos aperceberam-se de que o próprio Código Civil poderia ter matéria comercial. Assim, a doutrina tradicional evoluiu, assumindo uma feição negativa, patente em Fernando Olavo: teriam natureza exclusivamente civil os atos não especialmente contemplados no Código Comercial, não integrados num género de que uma espécie estivesse tratada nesse Código nem, finalmente, integrados no núcleo do artigo 230.º. Uma curiosa evolução desta mesma orientação surge-nos em Oliveira Ascensão: o ato exclusivamente civil é o que não possa ser regulado pelo Código Comercial. A esta orientação contrapõe-se uma outra que mergulha diretamente na interpretação, feita pela doutrina italiana, do artigo 4.º do revogado *Codice di Commercio* de 1882: seriam atos de natureza exclusivamente civil os que pela sua natureza, não são conexionáveis com o exercício do comércio. Tal a opção de Alves de Sá, Barbosa de Magalhães, de Ferrer Correira, de Lobo Xavier, de Olavo Cunha. A referência a atos que não tenham natureza exclusivamente civil corresponde a um recorte ou a uma delimitação objetiva no seio dos atos subjetivamente comerciais. Estão em causa situações jurídicas que, embora encabeçadas por comerciantes, não podem ter natureza comercial. Porquê? A História dá várias leituras, ora mais legalistas (porque só constam do Código Civil ou porque não podem constar do Código Comercial) ora mais valorativas (porque não se podem conexionar com o comércio), mas todas em torno da mesma ideia. Uma fórmula mais abrangente e atualista tomará como exclusivamente civis os atos que, no momento considerado, não sejam regulados pelo Direito Comercial: esta a noção. Não nos parece viável dar um critério universal para tais atos: caso a caso teríamos de discutir se, perante as valorações em presença, o ato em jogo ainda se poderia submeter a regras comerciais. Admitimos, pois, que possa haver atos conectados com o exercício do comércio. Não serão, pois, atos de comércio. O artigo 2.º, 2.ª parte, conclui com uma fórmula pitoresca (Oliveira Ascensão): «se o contrário do próprio ato não resultar». Aquando da apresentação do projeto, Veiga Beirão propendia para conectar esta fórmula à 1.ª parte do artigo 2.º: o ato (subjetivamente) comercial já não o seria se, dele próprio, resultasse o contrário. A doutrina rejeitou com unanimidade tal asserção: se do próprio ato objetivamente comercial resultasse que o não era, o problema nunca se poria, para ter de ser excecionado. A doutrina acolheu-se, então, ao entendimento de Manara, desenvolvido em Itália a propósito de idêntica fórmula constante do *Codice di Commercio*: o ato praticado pelo comerciante só será comercial se não resultar de si próprio ou de circunstâncias que o acompanhem que não tem a ver com o giro comercial. O comerciante que pratique atos que não sejam de natureza exclusivamente civil terá pois o encargo de deles fazer constar que não se inserem o seu manejo comercial; de outro modo, terão natureza mercantil. Como é evidente: à medida que toda a atividade comercial venha a ser levada a cabo por sociedades comerciais, este final do artigo 2.º perde o alcance prático.

Os atos mistos: na tradição comercial, fala-se em atos. Todavia, é sabido que tais atos são, na sua grande maioria, contratos. A razão radica na eventualidade de atos subjetivos de comércio. Nessa eventualidade, quando um ato bilateral (contrato) seja comercial relativamente a uma das partes (comerciante) e não comercial em relação à outra (não comerciante), que regime aplicar? Trata-se dos denominados atos mistos: comerciais em relação a uma das partes e não comerciais em relação à outra. O Direito Comercial permite, numa especialidade não conhecida





no Direito Civil, cindir um contrato em dois atos, de modo a que opere como comercial, apenas, para uma das partes. Haverá, então, que discernir, por via do artigo 99.º:

- As regras que, pela sua natureza, forem aplicáveis apenas à parte comerciante, funcionam em relação a ela; à outra parte, aplica-se o Direito comum;
- Não sendo possível fazer essa distinção, ambas as partes ficam sujeitas à lei comercial.

Síntese; a Lei n.º 3/99, 13 janeiro; perspetivas: o desenvolvimento anterior constitui uma rubrica clássica do comercialismo português. Todos os autores intervêm e o debate agita diversos vetores do Direito Comercial. O atos subjetivamente comerciais têm o regime que lhes advém da lei: seja do Código Comercial seja – hipótese cada vez mais frequente – de leis extravagantes. A sua identificação depende do concreto regime que a cada um assista: nunca de prévias fórmulas conceituais abstratos. Os atos subjetivamente comerciais que não coincidam com os primeiros apenas se distinguem dos correspondentes civis por escassos aspetos. Outrora, a distinção era decisiva uma vez que dela dependia o foro competente: o atos comerciais eram julgados em tribunais comerciais, com uma composição específica e regras processuais próprias; os civis seguiam o foro comum. Após 1932, o foro foi unificado. E com o Código de Processo Civil de 1939, desapareceu o próprio processo criminal. Muitas questões correm, nos nossos tribunais, sem que tenha de se decidir se os atos nelas discutidos têm natureza civil ou comercial. De todo o modo, vamos sintetizar as conclusões a que chegámos:

- Os atos comerciais são factos jurídicos *lato sensu* e, ainda, as situações jurídicas deles decorrentes, que se rejam pelo Direito Comercial;
- A comercialidade desses atos pode resultar de, independentemente do sujeito que os encabece, lhes ser aplicável um regime especial historicamente dito mercantil (atos objetivamente comerciais);
- Ou de tal regime lhes competir por terem sido levados a cabo por comerciantes, no exercício do comércio (atos subjetivamente comerciais).

É esta a interpretação que resulta, hoje, do artigo 2.º do Código Veiga Beirão.

14.º - Regime geral dos atos de comércio

Sistema de fontes; analogia e princípios comerciais: os atos de comércio, isto é, na linguagem do Código Comercial, o conjunto das situações jurídicas comerciais, regem-se pelas normas competentes de Direito Mercantil. A natureza deste sector normativo, dita especial, leva ao estabelecimento de um particular sistema de fontes. Dispõe o artigo 3.º:

«Se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela previstos, serão decididas pelo direito civil».

O artigo transcrito tem a ver com todas as situações jurídicas comerciais. O artigo 2.º recorrerá à locução «contratos e obrigações dos comerciantes»; desta feita, surgem-nos os «direitos e obrigações comerciais», num conjunto de flutuações que transmitem a conceção normativa de





todo o universo comercial. O artigo 3.º remete, em primeiro lugar, para o «texto da lei comercial» e, de seguida, para o «seu espírito». Encontramos a letra e o espírito da lei, que o Código Civil, no seu artigo 9.º, ainda manteve passado quase um século. Não se trata, apenas, da letra e do espírito da lei comercial mas, simplesmente, do Direito Comercial diretamente aplicável. O próprio artigo 3.º fala em lei comercial e, não, em Código Comercial: prova de que se deve trabalhar com todo o conjunto das fontes comerciais. O preceito em análise parece ainda pressupor, como questão previamente assente, a classificação dos direitos e obrigações em jogo como comerciais: só depois de termos arrumado esse ponto poderíamos passar à aplicação da lei comercial. Como vimos, ocorre aqui uma construção ainda conceitualista da realização do Direito. Em termos valorativos e, até, gnoseológicos, a qualificação e aplicação da lei comercial operam em conjunto. Justamente por, a determinada situação da vida, se dever aplicar a lei comercial é que constatamos estar-se perante um ato de comércio. Feita esta precisão, nenhum inconveniente existe em, para efeitos de análise, manter a ficção da separação do processo de realização do Direito em várias fases. Determinada uma lacuna, o artigo 3.º manda recorrer aos «casos análogos nele prevenidos». Remete-se, pois, para a analogia, mas dentro do Direito Comercial. A ideia é a seguinte: o Direito Comercial tem uma lógica intrínseca; aplica-se perante conjunções de interesses e de valores a que, historicamente, se chame vida comercial. Quando ocorra uma confluência de interesses e de valores, em tudo semelhante a uma situação comercialmente regulada, temos um caso análogo que deverá conhecer a mesma solução. Também no Direito Comercial se conserva a ideia de que, na Ordem Jurídica, há que tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente de acordo com a medida da diferença. Aparentemente, teríamos aqui quatro operações distintas:

- A qualificação de uma situação como comercial;
- A constatação de uma lacuna na lei comercial;
- O apuramento de um caso análogo na lei comercial;
- A integração aplicativa.

Não é assim: esta separação de operações apenas tem interesse analítico para efeitos de exposição universitária; ela não corresponde à realidade do processo de realização do Direito, tal como hoje o conhecemos. Desde logo, a integração de uma lacuna e a sua determinação operam, muitas vezes, em simultâneo: justamente por uma norma reclamar a sua própria aplicação fora do campo que, à partida, lhe caberia, é que podemos apurar a presença do caso omissis. Em suma: as regras comerciais têm a potencialidade de se aplicar às situações que prevejam e, ainda, às denominadas situações análogas. Na falta de casos análogos e antes de passar ao Direito subsidiário, poderíamos recorrer aos princípios comerciais? A doutrina tradicional distinguia entre a *analogia legis* e a *analogia iuris*: na primeira, passar-se-ia diretamente da norma para a situação análoga; na segunda, isso seria possível apenas através da mediação de um princípio. Sempre segundo essa doutrina, a *analogia iuris* surgiria ainda como analogia. Diferentemente de ambos é o recurso a princípios gerais: aí já não há o estabelecimento de situações análogas mas, somente, a constatação da presença de valorações sensíveis aos mesmos vetores jurídicos. Havendo um princípio comercial aplicável, há que recorrer a ele antes de passar ao Direito subsidiário. Trata-se de uma interpretação atualista do artigo 3.º, em parte facilitada pelo teor do artigo 2.º do CSC. Impõem-se, porém, duas precisões:

- Os princípios verdadeiramente comerciais, dada a natureza fragmentária deste ramo do Direito, serão raros e difíceis de distinguir dos princípios civis;





- Existe, no recurso a princípios comerciais, como na própria hipótese de analogia, sempre uma sindicância do Direito Subsidiário: o Direito Civil. Noutros termos: a insistência na busca intracomercial de uma solução, depois de se ter apurado a falta de norma diretamente aplicável, ocorre porque, mercê dos fatores de realização do Direito em presença, a aplicação da lei civil se mostra insatisfatória. E aqui temos mais uma confirmação da unidade do processo.

O Direito subsidiário; também Direito público? Esgotadas as buscas de solução à luz do Direito Comercial e do seu sistema, manda o artigo 3.º recorrer ao Direito Civil. Na fase mais marcadamente exegética que se seguiu à publicação do Código de Seabra e do Código Veiga Beirão, entendeu-se que Direito Civil era o Código Civil. Orientação abandonada: valem, para efeitos de Direito subsidiário, quaisquer fontes civis. O tratamento do Direito Civil como mero Direito subsidiário implica que se lhe recorra apenas na certeza de exauridas as soluções comerciais. Digamos que o recurso à lei civil é natural, por estarmos perante um Direito especial, sendo ela o comum; mas justamente por isso, apurada a especialidade do caso que exigiria um tratamento comercial, só perante a falha do sistema se cai no campo civil. Uma prevenção: tudo isto é razoável; todavia, devemos ter em conta que mercê da natureza fragmentária do Direito Comercial, o seu relevo é mais teórico do que prático. No Direito Alemão, as relações de subsidiariedade entre os Direitos Civil e Comercial foram estabelecidas de modo inverso²⁶. A doutrina deduz que o Direito Comercial recebe em regra uma aplicação conjunta com o Direito Civil. Resulta uma estruturação aparentemente mais frágil do Direito Comercial: embora admitindo a aplicação analógica das regras comerciais, a doutrina recai mais facilmente no Direito Civil. Trata-se de uma decorrência da conceção do Direito Comercial como Direito especial dos comerciantes; uma construção de tipo objetivista é levada, naturalmente, a conceber o sistema comercial em moldes mais fechados. O Direito Civil, quando chamado a resolver questões comerciais, mantém a natureza civil. Parece-nos legítimo colocar hoje uma questão mais ampla: o Direito Civil será apenas Direito Civil em sentido técnico ou abrangerá, antes, todo o Direito comum, mesmo público? Há áreas importantes do Direito Comercial que relevam mais do Direito Público do que do privado. Pense-se na escrituração mercantil, no registo comercial e nas diversas áreas instrumentais. Temos ramos especializados do Direito Comercial, como o Direito Bancário e o Direito dos Seguros, que comportam níveis públicos. Ora nesses casos, o Direito subsidiário será constituído pelo Direito público comum – portanto: pelo Direito Administrativo –, só na falha deste se regressando ao Direito Civil.

Princípios materiais: o sistema de fontes do Direito Comercial dá-nos apenas um quadro abstrato das suas regras aplicáveis. Fica em aberto a questão magna de saber se é possível a elaboração de princípios comerciais materiais. Como representativa das atuais enumerações de princípios elaborados pela Ciência do Direito, vamos partir da de Karsten Schmidt²⁷, completando-a. Descobrimos os seguintes:

²⁶ Segundo o artigo 2.º da Lei de Introdução do Código Comercial – o EGHGB - «nas questões comerciais os preceitos do Código Civil só recebem aplicação na medida em que no Código Comercial não esteja determinado diversamente».

²⁷ Este autor não refere diretamente princípios mas sim “características” das normas comerciais. Claus-Wilhelm Canaris refere, por seu turno: o alargamento da autonomia privada, a tutela da confiança e do tráfego e o progresso. Tobias Letl elenca a rapidez e a simplicidade, a segurança e a clareza do tráfego jurídico, a autoresponsabilização dos comerciantes e a natureza complementadora perante a lei civil.





- A internacionalidade;
- A simplicidade e a rapidez;
- A clareza jurídica, a publicidade e a tutela da confiança;
- A onerosidade.

No tocante à internacionalidade, verificamos que, para além das leis uniformes e da integração comunitária, o saldo é magro: a nível internacional fica a esperança na *lex mercatorum* e nos esforços da UNCITRAL ou da UNIDROIT enquanto, a nível interno, vale o labor dos universitários e da Ciência do Direito, como placa giratória para a formação de uma comercialística universal. A simplicidade e a rapidez manifestam-se em regras já tradicionais. Assim, cumpre reter:

- A liberdade de escrituração, salvo quanto ao livro de atas – artigo 30.º;
- A liberdade de língua – artigo 96.º;
- A liberdade de forma do mandato geral – artigo 249.º;
- A possibilidade de provar o empréstimo mercantil por qualquer modo – artigo 396.º;
- A possibilidade de celebrar penhor com entrega meramente simbólica da coisa empenhada – artigo 398.º, § único.

A clareza jurídica, a publicidade e a tutela da confiança afluíam em diversos institutos, com relevo para:

- O valor probatório dos livros dos corretores – artigo 98.º;
- A aplicação da lei comercial aos atos apenas unilateralmente comerciais – artigo 99.º;
- A regra da solidariedade nas obrigações comerciais – artigo 100.º;
- A solidariedade do fiador – artigo 101.º;
- O registo comercial, hoje constante de um Código próprio, com relevo para a proteção dos terceiros de boa fé – artigo 22.º, n.º3 CRC;
- A proteção do portador de título de crédito, de boa fé – artigo 16.º/II da LULLiv e artigo 21.º da LUCH;
- O regime especial do artigo 1301.º do Código Civil, no tocante a coisa comprada de boa fé a um comerciante;
- Múltiplas regras do Direito das Sociedades Comerciais.

Por vezes, os autores falam, a propósito de alguns destes vetores, em tutela do crédito; tal tutela resulta, porém, de regras e princípios que comportam um tratamento analítico diferenciado. Digamos que a tutela do crédito é o efeito e não a regra para lá chegar. Por fim, a onerosidade é uma regra lógica e normal no comércio: trata-se de um Direito profissional subordinado à ideia da obtenção de lucros. A onerosidade aflora:

- Na possibilidade de uma taxa supletiva de juros moratórios a favor de créditos de comerciantes – artigo 102.º, §3;
- Na presunção de que o mandato comercial é remunerado – artigo 232.º - contrastante com uma presunção de princípio de sinal contrário, no Direito Civil – artigo 1153.º do Código Civil;
- Na regra de que o empréstimo mercantil é sempre retribuído – artigo 395.º -, contra a simples presunção de onerosidade do mútuo civil – artigo 1145.º, n.º1 do Código





Civil – e contra a regra da gratuitidade do comodato – artigo 1129.º do mesmo Código²⁸;

- Na fixação de juros comerciais supletivos superiores aos civis: portarias n.º 262/99 e n.º 263/99, ambas de 12 de abril, para os juros comerciais (12%) e civis (7%);
- Na regra da gratificação do depositário mercantil – artigo 404.º - contra a presunção de gratuitidade civil – artigo 1186.º do Código Civil, que remete para o artigo 1158.º do mesmo Código.

As normas apontadas deixam-nos, efetivamente, uma imagem do Direito Comercial como uma disciplina virada para a circulação de bem e de serviços, mais estritamente aderente às realidades económicas. O Direito Comercial tentaria, assim, diminuir os custos negociais das transações na linguagem da teoria económica do Direito, facilitando a forma dos contratos e a sua prova. A autonomia privada teria um papel acrescido, de modo a que, por contrato, melhor se possam encara quaisquer novas necessidades. Além disso, o Direito Comercial reforçaria o crédito de garantia mais eficazes e da tutela da boa fé. Finalmente, tudo no comércio estaria virado para o lucro. Impõe-se, tudo no comércio estaria virado para o lucro. Impõe-se, contudo, uma dupla ressalva: os apontados vetores não são estranhos ao Direito Civil, designadamente quando patrimonial; por outro lado, o próprio Direito Comercial não os concretiza uniformemente: eles vão surgindo ao sabor de institutos históricos e culturalmente condicionados.

²⁸ O empréstimo, na linguagem do Código de Seabra que é a de Veiga Beirão, abrange, efetivamente, quer o comodato, quer o mútuo, consoante a natureza não-fungível ou fungível das coisas envolvidas.





15.º - Os usos comerciais

Aspetos gerais: os usos comerciais estão na origem do Direito Mercantil. As exigências do comércio medieval originaram, nas cidades italianas e, mais tarde, nas do Norte da Europa, regras que serviam todos os interessados e que, por isso, eles voluntariamente subscreviam. Pergunta-se, todavia, porquê os usos e não costumes? Na tradição civil, diz-se costume a prática social reiterada, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade. O uso seria, simplesmente, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade. O uso seria, simplesmente, uma prática reiterada, sem esse elemento subjetivo. Esta conceção deve ser abandonada: a convicção da obrigatoriedade só surge... depois de haver costume. Por isso, a distinção entre o uso e o costume não pode ser endossada à denominada “convicção de obrigatoriedade”, presente, apenas, neste último. A distinção será outra: o costume traduz regras de tipo imperativo. Pelo contrário, o uso é supletivo. Só adere a um uso quem pretender beneficiar do que ele comporte; em compensação, o costume traduz uma conduta imperativa, sob cominação de sanções. Compreende-se, a esta luz, porque razão, no Direito Comercial, operam os usos e não, em regra, o costume: as regras em jogo são supletivas. E já assim era nos inícios. O desenvolvimento do Direito Comercial, na Alemanha e durante a primeira parte do século XIX operou, em boa parte, na base dos usos. Por isso e em homenagem às origens, os códigos comerciais do século XIX – com relevo para o ADHGB e para o *Codice di Commercio* de 1882 – davam um especial papel aos usos. A evolução subsequente levou a que muitos dos usos comerciais fossem acolhidos nas leis. Dada essa recuperação do Direito Comercial pelo Estado, pouco sentido faria a manutenção de um especial papel dos usos: difíceis de conhecer e de impor, eles constituiriam sempre um fator de complicação e de incerteza. Sensível a esta problemática, o Código Comercial não os inclui entre os seus esquemas de integração, previstos no artigo 3.º. Perante o silêncio do Código Comercial, quanto a um valor genérico dos usos, cabe recorrer ao Código Civil. Este nada dispõe, em geral, quanto ao costume. Mas no que respeita aos usos, contém um pequeno subsistema regulador. No seu artigo 3.º, epígrafado «valor jurídico dos usos», dispõe:

«1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine;

«2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos».

No anteprojecto de Manuel de Andrade, o mesmo n.º1 era expresso em termos de maior elegância²⁹. Não foi feliz o “revisor ministerial”, ao mutilar a fórmula de Manuel de Andrade. Substituiu “boa fé” por “princípios da boa fé” e isso quando a boa fé equivale, por si, a um princípio; e trocou “têm relevância jurídica” por “são juridicamente atendíveis”: fica-se sem saber de que poderá depender tal atendibilidade, depois de haver, para eles, uma remissão legal. A fonte inspiradora de Manuel de Andrade foi o artigo 8.º das disposições preliminares do Código Civil italiano³⁰. Segundo o artigo 1.º das referidas disposições preliminares, os usos

²⁹ Os usos não contrários à boa fé têm relevância jurídica quando assim esteja determinado na lei.

³⁰ Sob a epígrafe “usos”, dispõe esse preceito:

«1. Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos, os usos só têm eficácia quando sejam reclamados por eles.





surgiam, entre as fontes, em quarto e último lugar (depois das leis, dos regulamentos e das normas corporativas). O artigo 9.º admitia usos públicos em recolhas oficiais de entes e de órgãos ara tanto autorizados: presumir-se-ia a sua existência, até prova em contrário. Ao elaborar o seu anteprojeto, Manuel de Andrade acolheu as ideias que os usos só valeriam quando a lei para eles remetesse e de que eles cedem perante as normas corporativas. Quanto à boa fé: esse Autor reconhece que se inspirou em Enneccerus/Nipperdey e, logo, no Direito Alemão. Enneccerus/Nipperdey, relativamente aos usos e às práticas do comércio ocupam-se do tema. Segundo esses Autores, os usos, quando concordes com a boa fé, seriam aplicáveis nas hipóteses seguintes:

«a) na interpretação dos negócios jurídicos: de facto, o §157 do BGB determina que os contratos sejam interpretados segundo a exigência da boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico;

«b) sempre que, para eles, as partes remetam;

«c) no âmbito do §242, do BGB: o devedor fica obrigado a efetivar a prestação como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico;

«d) quando a lei especificamente para eles apele».

Manuel de Andrade restringiu, no seu anteprojeto, a relevância dos usos à quarta situação de Enneccerus/Nipperdey. Mas acrescentou:

«Resta advertir que nos lugares próprios deve considerar-se a relevância dos usos no tocante à interpretação dos contratos (ou outros negócios de natureza patrimonial), à execução de quaisquer prestações devidas, e ainda que as partes podem remeter para eles, de modo expresso ou tácito, quando estipulem sobre matérias não subtraídas à sua disponibilidade».

O legislador, particularmente o então Ministro da Justiça, Antunes Varela, não considerou esta recomendação. O Código Civil não se refere aos usos em matéria de interpretação (236.º a 238.º) ou de integração de negócios (239.º), nem no tocante à execução das obrigações (762.º, n.º2). Tão pouco se lhes reporta como hipótese de remissão das partes. Como se vê, o Código Civil, a versão final, restringiu em extremo o papel dos usos. Recorreu, em simultâneo, aos modelos italiano e alemão para multiplicar as restrições. Subjacente está uma evidente desconfiança, em relação aos usos. Além disso, manifesta-se a não sensibilidade dos seus ilustres Autores ao Direito Privado, no seu todo, designadamente ao Direito Comercial.

Elementos e natureza; confronto com o costume: o uso traduz-se numa prática social reiterada. Temos, como elemento:

- ➔ Atuação social; tal atuação deve ter uma extensão mínima, sendo adotada por diversos membros da comunidade: condutas isoladas ou restritas não dão corpo a usos;
- ➔ A atuação repetida: só o reiterar da conduta permite identificar um uso;
- ➔ Uma certa antiguidade: a própria repetição implica estabilidade nas condutas.

«2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos, ainda que reclamados pelas leis e pelos regulamentos, salvo se dispuserem diversamente».





A reflexão sobre os usos juridicamente relevantes permite apurar um outro requisito: a sua patrimonialidade. Por certo haverá usos não patrimoniais. Mas tais usos não são juridicamente relevante. Em compensação, os usos relativos a contratos internacionais de transporte (*inconterms*) e de compra e venda (*trade terms*, como exemplos) e os usos bancários (contrato de abertura de conta, como exemplo), têm natureza comercial e, logo, patrimonial. Em compensação, o requisito da espontaneidade levanta dúvidas. Num primeiro momento (o do proto-uso), haverá espontaneidade, quer na criação quer, pelo menos, na adoção. Mas desde o momento em que o uso se generalize e, para ele, apontem ou a lei ou a jurisprudência, perde-se esse fator. O uso deve ser aprendido, para poder funcionar. O confronto habitual entre o costume e os usos explica que o primeiro tem, em si próprio, o fundamento da jurídica-positividade. Seja pela *opinio iuris vel necessitatis*, seja pela especial matéria que sobre ele recaia, seja pelo fenómeno da positivação, o costume tem uma capacidade de autoafirmação que falece ao uso. Daí resulta quando se aplique um costume lida-se com uma norma imperativa. O recurso ao uso traduz uma simples norma supletiva: funciona quando as partes para ela remetam ou, pelo menos, quando não a afastem.

Os usos no Código Civil; os usos como estalões (*Standards*): os usos são objeto de remissão, pelo Código Civil, em oito grupos de situações:

- Na conclusão do contrato, quanto à dispensa de aceitação (234.º);
- Nas obrigações em geral, quanto ao anatocismo (560.º, n.º3) e à realização da prestação (763.º, n.º1 e 777.º, n.º2);
- Na compra e venda, designadamente nas modalidades mais marcadamente comerciais (885.º, n.º2, 919.º, 920.º, 921.º, n.º1, 922.º, n.º2, 924.º, n.º2, 925.º, n.º2, 937.º);
- Na locação, de forma moderada (1037.º, n.º1 e 1039.º, n.º1);
- Na parceria pecuária, contrato de tipo agrário (1122.º, n.º1 e 1128.º);
- No mandato, particularmente nas vertentes comerciais (1158.º, n.º2, 1163.º e 1167.º);
- No achamento (1323.º, n.º1);
- No campo das doações, da família e das sucessões, designadamente no que tange a donativos e certas despesas: 940.º, n.º2, 1682.º, n.º1, 2110.º, n.º2 e 2326.

Temos, ainda, a proibição de remeter para usos, no artigo 1682.º, n.º4. Em termos práticos, a área civil qua mais atenção tem merecido, aos tribunais, é a do anatocismo (juros de juros). A existência de um uso bancário que permita o funcionamento alargado do anatocismo é afirmado por várias jurisprudência. Nos termos gerais (348.º), quem invocar a existência de um uso deve prova-lo. O tema do anatocismo veio perder acutilância judicial porque passou a ser contemplado nas cláusulas dos contratos bancários. Ele é ainda objeto de um especial esclarecimento, ao consumidor. O controlo pelo sistema (a boa fé do artigo 3.º, n.º1) deve ser efetivo, particularmente na área em jogo. Os usos podem também ter um papel significativo no tocante à concretização de certos conceitos indeterminados. Por exemplo: a remissão do artigo 487.º, n.º2 para o bom pai de família, na determinação da culpa, e na base da qual se pode extrapolar um critério de diligência, em geral. Fixar, em sectores específicos, qual o grau de diligência exigível pode implicar o conhecimento das práticas ou das boas práticas, na área em causa. Estamos perante um elemento no qual os usos podem ser úteis, falando-se, ainda, em estalões (*standards*). Estes funcionam como fontes mediatas, no sentido de atuarem no âmbito





da concretização de tais conceitos, fontes primárias. Finalmente: os usos podem ter um papel no pré entendimento do juiz e interferir, nessa medida, em toda a sequência de realização do Direito. O controlo desse processo implica, deste modo, a sensibilização da Ciência do Direito para os usos.

Os usos no Código Comercial e no Direito Mercantil: no próprio Código Civil, o essencial da remissão para os usos opera em áreas materialmente comerciais. Cumpre, agora, levantar as referências feitas, a seu propósito, no Código Comercial:

- Artigo 232.º, §1.º;
- Artigo 238.º;
- Artigo 248.º;
- Artigo 269.º;
- Artigo 373.º, § único;
- Artigo 382.º;
- Artigo 399.º
- Artigo 404.º, § único;
- Artigo 407.º.

Os diplomas extravagantes, que têm vindo a substituir as rubricas do Código Comercial não referem, em geral, os usos comerciais. De um modo geral, o Direito codificado não joga com os usos. Os usos valem, quando as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, para eles remetam. Nessa altura, terão a força vinculativa dos próprios contratos. Trata-se de uma ocorrência que, quando alcançada através de cláusulas contratuais gerais predispostas por comerciantes a não comerciantes, exige um especial esclarecimento dos particulares. Ela é bastante frequente no domínio do Direito Bancário. E é ainda no Direito Bancário que se documenta algum apelo judicial aos usos. Uma aplicação relevante dos usos ocorre nos tipos sociais de contratos. Diz-se contrato típico aquele cujas cláusulas nucleares constam da lei. As partes não são, em regra, obrigadas a observá-las: trata-se de esquemas legais disponíveis: as partes podem desviar-se deles, estipulando as cláusulas que, em concreto, mais lhe convenham. Apesar de meramente supletivos, os tipos legais de contratos têm um duplo interesse:

- Representam, no termo de longa evolução histórica, tendencialmente, as soluções mais justas e equilibradas;
- Dispensam as partes, quando queiram contratar, de (re)elaborar todo um complexo articulado.

Tipos legais de contratos são os constantes do Código Civil: dezasseis, desde a compra e venda à transação (artigos 874.º a 1250.º). São ainda tipos contratuais legais outras figuras constantes do Código Comercial e de diversos diplomas avulsos. Ao lado dos tipos contratuais legais temos tipos sociais: encadeamentos de cláusulas habitualmente praticadas em determinados sectores, muitas vezes dotados de designação própria e que, mau grado e não formalização em lei, traduzem composições equilibradas e experimentadas. Tipos sociais muito importantes são, por exemplo, os contratos de abertura de conta (bancária) e de concessão comercial. O tipo social, mau grado a falta do selo oficial, pode funcionar em moldes de se repetir em lugares comuns, ao mesmo tempo que afeiçoa as soluções historicamente mais equilibradas. Noutros ordenamentos, como no alemão, os tipos sociais dão azo a regras consideradas consuetudinárias. Entre nós, a lesteza do legislador, que tudo regula com prontidão, confere





pouca margem aos tipos sociais: transforma-os em legais, como sucedeu com a locação financeira e com a cessão financeira. Verifica-se, ainda, que os tipos sociais são, com frequência, alvo de pequenas codificações, deitas em cláusulas contratuais gerais. Haverá, então, que proceder ao seu controlo material, através da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. O artigo 3.º, n.º1 do Código Civil, como vimos, dá relevância aos usos quando, para eles, a lei remeta. No Direito Bancário português existe uma remissão geral para os usos. Segundo o artigo 407.º do Código Comercial

«Os depósitos feitos em bancos ou sociedades reger-se-ão pelos respetivos estatutos em tudo quanto não se achar prevenido neste capítulo e mais disposições legais aplicáveis».

49

A referência a “estatutos” reporta-se, na realidade, aos usos³¹. O depósito bancário surge, muitas vezes, integrado em séries negociais complexas, que incluem, como exemplos, a abertura de conta, a convenção de cheque, a concessão de determinados créditos e, ainda, a prestação de certos serviços. Podemos admitir a vigência, *ex lege*, de usos que abarquem todo esse negócio complexo, por interpretação extensiva e atualista do artigo 407.º do Código Comercial. Caso a caso se procederá à sindicância *ex bona fide*. Os nossos tribunais acolhem por vezes e sem sobressalto, usos bancários. Finalmente, temos uma relevância dos usos no domínio do *ius mercatorum* e dos contratos internacionais de transporte.

Natureza, a boa fé: os usos traduzir-se-iam em meras práticas sociais. Só por si, não dariam azo a normas jurídicas, isto é, a proposições capazes de resolver casos concretos. Como foi dito, por aí se distinguiriam do costume o qual teria, em si, essa potencialidade. O artigo 3.º, n.º1, do Código Civil, é demasiado restritivo, como é hoje pacífico: coloca-se em contra corrente relativamente ao conjunto do Direito privado atual. A ser tomado à letra, erradicaria os usos comerciais, que alimentam áreas nobres do ordenamento. Os usos podem adquirir relevância prescritiva por uma das três vias:

- ➔ Através da lei, que para eles remeta; tal a mensagem do artigo 3.º, n.º1, nessa eventualidade, a lei poderá fazê-lo totalmente, de modo que os usos assumam uma função regulativa; mas pode remeter para eles apenas para auxiliarem na interpretação de negócios jurídicos ou para complementarem a sua integração; a lei portuguesa não documenta, todavia, estas duas últimas hipóteses;
- ➔ Através do costume: caso o uso funcione como norma interpretativa *a se*, manifesta-se uma fonte autónoma do Direito.
- ➔ Através da autonomia privada: as partes, quando celebrem livremente os seus contratos, podem fazê-lo estipulando cláusulas ou remetendo, simplesmente, para as práticas habituais no sector.

Em qualquer dos casos, os usos são fontes de Direito: são eles que permitem a revelação de normas jurídicas. E fazem-no diretamente: por isso, contra a qualificação legal, eles não podem deixar de surgir como fontes imediatas do Direito. Se bem atentarmos nas figuras dos usos comerciais consagrados e nos tipos contratuais sociais, verifica-se que a juridificação dos usos,

³¹ “Estatutos” corresponde à expressão usada no artigo 310.º do Código de Comércio Espanhol, fonte do citado artigo 407.º. No preceito espanhol, eles designam os usos. Como “estatutos”, em sentido português, nem fariam sentido: o banqueiro individual não tem estatutos enquanto os das sociedades não se ocupam dos depósitos, como é evidente.





que eles consubstanciam, acaba por ser imputada ao sistema, no seu conjunto. Eles são sistema, independentemente da possibilidade de os intercalar na pirâmide kelseniana. Fica-nos, pois, a saída dos usos como fontes de Direito, para integração do sistema. O artigo 3.º, n.º1 exige, para a aplicabilidade dos usos, que os mesmos não sejam «contrários à boa fé». Vimos a sua origem, de resto confessada por Manuel de Andrade: ela reside na conexão entre *Treu un Glaubem* e *Verkehrssitte*, a qual remonta à jurisprudência comercial alemã do século XIX. E entre nós? Já se tem visto, na sindicância *ex bona fide*, uma exigência de racionalidade, uma forma de combater os “usos manhosos” e um conceito ético-moral (sic), a apreciar em cada caso pelo julgador. Esta última solução, vinda dos ilustres autores do Código Civil, nesta área, surpreende: afastou-se o costume pela insegurança que poderia ocasionar e permite-se que o julgador decida, caso a caso, em função de bitolas éticas para as quais não se dá qualquer critério? A boa fé tem, hoje, um sentido estabilizado: não se compreenderia que, ao propósito de cada uma das suas diversas manifestações, os autores se afadigassem a montar um sistema ad hoc, sem terem em conta de que estamos perante uma das áreas mais densificadas, em termos de jurisprudência e de doutrina, do Direito Civil. A boa fé opera como um princípio do sistema jurídico, desdobrado em dois subprincípios: o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade subjacente. Assim, não são atendíveis usos que defrontem aquilo com que, legitimamente, os interessados poderiam contar (confiança). E tão pouco são operativos os usos que desvirtuem a função socio-económica do instrumento de cuja concretização se trate. Nada temos, aqui, de muito diferenciado: a própria lei que contradite esses vetores será paralisável por abuso do direito.





Secção II – Dos Comerciantes

16.º - A ideia geral de comerciante

Relevância; os atos de comércio unilaterais: as exposições de Direito Comercial português comportam sempre uma rubrica de média extensão consagrada aos comerciantes. O Código Comercial principia, no seu artigo 1.º, cum uma profissão de fé objetivista: declarar reger atos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervenham. Porém, logo no artigo 2.º, prevê a especial categoria dos atos subjetivamente comerciais, isto é, daqueles que o são por serem praticados por comerciantes ou por a estes respeitarem. É certo que toda a pessoa civilmente capaz de se obrigar pode praticar atos de comércio – artigo 7.º. Mas nem todo o que pratica atos de comércio é comerciante. Na verdade e segundo o artigo 13.º:

«São comerciantes:

«1.º As pessoas que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão;

«2.º As sociedades comerciais».

A profissão do comércio é proibida a determinadas entidades referidas no artigo 14.º, havendo ainda que contar com diversa legislação especial. A decisão de considerar uma pessoa como comerciante tem relevo para a determinação dos atos de comércio subjetivos. Além disso, ela torna os visados incursos em obrigações especiais. Segundo o artigo 18.º:

«Os comerciantes são especialmente obrigados:

«1.º A adotar uma firma;

«2.º A ter escrituração mercantil;

«3.º A fazer inscrever no registo comercial os atos a eles sujeitos;

«4.º A dar balanço e a prestar contas».

Outras obrigações surgem em diplomas extravagantes. Apesar da linguagem legal, as obrigações dos comerciantes apresentam-se, muitas vezes, como encargos. A sua inobservância pode não ter sanções diretas: apenas os impede de beneficiar plenamente do estatuto mercantil. Todavia, somente caso a caso se torna possível fazer um juízo sobre a natureza das obrigações dos comerciantes. A qualidade de comerciante confere, ainda, determinados privilégios. Tais privilégios prendem-se com o desfrute de diversos aspetos da lei comercial que tutelam a sua atividade – e cujos princípios materiais acima deixámos expressos. Mas prendem-se, sobretudo, com o regime dos chamados atos de comerciais, já acima aludidos a propósito dos atos mistos. Em termos históricos, o Direito Comercial era o Direito da classe dos comerciantes. A Revolução Francesa combateu esse ponto de vista, originando sistemas objetivos de Direito Comercial: este regulará o comércio, independentemente da intervenção de comerciantes. O Direito Português conservou, todavia, o resquício dos atos comerciais subjetivos. Trata-se de uma prerrogativa dos





comerciantes: a de comercializarem os atos em que toquem. Quando essa comercialização valesse nos atos concluídos apenas por comerciantes, tudo se passaria entre eles. O problema põe-se quando um comerciante se relacione com um não comerciante: de Direito aplicar? Quando o ato seja subjetivamente comercial, o Direito a aplicar é, naturalmente, o comercial. Quando o ato seja cindível e surja objetivamente comercial apenas por uma das partes e não para a outra, o regime aplicável é, de novo, o comercial. É este o regime que se extrai do artigo 99.º, assim concebido:

«Embora o ato seja mercantil só com relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contratantes, salvo as que forem aplicáveis àquele ou àqueles por cujo respeito o ato é mercantil, ficando, porém, todos sujeitos à jurisdição comercial».

52

A exceção da 2.ª parte do preceito é relativa aos atos cindíveis. Mas, na prática, tem a ver com as obrigações específicas do comerciante, seriadas no artigo 18.º ou outras equivalentes. O comerciante pode, pois, impor a “sua” lei aos não comerciantes. Vê-se, por aqui, que a qualificação de uma pessoa como comerciante não é uma questão interna de uma classe ou categoria profissional: dela resultam consequências para todos. Aliás, a própria ideia de cindibilidade de certos atos comerciais apenas para um dos lados é artificiosa: os atos são unos, destinando-se a sua cisão apenas a deixar a ideia do predomínio comercial. A contraprova está no regime aplicável: o mercantil.

Comerciante e empresário: a expressão comerciante – que engloba, também, o industrial – era a fórmula técnica correta para designar o sujeito que atua no Direito Comercial, com os atributos do artigo 13.º. Na linguagem corrente a expressão comerciante assume uma conotação menos relevante, quando não mesmo: pejorativa. Assim, ela tem sido substituída por empresário, locução prestigiada. Outras designações específicas de comerciante vêm sendo trocadas; o estalajadeiro será o empresário de hotelaria e o merceeiro empresário da indústria alimentar... Alguma doutrina e o próprio legislador contribuem para este insólito substituindo, sem critério, comerciante por empresário ou por empresa. Sucede, porém, que empresário é aparentemente, o detentor de uma empresa. A locução só se adapta a pessoas singulares e não tem rigor jurídico: tanto é empresário o comerciante ou industrial proprietário direto de uma empresa assim como o é o acionista de uma sociedade que, por seu turno, detenha a empresa, desde que exerça funções de administrador. Além disso, o comerciante pode não deter qualquer empresa. A expressão empresário não lhe poderia, pois, ser aplicável. Não obstante estes óbices, o Decreto-Lei n.º 339(85, 21 de agosto, que veio regular o acesso à atividade comercial, não referia o comerciante: mencionava, pessoas coletivas e empresários em nome individual. Esse diploma foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 abril, que mantém essa mesma terminologia. Além disso, fixa diversas exigências (simplificadas) para o exercício do comércio, sem referir comerciantes ou as velhas categorias comerciais. Devemos ainda estar prevenidos perante a utilização, com um sentido autónomo, da expressão empresário no Direito Civil do consumo e no das cláusulas contratuais gerais. Aí, empresário contrapõe-se a consumidor final. Sendo assim, empresário surgirá, tecnicamente, como qualquer agente económico-jurídico que ocupe uma posição como produtor ou como distribuidor. E isso independentemente de surgir como comerciante ou de deter qualquer empresa. Este conceito de empresário que se presta, de resto, a dúvidas e a objeções, não pode ser nem extrapolado para o Direito Comercial, nem equiparado a comerciante.





A reforma do Código Comercial alemão de 1998: as vicissitudes do legislador nacional têm, todavia, uma certa justificação de fundo. Há muito o Direito Comercial iniciou uma deslocação da ideia de comerciante para a de empresa. Sem êxito: a empresa não suporta uma dogmatização operacional. Daí o quedar-se por posturas ambíguas, como a de empresário. O fenómeno não é nacional: ele tem sido enfrentado, com êxitos diferentes, pelas diversas doutrinas. A essa luz, parece-nos ter o maior interesse referir a tentativa levada a cabo pelo moderno Direito Comercial alemão de, através de corajosa reforma legislativa, efetuar uma bissetriz razoável entre as ideias de comerciante e de empresa. A reforma do HGB de 1998 veio tocar nos pontos seguintes:

- No conceito de comerciante;
- No regime da firma, de modo a torna-lo mais operacional perante a concorrência europeia;
- No Direito das Sociedades Comerciais de pessoas, atualizando-o;
- No processo contencioso do registo comercial, aperfeiçoando-o e facilitando-o;
- No domínio da proteção das marcas;
- No tema da proibição da concorrência pós contratual, em função de exigências constitucionais.

Após 1998, as alterações cifraram-se, essencialmente, no seguinte: o §1/II perdeu a enumeração que o enformava, sendo substituído por esta fórmula:

«Considera-se profissão comercial todo o empreendimento profissional, a não ser que a empresa, pelo seu tipo ou âmbito, não exija um empreendimento negocial erigido em moldes comerciais».

Precisando conceito, temos, à cabeça, a noção de profissão comercial. Esta tem componentes racionais e histórico-culturais, sendo definida como autónoma, remunerada, dirigida para um número indeterminado de negócios e com uma atuação virada para o exterior, com exceção das profissões artísticas ou científicas, tal como das profissões liberais. O exercício de uma profissão deve sê-lo em nome próprio. O núcleo da noção de comércio acaba assim por ser a “necessidade de um empreendimento negocial erigido em moldes comerciais”. Não se trata de uma definição, reclamando Canaris, para o seu funcionamento, indícios ordenados em função de um sistema móvel. Tal empreendimento exige, pois, um mínimo de organização, em moldes qualitativos ou quantitativos, a determinar de acordo com juízos de normalidade. A apontada reforma do HGB implicou ganhos em adequação: pôs cobre ao anterior sistema de enumeração de atividades comerciais, considerada antiquada. Provocou, todavia, todas as incertezas das cláusulas gerais. A doutrina aplaude a supressão das antigas categorias de comerciantes, substituída pela faculdade, reconhecida aos pequenos empreendimentos, de assumirem, pelo registo, natureza comercial. Preparada com cuidado já sob o signo da transposição para a empresa, o novo conceito de comerciante parece adotar nessa direção. Mas a tarefa é difícil: para além dos óbices da teoria da empresa encontramos, ainda, a polissemia resultante de, nas leis do consumo, empresário ter um sentido diferente.





O sistema do Código Comercial: o Código Comercial dedicou os Títulos II e III do seu Livro I, respetivamente, à capacidade comercial e aos comerciantes. Aparentemente, haveria uma inversão lógica, depressa desmentida pela consideração do ideário objetivista do Código: a capacidade reporta-se à prática de atos de comércio – artigo 7.º; e é na base dessa prática que se alcança a ideia de comerciante – artigo 13.º No tocante ao capítulo relativo a comerciantes, encontramos seis artigos, com o seguinte teor geral:

- Artigo 13.º: indica quem se considera comerciante;
- Artigo 14.º: proíbe a profissão do comércio a certas entidades;
- Artigo 15.º: dívidas comerciais do cônjuge comerciante;
- Artigo 17.º Estado e outras entidades públicas;
- Artigo 18.º: obrigações específicas dos comerciantes.

O esquema tinha uma indubitável lógica de conjunto. Cumpre agora verificar como resistiu ao assalto do tempo. O artigo 13.º contrapôs, aparentemente, pessoas singulares – n.º1 – a pessoas coletivas – n.º2. Mas não: logo no artigo 14.º, proíbe a profissão do comércio às associações ou corporações que não tenham por objeto interesses materiais: prova (segundo alguns) de que, na linguagem de Veiga Beirão, as pessoas coletivas podem fazer do comércio profissão, caindo assim no âmbito do artigo 13.º, n.º1. Ser-se comerciante é fazer profissão do comércio, desde que, naturalmente, se tenha capacidade para isso. A prática profissional de atos de comércio pode ser classificada com recurso a quatro vetores:

- É uma prática reiterada ou habitual: o profissional do comércio – com qualquer profissão – não se limita a praticar atos ocasionais ou isolados: realiza-os em cadeia, articuladamente e em grande número;
- É uma prática lucrativa: a linguagem não comporta uma ideia de doador ou benemérito profissional, ainda que felizmente os haja; uma atuação profissional é sempre uma atuação que visa angariar meios, isto é, que procura um lucro;
- É uma prática juridicamente autónoma: o comerciante atua em nome próprio e por sua conta; se se tratar de um trabalhador subordinado, cai no regime do contrato de trabalho, muito diversa do Direito Comercial;
- É uma prática tendencialmente exclusiva: embora o comerciante possa ter outras profissões e outros profissionais também possam ser comerciantes, há limites práticos: ninguém pode ter um número elevado de profissões, uma vez que não é possível acumular, indefinidamente, práticas reiteradas de atos de diversa natureza; a lei comercial não exige a exclusividade; no entanto estabelece regras que inculcam uma afetação total do património do comerciante ao seu comércio e, daí, uma ideia de dedicação tendencialmente exclusiva.

O sistema do Código Comercial está claramente assente em atos de comércio e não na empresa. Teoricamente, seria possível intentar um modelo em que o comerciante fosse o detentor da empresa – o empresário –, ou dispusesse de uma organização mínima, um tanto à semelhança do reformado Direito Comercial Alemão e do Direito Italiano. Num cenário desse tipo, seria mesmo possível alargar, depois, o regime do empresário, pelo menos nalguns pontos, ao





pequeno comerciante ou ao profissional sem empresa. Não é esse o esquema da lei. Por um lado a ideia de empresa é imprecisa no que, de resto, lhe dá o seu atractivo. Por outro lado, não foi essa a escolha do legislador. Não podemos, nessa base, (re-)construir o sistema do Código Veiga Beirão.

17.º - O comerciante pessoa singular

55

O acesso ao comércio: as pessoas singulares podem ser comerciantes: basta que tenham capacidade para praticar atos de comércio e façam, deste, profissão. A Constituição garante a liberdade de trabalho – artigo 47.º, n.º1 – e a liberdade de empresa – artigo 61.º, n.º1. Inferimos daí que a possibilidade de abraçar a profissão de comerciante e, dentro do comércio, de escolher qualquer ramo ou domínio tem cobertura constitucional. No tocante à atividade industrial – que, juridicamente, se integra no comércio –, a liberdade de acesso é afirmada pelo artigo 1.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 519-I/1/79, 29 dezembro. Este diploma destinava-se a revogar os resquícios do chamado condicionamento industrial³² vigente no Estado Novo: nos termos desse condicionamento o estabelecimento de qualquer indústria exigia uma autorização do Estado.

A capacidade para praticar atos de comércio: segundo o artigo 13.º, n.1, para se ser comerciante é necessário ter capacidade para praticar atos de comércio. Capacidade de gozo ou capacidade de exercício? A doutrina encontra-se dividida. Entende a maioria dos autores que está em causa a capacidade de exercício; assim Adriano Anthero, Cunha Gonçalves, Barbosa de Magalhães, Fernando Olavo e Lobo Xavier. Uma posição minoritária, inicialmente lançada por Mario de Figueiredo e retomada por Ferrer Correia e por Pereira de Almeida, entendia bastar a simples capacidade de gozo. Oliveira Ascensão tenta uma terceira via que nos parece aderente à posição maioritária: o incapaz não poderia, por si, praticar atos de comércio e logo ser comerciante; mas já poderia sê-lo quando os competentes atos fossem praticados por representantes legais, devidamente autorizados. O Código Comercial distingue entre a capacidade para praticar atos de comércio – artigo 7.º - e os requisitos para se ser comerciante – artigo 13.º, n.º1. Cumpre manter estes dois planos distintos, sendo certo que apenas o primeiro tem a ver com a capacidade comercial em si. Segundo o artigo 7.º:

«Toda a pessoa nacional ou estrangeira, que for civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar atos de comércio, em qualquer parte destes reinos e seus domínios, nos termos e salvas as exceções do presente Código».

³² Trata-se de um esquema que requeria, para a instalação de qualquer nova indústria uma licença especial do Estado considerada, ao mesmo tempo, como um ato de polícia económica, um instrumento de controlo tecnológico da produção e uma providencia de fomento. Eram consultados os concorrentes já instalados. Ao abrigo do condicionamento industrial, importantes iniciativas empresariais foram retardadas durante muito tempo: bloqueadas, mesmo, num aspeto que dificultou o desenvolvimento do País.





Este preceito equivale a uma remissão para a lei civil. As regras sobre capacidade de gozo e de exercício das pessoas singulares e coletivas, fixadas pela lei geral, têm plena aplicação no Direito Comercial. No essencial, elas são as seguintes:

- ➔ As pessoas singulares têm capacidade de gozo pleno – artigo 67.º do Código Civil;
- ➔ As pessoas coletivas têm a capacidade de gozo necessária ou conveniente à prossecução dos seus fins: artigos 160.º, n.º1 CC e 6.º, n.º1 CSC, sendo de notar que a doutrina atual interpreta latamente estes preceitos, pondo em causa o princípio da especialidade.

No tocante às pessoas singulares, os menores não têm, em princípio, capacidade de exercício – artigo 123.º CC; a incapacidade daí resultante é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela – artigo 124.º. Quanto às pessoas coletivas, são as mesmas representadas pelos titulares dos competentes órgãos: artigos 163.º, n.º do Código Civil e 192.º, n.º1, 252.º, n.º1 408.º, n.º2, 474.º e 478.º, todos do CSC. Tudo isto é aplicável, por força do artigo 7.º, à prática de atos comerciais. O artigo 7.º não refere “toda a pessoa capaz de se obrigar, pessoal e livremente”. Ora, os incapazes obrigam-se pelos seus representantes. As próprias pessoas coletivas, embora não sejam incapazes, também são representadas para agir. Entendemos, pois, que o artigo 7.º remete globalmente para a lei civil, quer quanto à capacidade de gozo, quer quanto à capacidade de exercício. Mercê dessa regra, há atos de comércio que são acessíveis a menores, mesmo sem representação. Quanto a estrangeiros, deve ter-se presente que rege a lei pessoal, tratando-se de pessoas singulares – artigo 25.º - e a lei da sede principal e efetiva da sua administração, perante pessoas coletivas – artigo 33.º, ambos do Código Civil.

A situação dos menores: o artigo 7.º, de acordo com a interpretação acima proposta, determina a aplicação, no Direito Comercial, das diversas regras civis: quer quanto à capacidade de gozo, quer quanto à capacidade de exercício. É a saída mais natural e que corresponde precisamente aos valores em presença. Esta orientação pode ser confirmada com recurso à situação dos menores. O artigo 123.º do Código Civil retira aos menores a capacidade de exercício. Fá-lo, porém, aparentemente. Convém reter o artigo 127.º do mesmo Código. Perante esse preceito e desenvolvendo uma ideia do Professor Gomes da Silva, verificamos que a incapacidade dos menores é, desde logo, aparente: as exceções são mais extensas do que a regra. Na verdade:

- ➔ Os negócios da vida corrente, do menor como do maior, são acessíveis a todos; apenas se exigirá que o menor entenda o que está a fazer, o que é de apreensão imediata por qualquer envolvido;
- ➔ O menor de dezasseis anos pode ser autorizado a exercer profissão, arte ou ofício: nessa altura pode praticar não apenas os atos relativos à atividade em causa como, ainda, administrar e dispor de bens assim adquiridos³³.

Temos, de seguida, um aspeto da maior importância: o regime dos atos praticados pelos menores. Tais atos são (meramente) anuláveis – artigo 125.º do Código Civil – o que é dizer: produzem todos os seus efeitos, podendo ser impugnados, apenas, pelo representante do menor ou pelo próprio menor e, mesmo então, com diversos condicionamentos. O menor pode, pois, praticar

³³ Vide, também, o artigo 1888.º, n.º1, alínea d) do Código Civil.





inúmeros atos comerciais: quer por serem da vida corrente, quer por corresponderem a uma profissão que o menor tenha sido autorizado a exercer, quer, finalmente, por porem em jogo apenas bens conseguidos no exercício dessa profissão. Pergunta-se, todavia, se a prática de atos comerciais por menores não vai instilar insegurança no meio mercantil. Não há perigo: trata-se de negócios da vida corrente, normalmente pagos de imediato. Em suma: só por ironia se poderia apresentar como perigosa a prática de atos comerciais por menores. A lei faz depender de autorização a prática de certos atos comerciais ou com relevância comercial, por parte dos menores. Assim, os pais necessitam de autorização do Tribunal – agora: do Ministério Público para – artigo 1889.º, n.º1, alínea c), do Código Civil –:

«Adquirir estabelecimento comercial ou industrial ou continuar a exploração do que o filho haja recebido por sucessão ou doação».

A alienação do estabelecimento também carece de autorização: cai no âmbito geral do artigo 1889.º, n.º1, alínea a), do Código Civil. Tudo isto opera também quanto ao tutor, nos termos do artigo 1938.º, n.º1, alínea a), do mesmo Código. O esquema é ainda aplicável ao interdito – artigo 139.º - e ao inabilitado – artigo 154.º - com as necessárias adaptações.

A profissão de comerciante; proibições, incompatibilidades, inibições e impedimentos:

fixada a capacidade para a prática de atos de comércio, o Código Comercial vem definir quem entende por comerciante. O artigo 13.º, n.º2, reporta-se a sociedades pelo que cumpre relevar o n.º1 desse preceito, segundo o qual é comerciante a pessoa que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, faça deste profissão. Ora parece totalmente razoável e coerente que a lei fixe regras mais estritas para a prática habitual de atos de comércio do que para a sua efetivação ocasional ou, simplesmente, não profissional. O artigo 13.º é, apenas, um introito: apresenta uma noção de comerciante para, depois, poder prescrever regras quanto ao seu acesso. O próprio artigo 14.º, n.º2, ao dispor que a profissão de comércio é proibida aos que, por lei ou disposições gerais, não possam comerciar, vem remeter para legislação extravagante. A profissão de comerciante está aberta a todas as pessoas (singulares). Só por exceção surgem, depois, casos em que ela é verdade. Podemos distinguir:

- Proibições gerais;
- Incompatibilidades;
- Inibições
- Impedimentos.

As proibições gerais resultam de normas que vedam a toda e qualquer pessoa singular certo tipo de comércio. A proibição geral visa ordenar a estrutura comercial do País, pelo menos no tocante ao concreto setor visado. As incompatibilidades impedem determinadas pessoas singulares, colocadas em certas posições ou envolvidas em determinadas situações jurídicas, de exercer o comércio. É o que se passa com os magistrados judiciais, nos termos do artigo 13.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais. Ocorrem esquemas similares com os magistrados do Ministério Público, com militares, com titulares de órgãos de soberania, de outros cargos políticos e de altos cargos públicos ou equiparados. As incompatibilidades atingem determinadas pessoas não por si, mas em função de cargos que exerçam. Vedam qualquer exercício comercial e não podem ser afastadas por nenhuma autorização: apenas com a cessação da ocorrência que lhe deu





origem. As inibições atingem seletivamente determinadas pessoas, por factos que elas hajam perpetrado ou por situações nas quais se achem incursas. A inibição é diversa da incompatibilidade: não está em causa o exercício de nenhum cargo, mas uma ocorrência relativa, própria do inibido. Ao contrário da incompatibilidade, ela não desaparece com a cessação do exercício de quaisquer funções mas apenas, de acordo com certos mecanismos legais. Os impedimentos adstringem as pessoas neles incursas a não praticar determinado tipo de comércio, salvo autorização. É o que sucede com o gerente de comércio, previsto no artigo 253.º. Este impedimento dá corpo a uma proibição de concorrência; encontramos figuras deste tipo nos artigos 180.º, 254.º, 398.º, n.º3 e 428.º do Código das Sociedades Comerciais. O impedimento atinge a pessoa em virtude de um cargo; mas ao contrário da incompatibilidade, não é geral e pode cessar com uma autorização.

18.º - O comerciante pessoa coletiva

Sociedades comerciais: recordamos o artigo 13.º, que considera comerciantes:

«1.º As pessoas que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão;

«2.º As sociedades comerciais».

Passando à categoria do comerciante pessoa coletiva, logo encontramos, como entidade de qualificação segura, a sociedade comercial. Sucede, todavia, que a própria sociedade comercial é definida, nessa qualidade, em função de atos de comércio. Segundo o artigo 1.º, n.º2 CSC:

«São sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de atos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade de comandita por ações».

Os atos de comércio aqui visados só poderão ser atos objetivamente comerciais: os restantes pressuporiam a prévia qualificação do seu autor como comerciante. Segundo o artigo 1.º, n.º2 CSC, as sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio devem adotar uma das formas referidas no n.º2; não pode haver sociedades comerciais sob forma civil. Resta concluir que todas as sociedades comerciais que tenham por objeto a prática de atos comerciais assumem uma das formas tipificadas no CSC e são comerciantes. A lei não exige, para a qualificação como comercial, que o objeto social se reporte exclusivamente ou, sequer, predominantemente, à prática de atos comerciais. Trata-se de um ponto importante e que estabelece já a ponte para as sociedades civis sob forma comercial: estas regem-se pelo Direito Mercantil. As sociedades comerciais adquirem a personalidade no momento do registo definitivo do ato constitutivo – artigo 5.º CSC. Resta concluir que se tornam comerciantes nesse momento. Teoricamente pode, pois, haver comerciantes que nunca tenham praticado qualquer ato comercial: a sua comercialidade, prevista na lei, tem o sentido de uma aptidão de princípio para os praticar. As sociedades que tenham por objeto, exclusivamente, a prática de atos não comerciais são sociedades civis. Elas podem seguir o esquema dos artigos 980.º e seguintes do





Código Civil: são as sociedades civis sob forma civil (ou sociedades civis puras). E podem, nos termos do artigo 1.º, n.º4 CSC, adotar um dos tipos legais de sociedades comerciais: são as sociedades civis sob forma comercial. Embora civis, elas regem-se pela lei das sociedades comerciais – artigo 1.º, n.º4, in fine CSC. Só não são operacionais para dar azo a atos subjetivamente comerciais – artigo 13.º, n.º2, 2.ª parte.

Associações e fundações: o exercício do comércio por parte de pessoas coletivas exige cautelas: para defesa dos próprios envolvidos o substrato e no funcionamento das pessoas coletivas em causa, para tutela dos terceiros que, com elas, contratem e para defesa do próprio mercado. Justamente as fórmulas mais conseguidas, no presente momento histórico, para prosseguir tal objetivo, são as sociedades comerciais. Seria, pois, de esperar que todas as pessoas coletivas que se dedicassem ao comércio incorressem em normas paralelas às do artigo 1.º, n.º3 do CSC: devessem assumir a forma de sociedades comerciais, adotando um dos tipos previstos no referido Código. Isso não sucede. Por duas razões:

- A formação fragmentária do Direito privado: há esquemas de pessoas coletivas não societárias, que se dedicam com mais ou menos intensidade ao comércio e que, por tradição consignada na lei civil, não obtêm a forma societária;
- A falta, no Direito Comercial, de tipos de pessoas coletivas que correspondam aos interesses geridos pelas associações e pelas fundações e mais precisamente: de um tipo comercial igualitário tipo associação e de tipo comercial fundacional.

Há, pois, que admitir que pessoas coletivas não societárias, designadamente as associações e as fundações civis, possam praticar atos de comércio (objetivos). De resto é o que resulta do princípio geral do artigo 7.º. Poderão ser comerciantes? Partindo do artigo 13.º, n.º1 – portanto: são comerciantes as pessoas que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão – , encontramos duas posições:

- Esse preceito reportar-se-ia, apenas, a pessoas singulares: Fernando Olavo, Ferrer Correia;
- Esse preceito reportar-se-ia, também, a pessoas coletivas: assim opinam Barbosa de Magalhães e Oliveira Ascensão.

Também a jurisprudência se dividiu. Uma interpretação atualista e integrada não pode deixar de partir da lei vigente. Ora, quanto a isso, não parece haver dúvidas de que o Código Veiga Beirão, no seu artigo 13.º, só previu como comerciantes:

- As pessoas singulares que, do comércio, façam profissão;
- As sociedades.

Seria, por demais, bizarro que se fossem contrapor pessoas singulares e coletivas, às sociedades comerciais. É certo que o artigo 14.º, no seu n.º1, proibia a profissão de comércio:

«às associações ou corporações que não tenham por objeto interesses materiais».

Simplesmente, tais associações ou corporações esgotam o universo das “pessoas morais” que não fossem sociedades, como demonstra Fernando Olavo, apenas com a exceção das entidades públicas, excluídas depois no artigo 17.º. Devemos ter presente que, em 1888, a doutrina da





personalidade coletiva estava ainda muito incipiente. Pergunta-se, agora, se houve uma evolução dos interesses e dos valores que recomende, em nome de uma “interpretação atualista”, a ampliação do n.º1. Se sim, sustentaremos todavia que tal interpretação não deve fazer-se em detrimento dos conceitos comerciais já alcançados, forçando as palavras e as próprias valorações a eles imanentes. Como foi referido, deve entender-se que profissão tem intuitos lucrativos; e seguramente os terá a profissão comercial. Não vemos qualquer vantagem em dirigir o Direito Comercial, supostamente (mais) aderente às realidades da vida e aos valores em presença, para semelhantes irrealismos: o Direito Civil atual rejeitá-los-ia categoricamente. Assim sendo – e assim é – não são comerciantes as associações e as fundações (civis): as primeiras não têm por fim o lucro económico dos associados – artigo 157.º do Código Civil e artigo 182.º, n.º1, alínea b), do mesmo diploma; as segundas têm interesse social – o citado artigo 157.º - não podendo ser reconhecidas se isso não acontecer – artigo 188.º do Código Civil. Também não poderia considerar comerciantes as cooperativas: dado o artigo 2.º, n.º1 CCoop, não têm fins lucrativos. A profissão de comércio implica necessariamente um fim lucrativo. É certo que as associações e as fundações devem dispor de rendimentos próprios. Para isso, ou vivem de donativos ou têm de desenvolver atividades lucrativas. Quando isso suceda, haverá que aplicar, até onde a materialidade das situações o permita, normas comerciais. Não inferimos daí que se trate do exercício profissional do comércio. *De iure condendo*, quando o comércio atinja uma dimensão considerável, o ente não lucrativo em causa deveria constituir uma sociedade autónoma para o efeito; esta, sim, seria comerciante.

Pessoas coletivas públicas e entidades de solidariedade social: o artigo 17.º veda a profissão de comerciante às pessoas coletivas públicas de base territorial. Assim, segundo o seu corpo,

«O Estado, o distrito, o município e a paróquia não podem ser comerciantes, mas podem nos limites das suas atribuições, praticar atos de comércio, e quanto a estes ficam sujeitos às disposições deste Código».

Na primeira parte deste preceito, pouco se adiantou: o artigo 13.º já só admitia, como pessoas coletivas comerciantes, as sociedades comerciais: qualidade que, por certo, as pessoas coletivas públicas de base territorial – o Estado, o distrito, o município e, hoje, a freguesia – não têm. O importante é, pois, a segunda parte da regra: *«podem (...) praticar atos de comércio, e quanto a estes ficam sujeitos às disposições deste Código»*. O § único do artigo 17.º manda aplicar a mesma regra às misericórdias, asilos e demais institutos de benemerência e caridade. Hoje estão em causa as instituições particulares de solidariedade social.

Associações desportivas e duas federações: as associações desportivas ou clubes são pessoas coletivas de Direito privado e tipo associativo: não podem ter intentos lucrativos. Também as federações desportivas não podem ter fins lucrativos. As associações desportivas não se confundem com as sociedades desportivas. As sociedades desportivas, que devem ter, na firma ou denominação social, a sigla SAD, assumem a forma de sociedade anónima. A título subsidiário, é-lhes aplicável o Direito das Sociedades Anónimas. São, seguramente, comerciantes.

Empresas Públicas: tem havido alguma discussão sobre a natureza comercial das empresas públicas. Nenhuma razão existe para as discriminar em relação às empresas privadas. Desde o





momento que, no seu objeto, caia, ainda que a título acessório, a prática do comércio, elas serão comerciantes.

Institutos públicos e associações públicas: os institutos públicos pertencem à administração descentralizada do Estado. Caem no artigo 17.º: não podem ser comerciantes, embora possam praticar atos de comércio. As associações públicas caem na mesma alçada. Embora previstas por lei, elas têm base associativa, assumindo determinados poderes de autoridade. A certas associações mais antigas dava-se a designação de ordens. Mais tarde, a designação generalizou-se, tendo vindo a surgir de modo repetido. Estas entidades não podem ser comerciantes. Todavia, poderão praticar determinados atos de comércio objetivos.

19.º Pessoas semelhantes a comerciantes

A categoria “pessoas semelhantes a comerciantes”: as exposições de Direito Comercial comportam uma rubrica relativa a figuras de qualificação controversa: o mandatário comercial, os gerentes, auxiliares ou caixeiros, os comissários, o mediador, os corretores, o agente comercial, os sócios de responsabilidade ilimitada, os farmacêuticos e os artífices. Deixamos de parte as situações típicas da agência e da mediação. Perante as realidades práticas e dogmáticas do Direito Comercial, não é possível proceder a qualificações rigorosas das figuras em jogo. Elas pressuporiam sempre uma análise do regime aplicável. Acresce ainda que o Direito Comercial não é um todo coerente e sistemático. Além disso, as suas normas não são, à partida, excecionais: podem aplicar-se sempre que ocorram situações que o justifiquem. Chegamos, assim, à ideia de “pessoa semelhante a comerciante”: uma entidade que não sendo comerciante em si, suscita, não obstante, a aplicação das diversas regras do Direito Comercial. Três critérios enformam as “pessoas semelhantes a comerciantes”, para além do facto de, naturalmente, não se poderem considerar de imediato comerciantes, por via das categorias do artigo 13.º:

- São autónomas, o sentido de não se encontrarem ao serviço de outra entidade, por via de um contrato de trabalho;
- Praticam, em série, atos jurídicos com fins lucrativos;
- Dispõem de uma organização mínima, ainda que rudimentar, figurativa de uma empresa.

Quanto às regras comerciais aplicáveis torna-se sempre necessário ponderar cada figura, cada situação e cada norma. Os atos objetivamente comerciais não dependem de discussão; os subjetivamente comerciais são escassos; finalmente, os deveres aplicáveis dependem, hoje, de estreita legislação especial: escapam às qualificações genéricas do velho Direito Comercial. De todo o modo, a figura tem interesse: flexibiliza a ideia de comerciante permitindo alarga-la de acordo com a evolução dominante, numa orientação particularmente importante em face de orientações subjetivas.

O mandatário comercial; os gerentes, auxiliares, caixeiros e comissários: há mandato comercial quando alguma pessoa se encarregue de praticar um ou mais atos de comércio por mandado de outrem – artigo 231.º. O mandato comercial é uma modalidade de mandato –





artigo 1157.º e seguintes do Código Civil – o qual, por seu turno, é uma prestação de serviço – artigo 1155.º do mesmo Código. Nessa qualidade, ele implica o dever de praticar atos jurídicos - : «*um ou mais atos de comércio*» - artigo 231.º, corpo – por conta do mandante. O mandato comercial envolve poderes de representação, ao contrário do civil que pode, ou não, implicá-los. Como modalidade de mandatário comercial surge o gerente de comércio – artigos 248.º e seguintes . O gerente tem mandato geral e trata e negocia em nome do seu proponente – artigos 249.º e 250.º. Também mandatários, no sentido do Código Veiga Beirão, são, em certos limites, os auxiliares – 256.º - e os caixeiros – 259.º. Finalmente, a comissão corresponde a um mandato comercial sem representação – artigo 266.º. Pergunta-se se estas pessoas são comerciantes. A doutrina tem respondido pela negativa, impressionada pelas regras da representação: afinal, quanto fizesse o mandatário comercial – ou o beneficiário de qualquer das subfiguras que lhe possam ser reconduzidas – repercutir-se-ia, por força da representação, na esfera do representado. As demais figuras reduzir-se-iam a trabalhadores subordinados. Apenas o comissário, quando exerça profissionalmente as suas funções, seria o comerciante. A qualificação destas figuras é facilitada com a admissão da categoria de pessoa semelhante a comerciante. Quando alguém exerça profissionalmente as funções de mandatário comercial, de gerente de comércio, de caixeiro ou de comissário, o faça com autonomia e disponha de uma organização para o efeito, haverá que lhe aplicar as regras do comércio, como princípio. Caso a caso se tomara uma opção cabal.

Profissionais liberais: os profissionais liberais não são considerados comerciantes. É certo que, na generalidade, eles dirigem empresas de pequena ou média dimensão. Por razões de tradição a que o Direito Comercial, como Direito privado, não deixa de ser sensível, os profissionais liberais não são considerados comerciantes. Entre nós, são seguramente profissionais liberais os que trabalham com autonomia no âmbito de profissões enquadradas por ordens profissionais. Todavia encontramos profissionais liberais que dirigem autênticas empresas, em moldes próximos dos comerciais. Quando isso suceda estaremos perante “pessoas semelhantes a comerciantes”. Torna-se possível aplicar-lhes determinadas normas comerciais: tudo depende da natureza da situação considerada. Queda acrescentar que a referencia crescente, em diversa legislação, a empresários não permite transpor, para estes, a lógica do comerciante. Antes teremos de, caso a caso, verificar o âmbito atribuído pelas normas em jogo a empresários.



Capítulo 1 – Dos Contratos Comerciais em Geral

Secção 1 – Princípios gerais

42.º - Autonomia das partes

63

Numerus apertus; o poder do mercado: o Direito Comercial dos contratos, enquanto Direito privado, é dominado pelos princípios comuns e, em especial, pela autonomia privada, genericamente consignada no artigo 405.º, n.º1 CC. As partes podem, pois, celebrar os contratos que entenderem e, designadamente:

- Escolher um tipo legal previsto na lei;
- Eleger um tipo social que, embora sem previsão legal específica, esteja consagrado pelos usos e pela prática do comércio;
- Remeter pura e simplesmente para um modelo estrangeiro ou consagrado na prática estrangeira, ainda que submetendo-o, no que as partes não regulem, à lei nacional;
- Associar, num mesmo contrato, regras provenientes de dois ou mais tipos legais ou sociais;
- Inserir, junto de cláusulas típicas, proposições inteiramente novas, de sua lavra;
- Engendrar figuras contratuais antes desconhecidas;
- Adotar contratos comerciais apenas consignados em leis estrangeiras, quando as normas de conflitos o permitam.

Tanto basta para se considerar que, no Direito Comercial, de resto numa manifestação simples de uma regra de Direito privado, vigora um postulado de numerus apertus: o número de atos mercantis teoricamente possíveis é ilimitado. Da vigência de um numerus apertus negotiorum decorrem dois corolários significativos:

- As descrições legais relativas a contratos comerciais não são contratualmente típicas: trabalhamos com conceitos de ordem, os quais permitem a juridificação de elementos a eles alheios;
- As regras comerciais são suscetíveis de aplicação analógica, mesmo quando especialmente previstas para um determinado tipo; essa aplicação é, de resto, possível, como vimos, dentro e fora do Direito mercantil.

A existência de um numerus apertus de contratos comerciais e o progressivo envelhecimento do Código Veiga Beirão conduzem a que muitos dos atos hoje praticados não se revejam nele. Entre nós, País de legislação fácil e contínua, há, antes de mais, que lidar com numerosos diplomas extravagantes. A multiplicação destes não deve, todavia, fazer esquecer a regra básica da autonomia privada, que domina o conjunto. A referência, no Direito Comercial, a um numerus apertus de figuras e à autonomia privada, dados os fins assumidamente em jogo (os do lucro)





levam a colocar o tema do poder juridificador do mercado. Desde o momento em que este se encaminhe para certas figuras ou para determinadas soluções, não caberá ao Direito aceitá-las e assegurar a sua efetiva prossecução? Qualquer resistência, no presente período de globalização, apenas irá determinar uma fuga de operadores e de capitais para praças mais permissivas. Todavia, mesmo aceitando o papel do mercado, este deve ser delimitado: qualquer atuação ilícita não deixará de o seu, por obedecer às leis do mercado. Há regras juridicamente necessárias.

Contratos mistos; a natureza comercial: as partes têm a possibilidade de juntar num único contrato cláusulas provenientes de diversos tipos contratuais ou, ainda, de reunir, também no mesmo instrumento, cláusulas típicas e cláusulas novas. Os híbridos daí resultantes podem, de resto, configurar-se como tipos comerciais sociais: basta que apresentem uma certa estabilidade ditada pela prática mercantil. Em qualquer dos casos, há que lidar com as regras sobre contratos mistos. Em rigor, de acordo com os quadros civis, seria possível distinguir:

- Contratos típicos: aqueles cuja regulamentação geral consta da lei;
- Contratos mistos em sentido estrito: aqueles que resultem da junção, num único instrumento contratual, de cláusulas retiradas de dois ou mais contratos típicos;
- Contratos mistos em sentido amplo: aqueles que correspondam a um conjunto de cláusulas próprias de tipos contratuais legais e de cláusulas engendradas pelas partes;
- Contratos atípicos (em sentido estrito): aqueles que surjam como total criação da vontade das partes.

Em sentido amplo, todos os contratos mistos são atípicos. Uma vez que resultam da autonomia privada, os contratos mistos podem-se multiplicar até ao infinito. No entanto, é comum apontar algumas das suas configurações mais habituais. Assim:

- Contratos múltiplos ou combinados: uma das partes está vinculada a prestações específicas de vários tipos contratuais enquanto a outra está obrigada a uma prestação própria de um único tipo;
- Contratos de tipo duplo ou geminados: uma das partes está ligada à prestação típica de um contrato enquanto a outra deve realizar a prestação própria do outro;
- Contratos mistos em sentido estrito, indiretos ou cumulativos: as partes escolhem um certo tipo contratual mas utilizam-no de tal modo que, com ele, prosseguem o escopo próprio de outro;
- Contratos complementares: a obrigação própria de um contrato é acompanhada por obrigações retiradas de tipos contratuais diferentes.

Estas modalidades clássicas operam, se bem se atentar, nos contratos mistos em sentido estrito. No entanto, seria fácil proceder ao seu alargamento de modo a obter todos os contratos mistos. De facto, quando decidem utilizar a sua autonomia de modo a compor novas fórmulas contratuais, as partes não podem, em regra, limitar-se a juntar, unicamente, cláusulas provenientes de vários tipos contratuais: seria necessário engendrar cláusulas de adaptação que, para além de contemplarem casos concretos, assegurassem ainda a concatenação entre as várias parcelas. Muitas vezes, os contratos assim compostos são inominados. Por isso, as diversas manifestações de contratos mistos tenderão sempre a apresentar-se como complexos integradores de cláusulas totalmente atípicas. Os contratos regem-se, em princípio, pelas regras





pretendidas pelas partes. Deve entender-se que apenas por exceção a lei interfere na liberdade contratual associando, aos negócios por elas celebrados, cláusulas ou regras de sua autoria. Nos contratos mistos, esse princípio é, ainda, mais ponderoso. Não obstante, pode suceder que as partes estabeleçam um contrato misto, mas sem prever, para ele, um particular e explícito regime. Nessa ocasião, poderá ser necessário recorrer à lei, ainda que a título supletivo. Faz então sentido procurar fixar, em abstrato, o regime correspondente ao contrato em jogo. Historicamente, são três as teorias apresentadas para explicar o regime aplicável aos contratos mistos:

- Teoria da absorção: haveria que determinar, em cada contrato misto concretamente surgido, qual o elemento tipicamente prevalente; esse elemento ditaria, depois, o regime do conjunto;
- Teoria da combinação: impor-se-ia uma dosagem entre os regimes próprios dos diversos tipos contratuais em presença; todos eles contribuiriam para fixar o regime final do contrato misto a integrar;
- Teoria da analogia: considerar-se-ia que o contrato misto, por definição, seria um contrato não regulado na lei; assim sendo, lidar-se-ia com uma lacuna que não poderia deixar de ser integrada, nos termos gerais.

Todas estas teorias, quando tomadas de modo isolado, levantam dúvidas e prestam-se a críticas. A teoria da absorção pode desvirtuar alguns dos contratos mistos reduzindo, excessivamente, a autonomia privada. Na verdade, um contrato misto será sempre mais do que, apenas, um dos seus elementos, por dominante que se apresente. A teoria da combinação também teria o seu quê de limitador; de facto, o contrato misto tem um valor de conjunto que transcende a soma das meras parcelas que o formem: o seu regime não pode, pois, ser um somatório de elementos preexistentes. Além disso, verifica-se que a teoria da combinação não dá a forma de articulação dos diversos regimes nem exprime o peso relativo que cada um deles deverá ter na solução final. De todo o modo, quando o contrato considerado tenha cláusulas de origem bem marcada, ela é operacional, ainda que sempre sob sindicância. A teoria da analogia por fim, ignora a vontade das partes e é puramente formal: não esclarece qual o critério para considerar análogos casos integráveis nos diversos tipos contratuais. A doutrina obrigacional clássica aponta soluções mais moderadas: a teoria da combinação aplicar-se-ia a contratos múltiplos e aos geminados, ficando a da absorção para os contratos cumulativos e para os complementares. Como pura indicação tradutora da vontade normal das partes, esta orientação pode ser acolhida; mas pouco mais. Na verdade, o essencial terá de residir sempre na autonomia privada: quando esta seja omissa, impõe-se recorrer aos princípios gerais de integração dos negócios jurídicos, com relevo para a vontade hipotética das partes e para a boa fé. As partes, ao contratar, ainda que através de composições mistas, terão tido em vista algum ou alguns efeitos primordiais. Tais efeitos impregnam o contrato. Eles irão constituir o centro de gravidade do conjunto, propiciando a aplicação das regras dirigidas, justamente, aos aspetos preponderantes. As necessidades de normalização, de simplicidade e de rapidez levam a que, as partes, mesmo quando acrescentem determinadas cláusulas atípicas, tenham em vista um determinado padrão a que, apesar de tudo, ainda seja possível reconduzir o contrato. As regras típicas mais próximas serão, assim, aplicáveis, quando, *in concreto*, não se imponham outros esquemas. É também a teoria da absorção, na fórmula acima apontada do centro de gravidade, que permite delucidar a natureza objetivamente comercial ou não comercial dos contratos mistos. Com efeito, como qualificar o contrato atípico que reúna em si cláusulas retiradas de figuras comerciais, ao lado de cláusulas





civis ou indefinidas? Não sendo possível uma qualificação subjetiva, haverá que determinar o âmbito em que cai o essencial do contrato. Seja ele mercantil e comercial será o contrato, no seu todo.

As coligações de contratos: nos Direitos codificados, o contrato é tratado como uma figura isolada. Cada negócio contratual surge como um espaço insular e bem delimitado; ele apresenta-se como uma figura autónoma e inteiramente desligada, quer em termos de celebração, quer no regime, de quaisquer outros negócios circundantes. O tráfego comercial faculta um cenário efetivo bastante diferente. Muitas vezes os contratos encadeiam-se, uns nos outros, de tal modo que surge toda uma série de interações relevantes para o regime aplicável. O recurso a vários contratos devidamente seriados e articulados é particularmente indicado para enquadrar situações complexas: temos, então, coligações ou uniões de contratos. Os contratos em coligação distinguem-se dos contratos mistos: nos primeiros, diversos negócios encontram-se associados em função de fatores de diversa natureza, mas sem perda da sua individualidade; nos segundos, assiste-se à presença de um único contrato que reúne elementos próprios de vários tipos contratuais. Nas uniões de contratos distinguem-se:

- A união externa: dois ou mais contratos surgem materialmente unidos, sem que entre eles se estabeleça um nexó juridicamente relevante;
- A união interna: dois ou mais contratos surgem conectados porquanto alguma das partes – ou ambas – concluem um deles subordinadamente à conclusão de outro ou em função desse outro;
- A união alternativa: a concretização de um contrato afasta a celebração do outro. Este quadro afastaria a relevância jurídica das uniões externas; pelo contrário, nas uniões internas e nas alternativas, haveria uma interação capaz de interferir no regime das figuras em presença.

Outros autores apresentam quadros ordenados segundo linhas diversas:

- Conexões funcionais: verifica-se uma união entre dois ou mais contratos para melhor prosseguir certo fim;
- Conexões causais: um dos contratos estabelece uma relação donde deriva, depois, o outro;
- Conexões unitárias: uma figura aparentemente una revela, a uma análise mais atenta, vários negócios.

Francesco Messineo contrapõe, no essencial:

- Situações de dependência ou de interdependência;
- Conexões genéticas ou funcionais;
- Conexões económicas.

Numa tentativa mais abrangente, é possível apresentar um novo quadro. Deixando de parte as uniões externas e as alternativas, verifica-se, no tocante às internas, que elas podem ser arrumadas em função de vários critérios. Assim, podem-se distinguir:

- Uniões processuais: ocorrem quando vários negócios se encontrem conectados para a obtenção de um fim;
- Uniões não-processuais: nos restantes casos.





De acordo com o conteúdo, surgem:

- Uniões homogéneas: os vários contratos em presença são do mesmo tipo;
- Uniões heterogéneas: eles reconduzem-se a tipos diferentes.

O modo de relacionamento entre os contratos coligados permite apurar:

- Uniões hierárquicas: um segundo contrato encontra-se subordinado a um primeiro, porquanto encontra neste a sua fonte de legitimidade;
- Uniões prevalentes: um contrato especifica o objeto, o conteúdo e o regime de um certo espaço jurídico o qual irá, depois, ser retomado, por remissão, pelo segundo; são frequentes nas situações em que um contrato de base seja servido por vários contratos instrumentais ou, simplesmente, em que tal contrato seja concretizado por outros; também se podem chamar a estas uniões com subordinação;
- Uniões paritárias: vários contratos surgem conectados internamente, mas em pé de igualdade.

O tipo de articulação, por fim, permite distinguir:

- Uniões horizontais ou em cadeia: vários contratos conectam-se na horizontal, celebrados em simultâneo ou sem que, entre eles, se estabeleçam espaços de tempo relevantes;
- Uniões verticais ou em cascata: os contratos articulam-se na vertical, dependendo uns dos outros ou justificando-se, nessa linha, entre si, de modo a dar corpo a uma ideia de sucessão.

As diversas classificações, acima apresentadas, podem interpenetrar-se. Assim, uma união poderá ser processual, heterogénea, prevalente e vertical. Os elementos coligidos não têm um alcance meramente descritivo. Na verdade, eles ganham relevo por traduzirem ou implicarem um determinado regime. As combinações possíveis são tão numerosas que não seria possível proceder a uma completa explanação do tema. Algumas precisões são, no entanto, desejáveis. Desde logo, impõe-se deixar claro o fundamento do regime das coligações de contratos ou, se se quiser, das interações relevantes, em termos jurídicos, que delas derivem a autonomia privada. As partes são, por certo, livres de contratar e, fazendo-o, de inserir nos contratos as cláusulas que lhes aprouver. Simplesmente, quando através de uma associação contratual ou de contratos previamente celebrados, eles optem, livremente, por um certo tipo de soluções, cabe-lhes honrar a palavra dada, salvo impedimento ou justificação legais. Para além da autonomia privada há que lidar, em certas conjunturas, também com limitações de ordem jurídica. Bem pode suceder que o legislador, conhecendo os efeitos úteis ou nefastos de certas conexões contratuais, dimanem normas destinadas a incentivá-las ou proibi-las. Como é de esperar, podem ocorrer múltiplas soluções de meio termo.

Segue; os seus efeitos: passamos a apontar alguns aspetos jurídicos em que as coligações de contratos relevam. Desde logo, no domínio da validade. Nas uniões verticais, pode suceder que os contratos posteriores vejam a sua validade dependente da dos anteriores. E isso por uma de três vias:

- A da legitimidade;
- A do vício na formação da vontade;





→ A da ilicitude.

Uma coligação de contratos pode estruturar-se de tal modo que a legitimidade para a celebração de um segundo contrato dependa da idoneidade de um primeiro. Numa segunda combinação, verifica-se que, em certos casos, um dos contratos é celebrado na convicção da existência válida de outro; uma falha a nível deste último abre brechas no primeiro, por vício na formação da vontade. Um terceiro caso traduz ocorrências nas quais um primeiro contrato inviabilize a celebração de certos negócios. As coligações relevam, depois, no conteúdo. E isso por algum dos três caminhos seguintes:

- Por remissão;
- Por condicionamento;
- Por potenciação.

Há remissão quando um contrato, de modo implícito ou explícito, apele para outro, no tocante às regras que estabeleça. Há condicionamento nos casos em que um contrato não possa, na sua regulamentação, ir além de certos limites prescritos em contrato anterior ou, muito simplesmente, deva seguir vias por elas pré determinadas. Há potenciação sempre que os contratos unidos sejam necessários para a obtenção de objetivos comuns, os quais ficarão perdidos na falha de algum deles. Por fim, as uniões têm um papel na interpretação. Perante contratos unidos, em cadeia ou em cascata, a interpretação das declarações em jogo deve ter o conjunto em conta. Um declaratório normal pode ser levado a dar, às declarações negociais que porventura receba, sentidos diferentes consoante os contratos antecedentes que, com elas, se apresentem conectados. Estes diversos aspetos podem estar interligados: apenas por razões de estudo e de análise se procedeu, aqui, à sua destriça. Em qualquer dos casos, havendo união, os diversos contratos não podem ser tratados separadamente, quer aquando da interpretação, quer no momento da aplicação.

Consensualidade e normalização: a liberdade de forma dos atos jurídicos, genericamente prevista no artigo 219.º CC, é ainda um corolário do princípio da autonomia privada. Assim, as partes podem obrigar-se livremente, pela via que bem escolherem, salvo regra em contrário. De um modo geral, podemos considerar que, no Direito Comercial, as exigências formais são menores. Por isso, encontramos derrogações na forma exigida para certos atos: normas comerciais específicas prescrevem, para certos atos, um formalismo menos exigente do que o requerido no Direito Civil. A propósito de cada ato dotado de consagração legislativa, haverá que indagar a solução vertida na lei. A desformalização dos contratos comerciais é aparentemente contraditada pelas necessidades de rapidez e de segurança que reinam no mundo dos negócios. Um tanto paradoxalmente, o consensualismo retarda a prática de certos atos: implica que as pessoas se conheçam, troquem mensagens preambulares e, depois, se ponham de acordo quanto ao negócio pretendido. Não pode ser. A prática das cláusulas contratuais gerais conduz a uma normalização da vida comercial, particularmente em áreas sensíveis como a da banca, a dos transportes e a dos seguros. Essa tendência agrava-se pela necessidade de, rapidamente, com eficácia e sem dúvidas, exhibir a prova dos atos celebrados. Tal prova colocaria imensos problemas, quando se reportasse à prática oral de atos. Podemos concluir que as necessidades de normalização da vida comercial implicam uma certa reformulação dos contratos mercantis. Os compromissos comerciais modernos tendem a ser celebrados por escrito. O recurso intensivo a cláusulas contratuais gerais permite aproveitar textos já impressos em formulários adequados, nos quais o consumidor ou o pequeno





comerciante se limitam a assinalar a sua vontade em determinadas quadriculas, mediante a aposição de cruces. Através de cláusulas contratuais gerais, as partes estipularam, ainda e muitas vezes, a sua vontade de, apenas por escrito e mediante determinados canais, convencionarem novas alterações. A própria defesa do consumidor requer, muitas vezes e até por exigências legais explícitas, o recurso à forma escrita. Esta torna mais consciente o pequeno contratante permitindo, depois, um controlo *a posteriori*. A exteriorização da vontade através de computador constitui, ainda, um modo de consensualizar, reformalizando, o Direito Comercial dos nossos dias. Sempre nos termos de diversas cláusulas contratuais gerais, as partes acordam em manifestar a sua vontade, quanto à prática futura de atos, através da introdução de elementos em autómatos, por forma preestabelecida. Tal introdução, eventualmente autenticada pelo uso de um número pessoal secreto, ao qual apenas o cliente tem acesso, exprime uma vontade juridicamente relevante, com todas as consequências e sem alternativas de formulação.

A delimitação negativa; a deontologia comercial: a autonomia das partes que domina o Direito Comercial encontra, na sua frente, diversos vetores injuntivos que provocam a sua delimitação negativa. Os requisitos gerais do negócio jurídico são aplicáveis aos contratos comerciais. Assim, estes devem respeitar o artigo 280.º CC sendo, em especial:

- Possíveis, quer física quer juridicamente;
- Determináveis, ainda que indeterminados, no momento da conclusão;
- Lícitos;
- Conformes com os bons costumes e a ordem pública.

Poderia parecer que alguns destes fatores teriam, no Direito Comercial, uma eficácia mais lassa. No comércio, em nome do lucro, seria possível ir mais longe do que no campo civil, atenuando os rigores das leis e negociando, até às fronteiras do engano (*dolus bonus*), com os particulares. Trata-se de uma conceção que tem, subjacente, uma ideia de degradação social e moral do estatuto do comerciante, própria de certa tradição nacional. Há que bani-la. O exercício do comércio tem a sua deontologia. Poder-se-ia tolerar que o ocasional caia na barganha e procure, num negócio, faturar vantagens extraordinárias. Mas a um profissional isso não é permitido. Margens de lucro exorbitantes jogam, a prazo, contra o mercado e contra os seus operadores. Um comerciante não pode enganar o seu cliente: isso equivale a erradicar novos negócios e, no limite, a esterilizar um segmento do mercado. Vamos pois manter que os requisitos dos negócios, particularmente as exigências de atuação segundo os bons costumes – onde se inclui a deontologia do comércio – assumem, no Direito Comercial, uma feição ainda mais exigente do que no civil. Estará presente uma especial filosofia do mercado. Os atos devem ser praticados com celeridade e eficiência. A sua justiça e o seu equilíbrio intrínsecos serão um fator suplementar de rapidez e proficuidade.

43.º - Princípios e regras comerciais

Os chamados princípios comerciais materiais: quando ponderámos as fontes e o regime geral dos atos de comércio, referimos a possibilidade, correntemente usada pela doutrina especializada, de construir princípios comerciais materiais; localizámos:





- A internacionalidade;
- A simplicidade e a rapidez;
- A clareza jurídica, a publicidade e a tutela da confiança;
- A onerosidade.

Neste momento interessa, fundamentalmente, considerar os princípios e as regras mais especificamente virados para o Direito dos contratos comerciais. Será esse o sentido da presente rúbrica.

A liberdade de língua: entrando na matéria pela ordem do Código Comercial, encontramos, como primeira regra comercial para todos os contratos, a do artigo 96.º: a regra da liberdade de língua.

«Os títulos comerciais são válidos qualquer que seja a língua em que estejam exarados».

O artigo 365.º CC, reconhece a validade dos documentos passados no estrangeiro. Podemos daí retirar: exarados em língua estrangeira. Por outro lado, e mercê de legislação especial, os atos públicos praticados em Portugal, mesmo no domínio comercial, devem sê-lo em português: artigos 139.º, n.º1 CPC, quanto a atos judiciais e 58.º do CNot, quanto a atos notariais. O registo comercial admite documentos escritos em língua estrangeira quando traduzidos nos termos da lei notarial; em certos casos e após a reforma de 2006, aceita documentos em francês, inglês ou castelhano, desde que o funcionário domine a língua em causa – 32.º, n.º2 CRC. E quanto a atos civis particulares praticados em Portugal? Não conhecemos nenhum preceito que obrigue ao uso do português. A liberdade de língua é de regra, no Direito privado, exceto nos atos públicos onde, salvo o que se disse quanto ao registo comercial, se deve usar o português. O artigo 96.º não tem alcance especial: reafirma uma regra hoje comum. Vale como profissão de fé no universalismo do Direito Comercial. O uso de línguas estrangeiras é permitido nos contratos comerciais. Impõem-se, todavia, algumas delimitações e restrições. Nos contratos comerciais internacionais, os usos tendem a impor a língua inglesa. Nada impede, contudo, que as partes recorram a qualquer outra língua, que ambas dominem. Nos contratos comerciais concluídos em Portugal, com recurso a cláusulas contratuais gerais, a língua portuguesa impõe-se. Com efeito, segundo o artigo 7.º, n.º3 da Lei .º 24/96, 32 julho (Lei de Defesa do Consumidor) a informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa. Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 238/86, 19 agosto, determina que – artigo 1.º –

«as informações sobre natureza, características e garantias de bens ou serviços oferecidos ao público no mercado nacional...»

Sejam prestadas em língua portuguesa, enquanto o artigo 3.º dispõe:

«Sem prejuízo de conterem versão em língua ou línguas estrangeiras, os contratos que tenham por objeto a venda de bens ou produtos ou a prestação de serviços no mercado interno, bem como a emissão de faturas ou recibos, deverão ser redigidos em língua portuguesa».

O Decreto-Lei n.º 62/88, 27 fevereiro, obriga ao uso da língua portuguesa no tocante às – artigo 1.º, n.º1:





«(...) informações ou instruções respeitantes a características, instalação, serviço ou utilização, montagem, manutenção, armazenagem, transporte, bem como as garantias que devem acompanhar ou habitualmente acompanhem ou sejam aplicadas sobre máquinas, aparelhos, utensílios e ferramentas (...)».

De todos estes preceitos, retiramos a regra de que, perante consumidores finais – e logo, sempre, tratando-se de cláusulas contratuais comuns – deve ser usada a língua portuguesa. A regra é aplicável a bens e a serviços, o que é dizer: comércio, no seu todo. Dadas as finalidades da lei, não é possível recorrer a qualquer outra língua latina, mesmo próxima: muitas vezes, palavras estrangeiras aparentemente semelhantes às nossas, escondem diferenças de sentido que podem induzir em erro o consumidor. Os preceitos que impõem o uso do português têm a ver com a tutela do consumidor: não com a validade dos atos. Assim, a violação do Decreto-Lei n.º 238/86 não é sancionada com a nulidade dos contratos prevaricadores, mas a título de contraordenação. Havendo danos, ela pode dar azo a deveres de indemnizar por violação de normas de proteção, nos termos do artigo 483.º, n.º1, 2.ª parte CC. Inferir uma nulidade por via do artigo 294.º CC pode redundar num dano maior para o consumidor, que se pretende proteger. O uso de língua estrangeira nos contratos comerciais, celebrados em território nacional, põe em crise o cumprimento dos deveres de informação que possam surgir a favor do consumidor. Tratando-se de cláusulas contratuais gerais, o uso de língua estrangeira pode ainda implicar, nos termos do artigo 8.º LCCG, a sua não inclusão nos contratos singulares, com o subsequente recurso às regras supletivas que pretenderam afastar. Nos restantes casos, seja com apelo à regra geral do uso do português para a tutela do consumidor, seja por via da boa fé, o recurso a uma língua estrangeira, por parte do comerciante, faz correr, contra este, o risco linguístico de quaisquer mal-entendidos. Não se trata de uma defesa nacionalista da língua portuguesa mas, antes, da proteção do comércio *intra muros*, o tal pequeno comércio a que hoje se aplica (ainda), em especial, o Direito Comercial tradicional. A situação dos pequenos operadores ficaria mais precarizada quando, no próprio território nacional, irrompesse o *jargon* dos negócios em língua inglesa ou – porventura pior ainda – qualquer outro menos normalizado.

As comunicações à distância: o artigo 97 do Código Comercial fixava o valor da correspondência telegráfica. Em síntese, era o seguinte:

- Os telegramas cujos originais houvessem sido assinados pelo expedidor ou mandados expedir por quem figure como expedidor valem como documentos particulares;
- O mandato e toda a prestação de consentimento, transmitidos telegraficamente com a assinatura reconhecida são válidos e fazem prova em juízo.

O preceito acrescentava ainda a regra de que a alteração ou a transmissão de telegrama seria imputáveis, nos termos gerais, a quem as tivesse causado; que o expedidor que houvesse respeitado os regulamentos se presumiria isento de culpa e que, finalmente, a data e hora exaradas se presumiam exatas. O artigo 97.º em causa surgiu logo no início das telecomunicações. Hoje, o telégrafo está em desuso. As leis vieram a adaptar-se. O Decreto-Lei n.º 28/92, 27 fevereiro, admitiu o uso de telecópia – normalmente dita telefax – na prática de atos processuais. Na fixação das regras relativas a comunicações negociais à distância, cumpre distinguir entre a prática do ato em si e a sua prova. Um documento escrito e assinado não deixa de ser pelo facto de ser enviado por cópia à distância. Assim, e retomando em termos





atualistas o velho artigo 97.º CCom, vamos entender que os documentos telecopiados, cujos originais tenham sido assinados pelo próprio, valem como documentos particulares. Satisfazem, ainda, a exigência de forma escrita. Documentos autênticos ou autenticados remetidos por telecópia valem, enquanto atos; a telecópia é um documento particular que atesta a sua existência, podendo ser exibidos, em juízo, os originais, para se fazer prova plena ou melhor prova. Finalmente: de acordo com o artigo 26.º Decreto-Lei n.º 7/2004, 7 janeiro, as declarações eletrónicas com suporte adequado satisfazem a exigência legal de forma escrita, valendo a assinatura eletrónica. O uso da internet tem vindo a ser oficializado, especialmente no campo do registo e das sociedades.

A solidariedade: o artigo 100.º estabelece a regra supletiva da solidariedade passiva, nas obrigações comerciais. Recorde-se que no Direito Comum, por via do artigo 513.º CC, vigora a regra inversa. O § único do artigo 100.º afasta essa regra, nos contratos mistos (com o sentido que a expressão aí tem), quanto aos não comerciantes: aí, a exigibilidade *in totum et totaliter* terá de ser convencionada, nos termos do artigo 513.º CC. Resta acrescentar que, nas relações comerciais, são frequentes as convenções de solidariedade. O artigo 101.º estabelece uma solidariedade do fiador de obrigação mercantil, mesmo que não comerciante. Desde logo, temos uma manifestação da natureza acessória da fiança: esta será comercial quando a obrigação principal o seja. De seguida, ocorre um afastamento do benefício da excussão previsto no artigo 638.º, n.º1 CC. Desenha-se, aqui, no entanto, um tipo contratual próprio: o da fiança comercial.

O regime conjugal de dívidas: as obrigações comerciais originam um regime especial, no tocante à responsabilidade dos cônjuges. Segundo o artigo 1691.º, n.º1, alínea d) CC ambos são responsáveis:

«(...) pelas dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal, ou se vigorar entre os cônjuges o regime da separação de bens».

Este preceito permite evitar a comunicabilidade das dívidas comerciais através da elisão da presunção de proveito comum: maior equidade e menor segurança para o comércio. O ónus da elisão compete, nos termos gerais, ao cônjuge interessado em não arcar com a responsabilidade pela dívida comercial em causa. Tudo depende, todavia, de o credor demonstrar a qualidade de comerciante do devedor. O artigo 10.º vinha afastar a moratória prevista inicialmente no artigo 1696.º, n.º1 CC,

«quando for exigido de qualquer cônjuge o cumprimento de uma obrigação emergente do ato de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes».

Mantinha-se, pois, também a este nível, um esquema que tutela o crédito comercial, em comparação com o comum. O artigo 4.º Decreto-Lei n.º 329-A/95, 12 dezembro, veio alterar o artigo 1696.º, n.º1 CC suprimindo, em geral, a moratória. A matéria atinente à solidariedade comercial e ao regime de responsabilidade por dívidas dos cônjuges apresenta alguma subtilidade, com dúvidas na execução. O ónus da prova da comercialidade cabe ao interessado, o que mais agrava a situação. O comércio não se compadece com tal situação. Assim, é frequente os operadores comerciais, particularmente a banca, quando deparem com regimes de comunhão geral ou de adquiridos, exigirem a vinculação de ambos os cônjuges, em termos de solidariedade.





Tutela do crédito comercial: a prática comercial dos nossos dias revela um certo laxismo na observância do que deveria ser uma estrita deontologia profissional. É sabido que, perante um incumprimento temporário (mora), o credor prejudicado hesitará em recorrer às vias judiciais: irá encarecer a operação, ficando dependente de medidas e da diligência de terceiros. O devedor pode contar com esta derrapagem, retardando sistematicamente os seus pagamentos. Tal situação acabou por se tornar uma prática corrente, principalmente no Sul da Europa, sendo levada a cabo por grandes empresas, em detrimento das pequenas e das médias. Além disso, empresas de grande porte impõem, nas suas cláusulas contratuais gerais, prazos de pagamento alongados: sessenta ou, mesmo, noventa dias. Tudo isto origina insolvência e desemprego. O problema apontado veio ainda assumir uma dimensão gravosa no plano da concorrência. Os países do norte da Europa, com elevadas taxas de juros (no início do século) e sistemas judiciais mais dinâmicos, apresentam, por sistema, prazos mais curtos de cumprimento do que os países do Sul, com circunstancialismos inversos. As vítimas são as pequenas e médias empresas que, assim, subsidiam, a título gracioso, as grandes empresas e o próprio Estado. No fundo, estamos em face de um *Diktat* imposto pelo mais poderoso, mas com danos para toda a economia. Em face deste estado de coisas, as instâncias comunitárias decidiram intervir. A Comissão Europeia, através da sua recomendação n.º 95/198, 12 maio, relativa aos prazos de pagamento nas transações comerciais, convidou os Estados Membros:

«(...) a tomar medidas jurídicas e práticas necessárias para fazer respeitar os prazos de pagamento contratuais nas transações comerciais e para assegurar prazos de pagamento melhores nos contratos públicos».

Ocorriam outras indicações, nomeadamente a fixação, a título subsidiário, de taxas de juro suficientemente altas para serem dissuasivas perante os maus pagadores. Seguiu-se a Diretriz n.º 2000/35, 29 junho, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais. As definições são importantes, precisando o âmbito de aplicação do diploma. Elas enfrentam um problema tipicamente comunitário: dada a diversidade existente entre Ciências Jurídicas nacionais, não bastaria apelar para os conceitos habituais. Entre as definições adotadas conta-se a de transação comercial: qualquer transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração (artigo 2.º, n.º1, 1.ª parte). Subjacente, perante nosso Direito estará, como é natural, a ideia de ato comercial. A Diretriz n.º 2000/35 foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, 17 fevereiro³⁴: não totalmente, uma vez que várias regras inseridas naquela Diretriz já vigoravam no nosso Direito. Visada foi, em especial, a temática do atraso nos pagamentos. E as medidas tomadas foram, no essencial, as seguintes:

- ➔ Sempre que do contrato não constem prazos, são devidos juros, automaticamente, 30 dias após a data de receção da fatura ou da receção dos bens (artigo 4.º, n.º2);
- ➔ São nulos os prazos excessivos contratualmente fixados para o pagamento (artigo 5.º, n.º1), podendo, quando assentes em cláusulas contratuais gerais, ser objeto de ação inibitória (artigo 5.º, n.º5);
- ➔ O artigo 102 CCom recebeu uma redação que permite a fixação de juros moratórios mais elevados (artigo 6.º);

³⁴ Alterado, no seu artigo 4.º pela Lei n.º 3/2010, 27 abril.





→ O atraso nos pagamentos permite o recurso ao regime da injunção (Artigo 7.º).

O problema enfrentado pela lei exige uma efetiva mutação nas mentalidades e na praxe comercial. Note-se que o Decreto-Lei n.º32/2003, 17 fevereiro, não se aplica a relações com os consumidores.

A prescrição presuntiva de dívidas: ainda como especialidade do comércio, devemos assinalar a prescrição presuntiva bienal prevista no artigo 317.º, alínea b) CC. As prescrições presuntivas, tipicamente latinas, fundam-se na presunção de cumprimento das dívidas envolvidas. Entre o elenco das situações previstas com esse alcance contam-se, nos termos da referida alínea:

«Os créditos dos comerciantes pelos objetos vendidos a quem não seja comerciante ou os não destine ao seu comércio, e bem assim os créditos daqueles que exerçam profissionalmente uma indústria, pelo fornecimento de mercadorias ou produtos, execução de trabalhos ou gestão de negócios alheios, incluindo as despesas que hajam efetuado, a menos que a prestação se destine ao exercício industrial do devedor;».

O conteúdo deste preceito, no tocante ao comércio, coloca um encargo: o de uma especial diligência na cobrança de dívidas, particularmente no relacionamento com não-comerciantes. Visa-se um andamento rápido dos negócios, com segurança para os participantes no mercado.

Secção II – A contratação comercial

44.º - *Culpa in contrahendo*

Deveres pré contratuais mercantis: a *culpa in contrahendo* é um instituto geral do Direito Privado. Dada, porém, a sua concretização preferencial através de deveres de informação, ela apresenta-se, cada vez mais, como um instituto vocacionado para atuar no campo dos serviços e, dentro deste, dos serviços comerciais. A propósito da formação do contrato, e fosse qual fosse o esquema então seguido, uma doutrina radical, hoje abandonada, entendia que, nas negociações preliminares, não havia Direito aplicável: as partes seriam inteiramente livres, podendo assumir as atitudes arbitrárias que entendessem. Não é, contudo, assim. Nas negociações preliminares, as partes devem respeitar os valores fundamentais da ordem jurídica, pautando-se pela boa-fé. O Código Civil português di-lo, de modo expresso, no seu artigo 227.º. A sua aplicação é decisiva no campo comercial. Como figura assente num conceito indeterminado – o de boa-fé – a responsabilidade pré-negocial carece de um processo concretizador, a operar perante cada problema real. O conhecimento e a ponderação das decisões jurisprudenciais que a consubstanciam têm, pois, o maior interesse teórico e prático. Uma sistematização operada com base na jurisprudência mais rica do domínio da *culpa in contrahendo* – a alemã – permite afirmar que ela ocorre quando, na fase preparatória dum





contrato, as partes – ou alguma delas – não acatem certos deveres de atuação que sobre elas impendem. E tais deveres analisam-se em três grupos:

- Deveres de proteção: nos preliminares contratuais, as partes devem abster-se de atitudes que provoquem danos nos hemisférios pessoais ou patrimoniais umas das outra; quando não, há responsabilidade;
- Deveres de informação: num processo destinado à procura do consenso contratual, as partes devem, mutuamente, prestar-se todos os esclarecimentos e informações necessários à celebração de um contrato idóneo; ficam, em especial, abarcados todos os elementos com relevo direto e indireto para o conhecimento da temática relevante para o contrato, sendo vedada quer a omissão do esclarecimento, quer a prestação de esclarecimento falsos, incompletos ou inexatos; as doutrina e jurisprudência da atualidade conferem uma intensidade particular aos deveres de esclarecimento, a cargo de uma parte forte e a favor da fraca;
- Deveres de lealdade: a necessidade de respeitar, na sua teleologia, o sentido das negociações preparatórias não se esgota num nível informativo; podem surgir deveres de comportamento material, com o mesmo sentido de evitar, nos preliminares, atuações que se desviem da busca honesta dum eventual consenso negocial; tais deveres englobam-se na ideia de lealdade; subcaso típico e clássico de deslealdade *in contrahendo* reside na rutura injustificada das negociações. Mas outras situações surgem, com relevo para a prática, nos preliminares ou lateralmente, de atos de concorrência desleal.

Em termos gerais, o instituto da *culpa in contrahendo*, ancorado no princípio da boa-fé, recorda que a autonomia privada é conferida às pessoas dentro de certos limites e sob as valorações próprias do Direito; em consequência, são ilegítimos os comportamentos que, desviando-se duma procura honesta e correta dum eventual consenso contratual, venham a causar danos a outrem. Da mesma forma, são vedados os comportamentos pré-contratuais que inculquem, na contraparte, uma ideia distorcida sobre a realidade contratual. A receção, em Portugal, da *culpa in contrahendo* iniciou-se logo com Guilherme Moreira. Depois de algumas hesitações iniciais, numa aproximação à boa-fé, na linha germânico-românica acima apontada, acabou por ter um acolhimento formal no Código Civil de 1966. Este dispõe, no seu artigo 227.º, n.º1:

«Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte».

O dispositivo legal em questão, sendo expresso, confere, à velha *culpa in contrahendo*, a maior extensão; merece um aplauso generalizado por parte da literatura da especialidade. Através dele devem considerar-se em vigor os aludidos deveres pré-negociais de informação e de lealdade.

A jurisprudência comercial: a jurisprudência comercial portuguesa, dada a sua dimensão, tem, efetivamente, concretizado a *culpa in contrahendo*. E fê-lo, com especial acuidade, no domínio dos deveres de lealdade pré-negociais, e no do dever, também pré-negocial, duma completa e exata informação. O sentido geral da jurisprudência é bastante claro; deve, no entanto ser precisado. Em princípio – e salvo a presença de normas legais aplicáveis que a tal conduzam –





não há, nas negociações preliminares, um dever de celebrar o contrato visualizado. Mas há, por certo, um dever de negociar honestamente. Isso implica, desde logo:

- Que a parte que não tenha a intenção de levar por diante as negociações o deva, de imediato, comunicar à contraparte, de modo a não provocar, nela, esperanças vãs, que induzam danos;
- Que a parte eu detenha, nas negociações, informações vitais para a outra parte as deva, também de imediato, comunicar à contraparte, de modo a evitar contratos distorcidos e, posteriormente, danos; se não o quiser fazer, basta-lhe não contratar.

Como se vê, mesmo as hipóteses de deslealdade, particularmente claras na rutura injustificada das negociações, há sempre, ainda que mediatamente, um dever de informação subjacente, que não foi cumprido.

Sentido e consequências; a natureza comercial: a violação do artigo 227.º, n.º1 CC, dá lugar a consequências que importa referir. A pessoa que cometa tal violação está a pôr em causa deveres específicos de conduta, de base legal. Assim, a responsabilidade é obrigacional e não, apenas, aquiliana: foram violadas obrigações legais e não, somente, o dever genérico de respeito, implícito no artigo 483.º, n.º1 CC. Sendo obrigacional, presume-se a culpa, sempre que ocorra uma inobservância (objetiva) da boa-fé: dispõe, nesse sentido, o artigo 799.º, n.º1 CC. A culpa envolve, aqui, a ilicitude e a causalidade, na linha do que vimos ser o sentido hoje assumido pela responsabilidade obrigacional. A natureza obrigacional da responsabilidade derivada da *culpa in contrahendo* é essencial para se entender a aplicação do instituto pelos tribunais. Existe um dever genérico de não causar danos a outrem. Quem, faltando à verdade ou por outro meio idóneo, com culpa, lesar o direito de outrem, causando danos, responde, nos termos gerais do artigo 483.º, n.º1 CC. Tal sucederia se alguém convencesse outrem a lesar o património próprio. Se a *culpa in contrahendo* viesse dizer isso mesmo, a propósito da conclusão dum contrato, seria escasso o progresso. Historicamente, a *culpa in contrahendo* surgiu, precisamente, para suprir as insuficiências da responsabilidade aquiliana. Firmando a existência de obrigações legais de informação e de lealdade, ela permite fazer funcionar os esquemas da responsabilidade obrigacional, mais eficazes. Consumada a violação, há um dever de indemnizar por todos os danos verificados. Já houve conceções ligadas ao denominado interesse negativo e que deve ser situado historicamente. A ideia de que, por *culpa in contrahendo*, haveria que responder, apenas, pelos danos negativos, i. é, pelos danos num entendimento da responsabilidade pré-negocial como fruto de um contrato tácito, não cumprido, entre as partes. A limitação perdeu, hoje, a sua base de apoio, dado o consenso existente em que a *culpa in contrahendo* deriva da violação do princípio legal da boa-fé. O artigo 227.º, n.º1 CC, não faz qualquer limitação; por isso deve entender-se que, violada a boa fé *in contrahendo*, devem ser ressarcidos todos os danos causados. Ficam envolvidos tanto os danos emergentes como os lucros cessantes. Os deveres de atuação próprios da fase pré-contratual e as dívidas ocasionadas pelo funcionamento da *culpa in contrahendo* na celebração de contratos comerciais têm, elas próprias, natureza comercial. Desde logo elas terão natureza comercial subjetiva, sempre que provenham de comerciantes no exercício da sua profissão. Mas além disso, teremos de lhes emprestar o regime comercial próprio das obrigações definitivas, por se verificar precisamente o mesmo conjunto de razões que, a estas, conecta aquele. Será pois um bom exemplo de situação jurídica comercial por analogia.





O conteúdo do dever de informar: um dos deveres por que se concretiza o instituto dito *culpa in contrahendo* é o de informar. Trata-se, mesmo, de um dever envolvente: a própria deslealdade analisa-se, afinal, numa falta de informação. O dever de informação *in contrahendo* assume as mais diversas configurações: tudo depende do contrato em jogo. De todo o modo, será possível referenciar vetores abstratos atuantes, aquando da concretização. À partida, o dever de informação tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação considerada, não seja conhecido pela contraparte. Assim, ele será tanto mais intenso quanto maior for a complexidade do contrato e da realidade por ele envolvida. Em termos descritivos, o dever de informar poderá recair:

- ➔ Sobre o objeto do contrato: há que evitar que, por ação ou por omissão, a contraparte caia em erro quanto ao objeto material do contrato, nos termos latos que essa realidade comporta;
- ➔ Sobre aspetos materiais conexos com esse objeto: por vezes, o contrato releva não apenas pelo objeto estrito sobre que recai, mas ainda por determinados aspetos a ele ligados;
- ➔ Sobre a problemática jurídica envolvida: os contratos em estudo assumem, por vezes, implicações jurídicas conhecidas por uma das partes e, designadamente, pela proponente: há que levá-las ao conhecimento do parceiro nas negociações;
- ➔ Sobre as perspetivas contratuais ou sobre condutas relevantes de terceiros: aquando da contratação e de acordo com as circunstâncias, há que transmitir, à outra parte, dados corretos sobre o futuro do contrato e sobre condutas relevantes de terceiros;
- ➔ Sobre a conduta do próprio obrigado: a pessoa adstrita à informação deve esclarecer a outra parte sobre a sua intenção de contratar e, designadamente, sobre o seu empenho em levar a bom termo a contratação.

O dever de informar não é, apenas, conformado pelos elementos objetivos acima enunciados. A doutrina e a jurisprudência têm vindo a focar o relevo da pessoa da contraparte nessa conformação. Ou seja: o dever de informar é tanto mais intenso quanto mais inexperiente ou ignorante for a contraparte. A *culpa in contrahendo* tem vindo a ser usada, com certo êxito, como instituto destinado a tutelar a parte débil e a prevenir a conclusão de contratos injustos. E justamente, da *culpa in contrahendo* relevam, neste domínio, os deveres de informação. Embora a tutela do contraente débil seja matéria de Direito Civil, ela é também compartilhada pelo Direito Comercial: a unidade do sistema assim o exige.





Capítulo 2 – Empresa e Estabelecimento

Secção I – A Empresa

78

20.º - Evolução histórico-comparatística da empresa

Aspetos gerais; a necessidade de enquadramento cultural: a expressão “empresa” apresenta uma utilização avassaladora, em diversos setores normativos. Também a linguagem corrente usa empresa em termos de grande amplitude. E fá-lo em detrimento de outras locuções que vão mesmo caindo em desuso. Tentando ordenar este uso caudaloso, podemos adiantar que, quer perante numerosas leis, quer em face da linguagem corrente, a expressão “empresa” traduz, conforme o contexto:

- Um sujeito que atue e que, nessa qualidade, é suscetível de direitos e de obrigações;
- Um complexo de bens e direitos capaz de suportar a atuação de interessados;
- Uma atividade; esta última aceção, tradicional, tende a cair em manifesto desuso.

Numa primeira leitura, a “empresa” pareceria querer abarcar a própria ideia de comerciante, incluindo o singular (a “empresa individual”) e, em simultâneo, a de estabelecimento ou unidade produtiva. É manifestamente demais: o fenómeno deve ser reduzido a dimensões mais apropriadas. A evolução semântica vulgar teve reflexos na dogmática jurídica, particularmente na comercial. O desenvolvimento, ao longo do século XX, do conceito de personalidade coletiva e a tipificação das sociedades comerciais conduziu a um inevitável formalismo que deixou os juristas insatisfeitos. Afinal, o que se abrigava por detrás das fórmulas jurídicas abstratas aí envolvidas? Também a figura da fábrica produtiva, com as coisas, móveis e imóveis, que a compõem, com os seus trabalhadores, com os seus quadros, com a sua clientela, o seu know-how, as suas patentes e licenças e sua inserção no tecido produtivo, não se podia analisar num somatório de direitos, deveres e contratos. Como tratar tudo em conjunto? Exigia-se um conceito novo, envolvente, capaz de dar corpo a esta realidade. A “empresa” poderia corresponder ao pretendido. E assim, logo no início do século XX a doutrina começou a recorrer à “empresa” tentando conquistar-lhe uma dimensão dogmática. Justus Wilhelm Hedemann previa, em 1919, que a empresa se iria tornar no conceito dominante na reconstrução da ordem jurídica privada. Os estudiosos italianos que possibilitaram o Código Civil de 1942 previram um papel aglutinador para a empresa, no campo laboral e no comercial. Ao longo de todo o século XX, sucederam-se as tentativas de reconstruir o Direito Comercial em torno da ideia de empresa, em detrimento dos envelhecidos atos de comércio ou comerciante. Adiantamos já que, por razões de ordem diversa essas tentativas não tiveram êxito. Todavia, deixaram marcas





importantes na dogmática comercial e enriqueceram a Ciência Jurídico-mercantil com novos instrumentos de análise e de valoração.

A tradição germânica; do negócio à “empresa em si”: na análise histórico-comparatística da ideia de empresa, cumpre distinguir a tradição germânica da tradição latina. A primeira tomou a empresa como uma realidade objetiva, capaz de substituir a ideia de estabelecimento. Ela seria objeto de negócios podendo mesmo, no limite, abarcar as próprias sociedades, tornando-se num sujeito de direitos. A segunda partiu da empresa como uma atividade comercial: ela seria o produto da atuação e das intenções dos comerciantes. Nesta vertente, a empresa iria absorver a ideia de ato de comércio. Mais tarde as duas tradições aproximaram-se. A utilização jurídico-científica de empresa, na tradição alemã, iniciou-se pela pena de Wilhelm Endemann, em 1867: fez da empresa uma pedra angular do seu sistema de Direito Comercial. Segundo este Autor, o *Geschäft* tinha, no início, apenas o escopo de dar lucro ao seu dono e de desenvolver a produção. Mais tarde, o negócio ganharia a sua vida própria. O dono é, com frequência, apenas a cabeça ou a alma do negócio. Às vezes, nem isso: o negócio funciona por si. O *Geschäft* tem características específicas suas, não dependendo arbitrariamente do dono. Os auxiliares dedicam as suas forças ao negócio. Este faz o comerciante e não o contrário. O negócio é o verdadeiro suporte do crédito, surgindo como um organismo, que supera as pessoas que lhe deram origem. Estariam abertas as portas à subjetividade jurídica. Pouco depois verificou-se uma inflexão na ideia de empresa. Em vez de se elaborar uma doutrina que a tornaria a empresa concorrente da personalidade coletiva, optou-se por aprofundar a sua capacidade para constituir um objeto (unitário) de negócios e de outras vicissitudes jurídicas. Nesse sentido foram importantes, logo no princípio do século XX, os austríacos von Ohmeyer e Pisko. Assim, admitiu-se a possibilidade de transacionar a empresa no seu conjunto e a de aplicar, à venda da empresa com defeitos não aparentes, as regras dos vícios da coisa vendida. Ficou ainda em aberto a possibilidade de ver, na empresa, um núcleo autónomo de interesses específicos. Trata-se de uma linha herdeira das primeiras posições de Endemann. Ela foi retomada por Müller-Erbach, dando origem a vetores ainda hoje presentes na doutrina. A defesa da personalidade coletiva clássica, perante a transformação da empresa em sujeito de direitos, fora imediatamente lançada, contra Endemann, por Laband. Talvez por isso os estudiosos que tinham em mente uma ideia da empresa como sujeito tentaram um esquema menos claro: o de apurar interesses próprios da empresa. Na verdade, a empresa, a ser jus-subjetivada, ofereceria, aos juristas, o que a personalidade (normalmente) coletiva já dava, menos o seu nível significativo-ideológico. Havia, pois, que reforçar indiretamente o poder figurativo e conformador da empresa, o que seria tentado através da doutrina, algo sibilina, do *Unternehmen na sich*: a empresa valeria por si. A doutrina da “empresa em si” tem sido imputada, entre nós a Rathenau. Ele sublinhou que a empresa não representava, apenas, a soma dos interesses dos seus acionistas, antes surgindo como um fator em si. A ideia foi criticada por Fritz Hausmann, aí aparecendo a “empresa em si”. Repare-se: as duas grandes novidades, que a empresa poderia trazer, residiam ou na alternativa à personalidade coletiva, ou na descoberta de um centro de interesses – ou de valores – diferente do dos seus suportes humanos. O papel da empresa enquanto centro autónomo de interesses ou o que quer que, com isso, se verificasse, teria de apresentar reflexos no regime. Trata-se do aspeto subsequente. De todo o modo, ninguém, hoje e na sua terra de origem, eleva a ideia de empresa em si a categoria operacional. Ligada às tentativas antiliberais do entre-guerras alemão, ela já foi mesmo incluída na galeria dos horrores jurídicos.





Continuação; a possível dogmática da empresa: no subsequente desenvolvimento da empresa, a doutrina alemã tentou o afinamento possível da sua dogmática. Passow adiantou a contra posição entre *Betrieb*, *Unternehmen* e *Konzern*³⁵: o *Betrieb* traduziria um complexo de fatores unitário e destinado a desenvolver uma atividade económica duradoura o *Unternehmen* exprimiria um *Betrieb* autónomo; o *Konzern*, finalmente, daria corpo a um conjunto de empresas, civilmente autónomo. Passow explica, ainda, que o património da empresa é uma realidade diversa: trata-se do património que serve para a atividade da empresa. Jacobi aperfeiçoou os dois primeiros termos: O *Betrieb* seria determinado por escopos técnicos, enquanto o *Unternehmen* pudesse abranger vários *Betriebe*. Deve sublinhar-se que *Betrieb* veio aproximar-se de um original conceito de fábrica, próprio da industrialização, acabando, mercê das leis relativas à co-gestão, por adquirir, no Direito do trabalho, um sentido preciso, que se mantém; já o *Unternehmen*, próprio da comercialística, conserva, até hoje, irreduzível indeterminação. Ainda nos anos trinta do século XX, veio-se a debater a possibilidade de, em torno dela, erguer normas e princípios, no Direito das empresas: tal o caso de Jessen. Trata-se de um filão tocado, ainda, por Jrause e por Fechner. Este último vem afirmar a necessidade de construir um conceito unitário de empresa, a que associa grande importância, no momento histórico então atravessado. Para o efeito contrapõe, aos tradicionais, os conceitos gerais-concretos, de tipo neo-hegeliano, recentemente introduzidos, na época, por Karl Larenz. Mau grado esta colocação promissora, Fechner acabaria por apresentar uma noção complexa e pouco manuseável. Numa outra linha dogmática, iniciara-se, entretanto, a utilização do termo “empresa”, para, com o adjetivo, designar a empresa pública. Esta, porém, veio a adquirir um sentido técnico preciso, acentuadamente formal, não dependendo do que se venha a encontrar, para empresa *tout court*.

Continuação; a evolução na segunda metade do século XX: a empresa, tal como sucedeu em geral, com a teoria da instituição, foi usada pelas ideologias antiliberais do século XX para combater uma ideia de Direito, assente na pessoa humana. Ela ressentiu-se: resultou, daí, um certo preconceito que a prejudicou no imediato. Após a Guerra de 1939-1945, o tema foi retomado, de modo prudente, por Julius von Gierke. A prudência tem a ver com a ideia de que a empresa tende – ou pode tender – a ocupar o lugar da pessoa. Von Gierke reata a ideia de que não há um conceito unitário de empresa, a qual nos terá advindo de economia; de todo o modo, ele intenta surpreendê-la, com recurso a três naves mestras: a atividade, as coisas e as posições jurídicas – incluindo vinculações – para tanto necessárias e a comunidade de pessoas que a servem. Trata-se de pontos retomados por Ballersted, que releva a rentabilidade, o capital e o trabalho e por Hubmann, que releva, ainda, a circulabilidade das empresas e a tutela de que beneficiam. De então para cá, a empresa veio sendo trabalhada, em várias frentes, sem que, dela, se possa dar uma imagem dogmática concatenada. A doutrina está de acordo quanto ao facto de a empresa poder apresentar diversas formas jurídicas, incluindo a de pessoa singular, a de sociedade de pessoas, a de cooperativa e mesma a de fundação. Em todo este período, manteve-se uma certa discussão teórica, em torno da ideia de empresa, com uma expressa ressalva do monismo dos interesses subjacentes, embora não esteja definitivamente adquirido. Em termos dogmáticos, a empresa surge no âmbito do Direito dos grupos de sociedades – onde, de resto, é usada para cobrir as diversas formas societária – no Direito da Concorrência desleal

³⁵ Poder-se-ia propor a tradução de *Betrieb*, por estabelecimento, de *Unternehmen*, por empresa e de *Konzern*, por grupo de empresas; a situação doutrinária portuguesa não permite, porém, ainda, tal afinção.





e no domínio do Direito do Trabalho, ainda que aí predomine o conceito técnico de *Betrieb*. Por vezes, a empresa é referida como sujeito de direitos, embora em linguagem menos rigorosa, mantendo-se a ideia da noção pré-jurídica e, em todo o caso, ampla. Por fim, a empresa vem a objetivar-se. Ela é tratada como objeto de negócios em modernas exposições de Direito Comercial, aproximando-se do nosso estabelecimento. Finalmente, a última reforma comercial do século XX – a do HGB, de 1998 –, avançou quanto pôde no sentido da empresa sem, dela, lograr fazer um centro autónomo de imputação de interesses.

A tradição francesa: a tradição francesa das empresas pode ser fixada no artigo 632.º do *Code du Commerce*, com raízes da *Ordonnance*, de 1673- A empresa era, aqui, a atividade mercantil ou o conjunto das atuações comerciais. Para além do enunciado do artigo, essa asserção é confirmada pela estatuição: a empresa é, aí, considerada ato de comércio. Verifica-se, ainda, que é anterior à experiência alemã. Como explica Escarra ela tem, subjacente, uma ideia, rica, mas pouco praticável, de Direito Comercial, assente em profissões de comerciantes e não em atos isolados. Acompanhando, depois, uma evolução semântica a que não foi estranha a prática dirigista da organização das profissões, no segundo pós-guerra, a empresa veio a traduzir não já a atividade em si, mas a própria organização necessária para o desenvolvimento da atividade. Reclamando uma origem económica para o conceito de empresa, Yvonne Lambert-Faivre propõe, como definição jurídica de empresa, a de

«quadro no qual capital e trabalho são postos em ação por um chefe de empresa, com vista a um fim económico».

Em 1967, a propósito da preparação da (antiga) lei das falências, houvera uma tentativa gorada de, daí, definir a empresa, cada vez mais objetivada, na linguagem económica e de gestão. Curiosamente, seria no moderno Direito da Falência e, mais precisamente, na Lei de 1985, que a empresa ganharia novo fôlego e, mesmo, uma definição jurídica. De facto, esse diploma definia a empresa como centro de atividades, suscetível de exploração autónoma. Trata-se de uma noção que pouco tem auxiliado a doutrina mas que, de todo o modo, permite tornar operacional a lei francesa das falências. Esse diploma assume um papel muito particular por ter, de forma direta, inspirado o CPEF português, de 1993. Por esta via algo sinuosa, a empresa francesa vem a aproximar-se da atual prática alemã.

A tradição italiana: o Código de Comércio italiano, de 1882, pelo prisma dos atos de comércio – artigo 3.º, n.º 6 e seguintes. A intervenção destes preceitos suscitava dúvidas e teorias, parecendo prevalecer a que detetava, neles, o exercício de uma atividade complexa, com uma repetição de atos singulares, relativos a determinada atividade. A influência da cultura jurídica alemã jogaria, depois, acelerando a objetivação da empresa e intentando, dela, perante as invocadas realidades do comércio, fazer um conceito-chave no Direito Comercial. Parece inevitável considerar que todo este movimento foi auxiliado, pela doutrina do corporativismo, então oficial, sob a ditadura do partido de Mussolini: a vários títulos, a reificação da empresa e a sua sobrevalorização permitiriam combater, quer o liberalismo, quer o socialismo. Todo este forte movimento, de entre as guerras, deu frutos relativos, no Código Civil de 1942. Na verdade, este diploma compreende um Livro V, dedicado ao trabalho, que trata, sucessivamente e noutros tantos títulos, da disciplina das atividades profissionais, do trabalho na empresa, do estabelecimento. Como se vê, o plano era ambicioso. Falhou: hoje, está adquirida a repartição de toda essa matéria em disciplinas perfeitamente autónomas, com cultores e dogmáticas





próprios. As empresas surgiam, nos artigos 2082.º e seguintes. Era dececionante: o *Codice* limitava-se, naquele preceito, a definir empresário (*imprenditore*):

«(...) aquele que exerce profissionalmente uma atividade económica organizada, com vista à produção ou à troca de bens e serviços».

No artigo 2986.º dispunha-se que o empresário é o chefe da empresa, dele dependendo hierarquicamente os seus colaboradores. De todo o modo, o Código Civil italiano de 1942 representa o momento mais alto, no Ocidente, da teoria da empresa. Ele acabaria por ser uma influência tardia nalguns códigos lusófonos: sem que um prévio desenvolvimento jurídico-científico o possa justificar. O fracasso daquilo que, à partida, parecia ser a consagração da empresa como instrumento jurídico-chave, no Direito Privado italiano, tem uma explicação científica. O legislador de 1942 optou, na verdade por consagrar a empresa, enquanto realidade objetiva. Simplesmente, e por falta de desenvolvimentos científicos mínimos, não lhe foi possível prescindir de conceitos concorrentes, como o de sociedade comercial e, até, o de estabelecimento (*azienda*). Nestas condições, o espaço normativo deixado à empresa seria pouco mais do que verbal. No pós-guerra, a empresa vem a ser definida como o exercício profissional de uma atividade económica organizada, com fins de produção ou de troca de bens ou serviços. Houve que afirmar a sua sobrevivência, mantendo-se, depois, a sua definição, como atividade. Nos manuais mais recentes, mantêm-se as definições de empresário ou de empresa, coladas à da lei, sem que, daí, se retirem especiais consequências dogmáticas. Paralelamente, e para além do uso de empresa em temas comunitários, essa locução surge em empresas públicas; tem, aí, contudo, um sentido técnico preciso.

21.º - A empresa na experiência portuguesa

A tradição de Ferreira Borges e de Veiga Beirão: a empresa surge, no Direito moderno português, como forma de delimitar o âmbito comercial. O Código Ferreira Borges dispunha:

«34. Os empresários de fabricas gozam dos privilégios dos comerciantes em quanto respeita á direção d'ellas, e venda dos artigos fabricados.

«35. Comerciante é voz genérica, que compreende os banqueiros, os seguradores, os negociantes de comissão, os mercadores de grosso e retalho, e os fabricantes ou empresários de fabricas na aceção dada».

Portanto: empresário era o detentor de fábricas, sendo equiparado a comerciante. No Código Veiga Beirão, o mesmo objetivo, de inspiração napoleónica, de melhor definir o universo dos atos de comércio ou da atividade comercial, manteve-se. Segundo o seu artigo 230.º,

«Haver se-hão por comerciantes as empresas, singulares ou colectivas, que se propuzérem:...»;

seguia uma lista, que veio a ser alargada por sucessiva legislação posterior. Perante este articulado, parte da doutrina entendeu, na sequência de José Tavares, que a empresa era, aí, a





peessoa, singular ou coletiva, que pretendesse praticar os atos em jogo. Não era esse o entendimento correto: de todo o modo, ele marca um início subjetivista.

A objetivação da empresa: acompanhando uma imparável evolução semântica, surgiram, logo no início do século XX, orientações de tipo objetivista que, na empresa viam um *organismo productori collectivo que se propõe realizar uma série de actos destinados a uma especulação económica*. Apesar de certos esforços destinados a reanimar a empresa, enquanto fator relevante do Direito comercial, podemos considerar que a comercialística portuguesa não está, nesse domínio, mais avançada do que as suas congéneres francesa, alemã e italiana, aqui tomadas como exemplares. Um reforço particular, para a ideia de empresa, adveio do Direito da Economia, tomado latamente enquanto normas e princípios ordenados em função de pontos de vista jurídico-económicos. Diversos diplomas com incidência económica dimanam normas diretamente dirigidas a empresas. Coroando esta evolução – e sob manifesta influência da experiênci francesa – o CPEF, hoje revogado, veio aplicar-se a empresas. O Código, adiantava, mesmo, como definição:

«Considera-se empresa, para o efeito do disposto no presente diploma toda a organização dos fatores de produção destinada ao exercício de qualquer atividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços».

~Mesmo limitando a noção ao próprio CPEF, poderíamos pensar que este vinha personalizar todas as empresas, fosse qual fosse a sua fórmula jurídica. Mas não o CPEF, veio excluir, da declaração de falência, as associações, comissões especiais ou sociedades sem personalidade jurídica. Resta concluir que, embora para efeitos restritos, seria possível, no domínio falimentar, uma dogmática da empresa; esta não substitui, contudo, a personalidade jurídica. Todavia, entre nós como na experiência dadora francesa, não havia uma dogmática da empresa, minimamente desenvolvida, capaz de permitir uma codificação complexa que a tivesse por cerne. Este estado de coisas foi reconhecido pelo CIRE de 2004, que veio revogar o CPEF. É certo que o artigo 5.º do novo Código não resistiu: definiu de novo a empresa, desta feita nos termos seguintes:

«Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica».

Ao longo do CIRE não surgem, todavia, consequências práticas: nem da noção prodigalizada, nem de qualquer outra ideia de empresa. Poderemos concluir que, no nosso Direito como noutras experiências europeias, com relevo para a alemã, a empresa é uma locução disponível para o legislador, sem se embarçar com uma técnica jurídica precisa, indicar destinatários para as suas normas, designadamente as de natureza económica. E em paralelo documenta-se uma sua utilização com o sentido de estabelecimento.

Os interesses da empresa: com os elementos obtidos, vamos agora verificar se a empresa inflete, por si, normas jurídicas, de modo a poder considerar-se como um centro autónomo de interesses. Em sentido subjetivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito e as realidades que ele considere aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos; em sentido objetivo, interesse traduz a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê-las. Finalmente, podemos apontar um sentido técnico-jurídico: interesse será a realidade protegida por normas jurídicas de tal modo que, quando atingidas, se origine um dano.





A noção de interesse só terá algum relevo quando se defira, ao próprio sujeito, a função de definir quais os interesses e como os prosseguir. De outra forma, a lei mandaria, *ad nutum*, adotar certa atuação: seria uma mera norma de conduta, sem necessidade de a completar através da intermediação dos enigmáticos interesses. Mas se o próprio define os seus interesses, também pouco se adianta: bastará dizer que existe um direito subjetivo (uma permissão normativa específica de aproveitamento) que o beneficiário exercerá como entender. De novo a referência a interesses se converte em dispensável complicação linguística. Temos de ser realistas: a noção de interesse não é dogmaticamente aproveitável, no estado atual da Ciência do Direito. Falta a instrumentação necessária para, dele, fazer um conceito atuante e útil. Assim sendo e por maioria de razão: não é viável falar num interesse da empresa; à indefinição de um iríamos somar a do outro, em moldes que representariam um completo retrocesso. Isto dito: alguma doutrina, por pura inércia, mantém referências a interesses *coo se*, com isso, lograsse referir uma realidade *a se*, dotada de relevo dogmático.

22.º - A empresa e o Direito Comercial português

Os desenvolvimentos linguísticos e a sua refutação: a noção de empresa, pela sua omnipresença e pela sua imprecisão, representa um campo de eleição para desenvolvimentos linguísticos. Bastará recordar as profecias de Hedemann que via, na empresa, uma noção nuclear no então futuro Direito Privado. Entre nós, orientações deste tipo surgiram pelas penas de Orlando de Carvalho e de Oliveira Ascensão: o primeiro quando, da empresa, pretendeu fazer o cerne objetivo da atividade comercial e o segundo ao apontar as empresas como verdadeiros sujeitos da vida social e até da vida política, que controlariam. Pois bem: a toada algo épica destes autores não tem depois repercussões no plano dogmático. Uma verdadeira teoria da empresa não pode ser deduzida, em termos centrais, de umas quantas afirmações indemonstradas, tidas por dogmas. O caminho teria de ser o inverso: estudar os diversos institutos onde a empresa tenha uma efetiva projeção a nível de regime e, depois, procurar reconstruir uma ideia geral. E justamente aí reside o drama: os institutos concretos reportados às empresas, quando analisados com alguma profundidade, decompõem-se em noções jurídicas mais precisas: sociedades, organizações individuais, estabelecimentos e conjunções várias de meios humanos e materiais. É certo que muitas dessas noções jurídicas isoladas não apresentam, por si, a projeção económica e social que alcançam quando articuladas em empresa. A empresa tem, assim, o seu papel. Mas ela não pode substituir os institutos dogmáticos de base. A empresa destina-se a introduzir uma nota de realismo em organizações de meios humanos e sociais que, de outra forma, surgiriam como somatórios desgarrados de peças soltas. As considerações acima efetuadas são particularmente importantes perante o Direito Português. Aí verifica-se que o legislador faz um apelo ao termo empresa sem precedente nos diversos ordenamentos europeus. Além disso, tem-se mantido, na nossa literatura, um manifesto fascínio pelos escritos italianos e alemães da primeira metade do século XX: os desenvolvimentos alemães dos finais desse século, que procuram esgotar as potencialidades dogmáticas da empresa e que, de certo modo, culminaram na reforma do Código Comercial alemão de 1998, são pura e simplesmente ignoradas. E isso sucede quando o Direito Português, justamente pela sua posição de charneira, aberto a vários ordenamentos e tradições e





fortalecido com uma insipiente produção legislativa, estaria em excelentes condições para explicar, em termos jurídico-científicos – e logo: dogmáticos e realistas – o verdadeiro papel da empresa.

A empresa como noção-quadro: a comercialística de diversos quadrantes aceita hoje que a empresa não é uma pessoa coletiva, nem um mero conjunto de elementos materiais. Podemos entendê-la como um conjunto concatenado de meios materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direção, de modo a desenvolver uma atividade segundo regras de racionalidade económica. Os seus elementos, muito variáveis, poderiam assim agrupar-se:

- Num elemento humano: ficam abrangidos quantos colabores na empresa, desde trabalhadores aos donos, passando por quadros, auxiliares e dirigentes;
- Num elemento material: falamos de coisas corpóreas, móveis ou imóveis, seja qual for a fórmula do seu aproveitamento e de bens incorpóreos; saber-fazer, licenças, marcas, insígnias, clientela, aviamento e inter-relações com terceiros, normalmente outras empresas;
- Numa organização: todos os elementos, humanos ou materiais, não estão meramente reunidos ou justapostos; eles apresentam-se numa articulação consequente, que permite depois desenvolver uma atividade produtiva;
- Numa direção: trata-se do fator aglutinador dos meios envolvidos e da própria organização; a empresa é algo que funciona, o que só é pensável mediante uma estrutura que determine o contributo de cada uma das parcelas envolvidas.

Cada um destes elementos pode variar até ao infinito. A empresa não é prévia ao Direito. Apenas um ordenamento jurídico mínimo permite a existência e o funcionamento de uma empresa. Sem regras não é possível, sequer, o aparecimento de vários dos fatores essenciais à empresa; muito menos organizá-los; e sobretudo: dirigi-los. A imensa versatilidade da empresa torna-a numa locução de uso fácil e apetecido. O Direito português, através de inúmeras leis, reporta-se-lhes em duas aceções:

- Subjetiva, quando refere os direitos, os deveres ou os objetivos das empresas;
- Objetiva, quando dirige a certas pessoas regras de atuação para com as empresas.

Na primeira aceção a empresa visa designar, em geral, todos os sujeitos produtivamente relevantes: pessoas singulares, sociedades comerciais, sociedades civis, associações, fundações, cooperativas, entidades públicas e organizações de interesses não personificadas. Evita ao legislador o ter de embrenhar-se em distinções e qualificações de redução impossível e transfere, para o momento da aplicação e à luz da lógica global do sistema, a função de determinar o preciso alcance das normas envolvidas. Na segunda aceção – a objetiva – a empresa tem a vantagem de permitir cominar deveres aos responsáveis por todas as entidades acima referidas, o que seria impensável sem esse apoio linguístico. Voltamos a frisar: sem o arrimo da empresa, seria totalmente inviável explicitar num diploma e a cada passo, todo este uno diversificado e variável. Além disso, a empresa permite ao legislador determinar medidas em relação às organizações produtivas, sem ter de explicitar tratar-se de conjuntos articulados e dirigidos de meios humanos e materiais. As hipóteses são tantas que apenas um conceito-quadro como o de empresa permite fazer trabalho útil. Não deve, daqui, inferir-se uma qualquer desvalorização da





ideia de empresa. Ela exprime, num plano de efetividade, o funcionamento dos mais diversos institutos jurídicos, que não substitui nem pretende substituir. Ela transcende, de resto, o Direito Comercial. Finalmente, verifica-se que qualquer definição de empresa, por bem aprontada que se apresente, lhe retiraria o seu papel de enquadramento, assente, precisamente, numa (certa) indefinição. A empresa, particularmente nas economias abertas do Ocidente, tem toda uma carga valorativa e ideológica. Ela traduz, pelo menos, uma preocupação do uso racional dos meios disponíveis, de modo a minimizar custos e ampliar resultados. E ela implica uma dimensão social e humana já que falar em empresas é referir o elemento pessoal que ela sempre inclui. Em compensação e precisamente pela sua imensa variabilidade, a empresa não serve como elemento sistematizador do Direito Comercial ou, sequer, como suporte de um denominado Direito das Empresas. Ela iria defrontar, sem grande glória, toda uma sedimentada tradição jurídico-mercantil e iria oferecer quadros rígidos – e, como tal irrealis – deitando a perder a grande vantagem significativa que apresenta. A empresa traduz, por fim, um espaço privilegiado para seguir e discutir toda uma interessante evolução histórico-cultural.

Concretização: fixámos a empresa como um conceito-quadro: disponível para o legislador e para a prática jurídica, sempre que caiba referir realidades produtivas sem pormenores técnicos. Podemos ir mais longe e abordar as grandes linhas da sua concretização. Temos:

- A empresa-sujeito e a empresa-objeto;
- O Direito das Empresas;
- A empresa como sublinguagem comunicativa;
- A empresa como conceito geral-concreto.

A empresa-sujeito equivale ao conjunto de destinatários de normas comerciais: pessoas singulares, pessoas coletivas e pessoas rudimentares. A empresa-objeto reporta-se ao estabelecimento dotado de direção humana. Apenas a interpretação permitirá, caso a caso, determinar o preciso sentido em jogo, bem como o seu alcance. O Direito das Empresas, usado em sentido amplo, abrange o Direito das Sociedades e, ainda, todos os setores normativos que se aplicam às sociedades. Em sentido estrito, o Direito das Empresas não tem consistência, mercê das dificuldades acima apontadas. Ao falar em empresa, a lei, os estudiosos e os operadores do Direito podem ter em vista transmitir como que uma mensagem subliminar destinada a enfatizar: a capacidade produtiva, a ideologia do mercado ou a prevalência das realidades económicas. A capacidade produtiva articular-se coma ideia de organização: um filão integrador da empresa, hoje clássico, mas sempre útil. Quanto à ideologia do mercado: uma linguagem empresarial dá um toque de modernidade. Ela vem sendo adotada, de modo *naïf*, por circunspectas obras de talhe tradicional, surgindo em diplomas como alienígenas (*vide* o CIRE!). A prevalência das realidades económicas recorda que as sociedades são, no fundo, uma forma jurídica sob a qual algo se abriga – ou pode abrigar. Faz-se como que um apelo ao substrato e ao que ele representa. Finalmente, a empresa tem sido reconstruída com base na dialética hegeliana. Temos presente o desenvolvimento de Herbert Wiedemann, o qual intenta enquadrar os contrários que enformam a empresa-indivíduo/sistema social; efetividade económica/efetividade social; estabilidade/dinâmica; direção/colaboradores e a direção da organização social. A matéria é inesgotável.





Secção II – O estabelecimento

23.º - Noção e elementos do estabelecimento

Aceções e noção geral: a empresa surge como um conceito-quadro de grande extensão e particular versatilidade. Torna-se pouco adequada para transmitir regimes jurídicos concretos. Compreende-se, assim, que o Direito português tenha elaborado, a seu lado, um outro conceito particularmente apto para traduzir o objeto unitário de determinados negócios: o de estabelecimento. No Código Comercial, o estabelecimento surge em duas aceções:

- Como armazém ou loja: artigos 95.º, §2.º, e 263.º, §único;
- Como conjunto de coisas materiais ou corpóreas: artigo 425.º.

Curiosamente, a noção geral adotada de estabelecimento já não se encontra no Código Comercial, aflorando noutros lugares normativos, com relevo para o Código Civil. Assim, cumpre relevar, todos do Código Civil: artigos 316.º, 317.º, 495.º, n.º2, 1559.º, 1560.º, n.º1, alínea a), 1682.º-A, n.º1, alínea b), 1938.º, n.º1, alínea f), 1940.º e 1962.º, n.º1. Esta aceção ocorre ainda nos artigos 1109.º e 1112.º RAU. O estabelecimento traduz, aí, um conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas devidamente organizado para a prática do comércio. Digamos que corresponde grosso modo a uma ideia de empresa, sem o elemento humano e de direção.

Elementos do estabelecimento: o estabelecimento comercial abrange elementos bastante variados. Em comum têm apenas o facto de se encontrarem interligados para a prática do comércio. Pode distinguir-se, no estabelecimento, o ativo e o passivo: o ativo compreende o conjunto de direitos e outras posições equiparáveis, afetas ao exercício do comércio; o passivo corresponde às adstrições ou obrigações contraídas pelo comerciante, por esse mesmo exercício. À partida, o passivo inclui-se no estabelecimento embora seja frequente, em negócios de transmissão, limitá-los ao ativo. No respeitante ao ativo, o estabelecimento abrange:

- Coisas corpóreas;
- Coisas incorpóreas;
- Aviamento e clientela.

No que tange a coisas corpóreas, ficam abarcados os direitos relativos a imóveis, particularmente: os direitos reais de gozo, como a propriedade ou o usufruto e os direitos pessoais de gozo, como o direito ao arrendamento. Seguem-se os direitos relativos a móveis. Ficam, pois, abrangidas quaisquer coisas que, estando no comércio, sejam, pelo comerciante, afetas a esse exercício. No tocante a coisas incorpóreas, distinguimos: as obras literárias ou artísticas que se incluam no estabelecimento, os inventos (portanto: as patentes) e as marcas. Podemos ainda acrescentar o direito à firma ou nome do estabelecimento e outras aspetos que, embora à partida não-patrimoniais, consintam todavia uma comercialidade limitada. Aquando da negociação de um estabelecimento, é evidente que os referidos fatores incorpóreos poderão ser determinantes para encontrar um valor. Há estabelecimentos que vale, sobretudo, pelo





nome que tenham ou pelas marcas ou patentes que acarretem. Também quando a coisas incorpóreas, há que incluir os direitos a prestações provenientes de posições contratuais. Assim sucede desde logo com os contratos de trabalho; seguem-se-lhe outros contratos de prestação de serviço, contratos com fornecedores, contratos de distribuição, de publicidade, de concessão comercial, de agência, de franquia e mesmo contratos relativos a bens vitais: água, eletricidade, telefone, ligação à internet e gás. Encontramos, depois, *o aviamento e a clientela*: o aviamento corresponde, grosso modo, à mais-valia que o estabelecimento representa em relação à soma dos elementos que o compõem, isoladamente tomados: ele traduziria, deste modo, a aptidão funcional e produtiva do estabelecimento. A clientela, por seu turno, equivale ao conjunto, real ou potencial, de pessoas dispostas a contratar com o estabelecimento considerado, nele adquirindo bens ou serviços. O aviamento e a clientela não constituem, como tais, objeto de direitos subjetivos. Eles correspondem, não obstante, a posições ativas e são objeto de regras de tutela.

O critério da sua inclusão: perante o enunciado de elementos acima efetuado, pergunta-se qual o critério da sua inclusão no estabelecimento. A questão é importante; não obstante, repousa em construções doutrinárias, ainda que com bases legais dispersas e consagração jurisprudencial. O critério do estabelecimento assenta em duas ordens de fatores:

- Um fator funcional: apela ao realismo exigido pela própria vida do comércio. Sob pena de nos perdermos em inúteis abstrações, devemos, pela observação, verificar como se organiza efetivamente um estabelecimento e como ele funciona. Procurar reduzi-lo a coisas corpóreas, ao muito que isso depois facilite o seu regime, é escamotear a realidade: o estabelecimento existe e é autonomizado pelo comércio e pelo Direito precisamente por organizar as coisas corpóreas, em conjunto com as incorpóreas, num todo coerente para conseguir angariar clientela e, daí, lucro. A análise dos factos diz-nos que, em regra, o estabelecimento gira sob um nome, tem insígnias, usa marcas e patentes, disfruta de colaboradores, etc.;
- Um fator jurídico: explica-nos que, em homenagem a essa realidade que ele traduz, o Direito concede, ao conjunto de elementos referidos, um regime especial, inaplicável *in solo*³⁶.

³⁶ A origem do reconhecimento do estabelecimento como realidade autónoma qualitativamente diferente dos elementos que o compõem reside nas leis sobre o arrendamento. À partida, é importante ter presente que, muitas vezes, particularmente nos grandes centros, os comerciantes instalavam os seus estabelecimentos em locais arrendados. Esses locais, justamente quando neles exercessem comerciantes ordenados e de prestígio, viam o seu valor aumentar. O próprio comerciante poderia ser levado a realizar investimentos de relevo. Todavia, no sistema liberal do Código de Seabra, o senhorio poderia, praticamente a todo o tempo, pôr cobro aos arrendamentos em vigor. A mais-valia conquistada pelo comerciante perder-se-ia, em conjunto com numerosos investimentos por ele levados a cabo. Além disso, o senhorio poderia receber, de volta, um local valorizado pelo trabalho alheio. Estas e outras considerações acabaram por pesar junto do legislador. Assim, um Decreto de 12 novembro 1910 veio dispor que o arrendatário comerciante ou industrial que tivesse valorizado o local arrendado teria, caso fosse despedido, o direito a uma indemnização pela clientela que poderia ir até dez vezes a renda anual. Além disso, os prédios onde estivessem instalados estabelecimentos comerciais ou industriais poderiam ser sublocados – de facto: trespassados – sem autorização do senhorio. Seguiu-se, em 1919, o regime em que o comerciante arrendatário despejado poderia ter direito a uma indemnização de clientela correspondente a até vinte vezes o valor da renda anual. Além disso, havendo





Do regime específico do estabelecimento, destacamos:

- O direito ao arrendamento, quando se inclua no estabelecimento, pode ser transmitido, em conjunto com este, independentemente de autorização do senhorio – artigo 1112.º CC;
- A transmissão de firma só é possível em conjunto com o estabelecimento a que ela se achar ligada – artigo 44.º RNPC;
- O trespasse do estabelecimento fazia presumir a transmissão do pedido de registo ou de propriedade da marca – artigo 211.º, n.º1 CPI de 1995; no CPI vigente, desaparece a presunção mas mantém-se o regime. Dispõe o artigo 297.º deste último diploma:

«Na transmissão do registo do nome ou da insígnia devem observar-se as formalidades legais exigidas para a transmissão do estabelecimento de que são acessórios».

- A transmissão do estabelecimento implica a transferência da posição jurídica de empregador para o novo adquirente, relativamente aos contratos de trabalho dos trabalhadores a ele afetos – artigo 285.º, n.º1 CT;
- No caso de expropriação por utilidade pública que envolva um estabelecimento.

O estabelecimento, para além de direitos reais relativos a coisas corpóreas, envolve posições contratuais, como o direito ao arrendamento, ou o contrato de trabalho e posições incorpóreas, como o direito à firma e a marca ou o pedido do seu registo. Além disso, o aviamento e a clientela são valorados para efeitos de expropriação por utilidade pública, prova de que existem e são tidos em conta pelo Direito. É certo que algum destes elementos – e muitos outros, com destaque para o passivo e para os contratos que, por definição, impliquem uma prestação do comerciante e logo, a esse nível, um passivo – só se transmitem plenamente com o consentimento do terceiro cedido: trata-se do regime que emerge dos artigos 424.º, n.º1 e 595.º CC. Essa necessidade tão pouco põe em crise os aspetos funcionais ou o tipo social que representa a transmissão, em bloco, de todos os elementos integrantes do estabelecimento. Finalmente: o aviamento e a clientela valem, insofismavelmente, para efeitos indemnizatórios. Logo existem e são valorados pelo Direito.

trespasse do estabelecimento, considerar-se-ia nele incluído, sem necessidade de autorização do senhorio, a sublocação do prédio ou da parte onde o mesmo estivesse instalado. Em 1924, veio adotar-se que os trespases de estabelecimento, que incluem a transferência do arrendamento sem autorização do senhorio, exigem escritura pública. Paralelamente, permite-se o despejo quando o local, tendo sido dado em arrendamento para comércio ou indústria, se mantenha encerrado durante mais de um ano. Esta vertente acentuou-se em 1948: o trespasse do estabelecimento exige a manutenção do mesmo comércio ou indústria e, ainda, que a transmissão seja acompanhada dos diversos elementos do estabelecimento. Trata-se de uma regra similar à que consta do artigo 1112.º do Código Civil.





24.º - O regime e a natureza do estabelecimento

A negociação unitária; o trespasse: o ponto mais significativo do regime do estabelecimento é a possibilidade da sua negociação unitária. Em princípio, perante um conjunto de situações jurídicas distintas, funciona a regra da especialidade: cada uma delas, para ser transmitida, vai exigir um negócio jurídico autónomo. Estando em causa um acervo de bens e direitos, a lei e a prática consagradas admitem que a transferência se faça unitariamente. Trata-se de um aspeto que abrange não apenas as coisas corpóreas articuladas, suscetíveis de negociação conjunta através das normas próprias das universalidades de facto – artigo 206.º CC – mas, também, todas as realidades envolvidas, incluindo o passivo. Repare-se: não deixa de haver transmissão unitária pelo facto de, para a perfeita transferência de alguns dos elementos envolvidos, se exigir o consentimento de terceiros. É o que vimos suceder com o passivo, com os contratos de prestações recíprocas e é o que sucede, como veremos, com a própria firma. O trespasse do estabelecimento que tudo englobe continua a fazer-se por um único negócio, com todas as facilidades que isso envolve. É certo eu o comerciante que pretenda fundar um estabelecimento constituirá uma sociedade comercial mais ou menos (des)capitalizada, que irá encabeçar o acervo de bens e de deveres a inserir no estabelecimento. Querendo alienar a sua posição, o comerciante em causa, muito simplesmente, transferirá as suas posições sociais – quotas ou ações – para o adquirente. Formalmente, não há qualquer modificação a nível do sujeito. Este fenómeno apenas documenta uma certa perda de importância relativa que velho Direito Comercial vem a acusar, a favor dos ramos comerciais mais novos, como o Direito das Sociedades. Não obstante, a transferência do estabelecimento, enquanto tal, continua a apresentar um interessante marcado: basta ver a multiplicidade de casos judicialmente decididos. O trespasse do estabelecimento, mormente para ter eficácia no ponto nevrálgico do arrendamento, devia ser celebrado por escritura pública. Todavia, o Decreto-Lei n.º 64-A/2000, 22 abril, alterou esta regra: passou a bastar forma escrita, explicitando (inutilmente) o novo n.º3 do artigo 115.º: «*sob pena de nulidade*». O atual artigo 1112.º, n.º3 CC já não contém esse insólito. Deve tratar-se de um estabelecimento efetivo, isto é: que compreenda todos os elementos necessários para funcionar e que, além disso, opere, em termos comerciais. O artigo 1112.º CC exprime essa ideia pela negativa; não haverá trespasse:

«a) quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integram o estabelecimento;

«b) quando, transmitido o gozo do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou indústria ou quando, de um modo geral, lhe seja dado outro destino».

O trespasse exige, pois, uma transmissão do estabelecimento no seu todo ou como universalidade: é insuficiente aquela que incida sobre apenas alguns dos seus elementos. Por certo que as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, poderão, do estabelecimento, retirar os elementos que entenderem. O trespasse não deixará de o ser até ao limite de o conjunto transmitido ficar de tal modo descaracterizado que já não possa considerar-se um estabelecimento em condições de funcionar: trata-se do chamado estabelecimento incompleto. Além da transmissão, o estabelecimento deve manter-se como tal. Daí o não poder passar-se a exercer, no local, comércio diferente. A lei especifica, a propósito da transmissão do





arrendamento, que o trespasse deve abarcar instalações, utensílios, mercadorias e outros elementos. Não oferecerá dúvidas reportar que, como vimos, outros elementos abrangerá os fatores incorpóreos, com relevo para diversos direitos de crédito, nome, patentes e marcas. Perante um trespasse de âmbito máximo, que englobe, pois, o passivo, teremos de distinguir os seus efeitos internos dos externos. Quanto aos internos, o trespasário adquirente fica adstrito, perante o trespasante, a pagar aos terceiros o que este lhes devia. Quanto aos externos: o alienante só ficará liberto se os terceiros, nos termos aplicáveis à assunção de dívidas e à cessão da posição contratual, o exonerarem ou derem acordo bastante. O trespasse é, apenas, uma transmissão definitiva do estabelecimento. Só por si, não nos diz a que título. Quer isso dizer que o trespasse pode operar por via de qualquer contrato, típico ou atípico, que assuma eficácia transmissiva: compra e venda, dação em pagamento, sociedade, doação ou outras figuras diversas. O regime do trespasse dependerá do contrato que, concretamente, estiver na sua base. Para o tema aqui em causa, relevará apenas o seu efeito transmissivo de um estabelecimento. Apesar de ser esse o núcleo, cumpre apontar outras decorrências típicas do trespasse:

- ➔ O artigo 1112.º, n.º4 CC, retomando o artigo 116.º RAU, atribui ao senhorio um direito de preferência, na hipótese de trespasse por venda ou dação em cumprimento;
- ➔ O trespasante poderá ficar investido num dever de não-concorrência em relação ao trespasário.

Tem aplicação, em tudo o que a lei comercial não prescreva diretamente, o regime geral das preferências legais. Designadamente: salvo situações de abuso do direito, a preferência não funciona quando o estabelecimento seja usado para a realização de capital social. A preferência do senhorio fora instituída em 1924 vindo, mais tarde, a desaparecer. O RAU restabeleceu-a com duas finalidades essenciais:

- ➔ Permitir ao senhorio uma vantagem potencial, aquando da transmissão do estabelecimento instalado no objeto da sua propriedade (à preferência funciona no arrendamento comercial; não no arrendamento para o exercício de profissões liberais; vide TC n.º421/99, 30 junho, Proc. 93/98);
- ➔ Facultar um certo controlo da sociedade civil sobre as simulações operadas no tocante a trespases.

A preferência em causa, após a reforma de 2006, encontrou guarida no novo artigo 1112.º, n.º4 CC, ainda que a título supletivo. O direito de preferência conferido ao senhorio não é um direito de resgate da coisa, de modo a conseguir dismantelar o estabelecimento, só para reaver o objeto da sua propriedade. Trata-se de uma preferência na venda ou dação em cumprimento do estabelecimento. O senhorio interessado não pode agir na hipótese de qualquer trespasse mas, apenas, na de venda ou dação. Além disso, ele terá de adquirir todo o estabelecimento, mantendo-o em funções, nas precisas condições em que o faria o trespasário interessado. Resulta ainda daí que a preferência do senhorio só seja possível quando, este próprio, esteja em condições de, licitamente, adquirir o estabelecimento. Além disso, não cabe preferência no caso de integração, com o estabelecimento, de quota social: em princípio não há aqui venda ou dação em cumprimento, ficando todavia ressalvada a hipótese de abuso do direito. O dever de não-concorrência do trespasante perante o trespasário, quando não seja expressamente pactuado, poderá ser uma exigência da boa fé. Impõe-se, *ex bona fide* e como dever pós-eficaz, uma





obrigação de não concorrência, a qual apenas pode ser ponderada caso a caso. A sua violação pode acarretar deveres de cessar a concorrência indevida e de indemnizar o lesado, reconstruindo a situação que existiria se não fosse a violação perpetrada.

A cessão de exploração e a locação do estabelecimento: na locação de estabelecimento (artigo 1109.º CC) há uma cedência temporária do estabelecimento comercial. Em rigor, haveria que distinguir: a cessão de estabelecimento seria a transferência temporária do estabelecimento, efetuada a qualquer título (incluindo o comodato); a locação de estabelecimento implicaria a cessão titulada por um negócio decalcado da locação, designadamente com uma obrigação iódica de pagamento de retribuição, tipo renda ou aluguer. O interesse da autonomização da cessão de exploração é o do próprio reconhecimento do estabelecimento como objeto de negócios:

- Permitiria a cedência temporária do estabelecimento como um todo, sem necessidade de negociar, uma a uma, todas as realidades que o compõem e viabilizando ainda o cômputo de elementos sem autonomia, como o aviamento e a clientela;
- Possibilitaria atender à verdadeira realidade em jogo no estabelecimento, afastando normas comuns aplicáveis a outras figuras contratuais como, por exemplo, o arrendamento.

A possibilidade de, na locação de estabelecimento, afastar o regime restritivo do arrendamento, obriga a uma delimitação mais cuidada dos seus contornos. À partida, pode dizer-se que deve haver, como objeto do negócio, um estabelecimento comercial: é a presença deste, com a sua lógica própria e os seus valores particulares, que conduziu à autonomização prática e conceitual da figura. Antunes Varela justifica a exclusão, na então cessão de exploração, dos esquemas injuntivos do arrendamento, acentuando:

- A inexistência das razões que justificam o protecionismo do inquilinato comercial ou industrial;
- O facto de, ao cedente, se dever a iniciativa da criação ou a manutenção do estabelecimento, em cujo património ele se integra e continua;
- O facto de o cessionário não ter criado o estabelecimento, limitando-se a fruir o que temporariamente lhe foi cedido;
- A assimilação da cessão de exploração ao trespasse, caso tivesse aplicação o esquema da renovação automática estabelecida para o arrendamento.

Em bom rigor, a cessão de exploração é um negócio atípico. Cabe às partes desenvolver o regime que entendam adotar. O último dos pontos referidos tem um peso relativo: a semelhança com o trespasse ocorreria, apenas, pelo prisma do cedente; além disso, o regime restritivo vigente para o arrendamento aproxima-o da pura transmissão do imóvel sem que, daí, se extraiam consequências dogmáticas. O novo regime do arrendamento urbano, de 2006, procurou clarificar a terminologia: sobre a qual, de resto, não havia quaisquer dúvidas. O artigo 1109.º, versão atual, CC, passou a falar diretamente em locação de estabelecimento, esclarecendo que, quando instalado em local arrendado, ela não carece de autorização do senhorio (1109.º, n.º2), embora lhe deva ser comunicada no prazo de um mês. A jurisprudência sobre cessão de





exploração tem vindo a fixar os contornos da figura. Desde logo ela exige um estabelecimento, sob pena de ser arrendamento “puro”. Quando ela envolva um local arrendado, ficou entendido não ser necessária a autorização do senhorio: um ponto que, em 2006, passou para a lei expressa. Já parecia razoável exigir que, nos termos gerais do artigo 1038.º, alínea g) CC, a operação seja comunicada ao senhorio, mau grado alguma divisão da jurisprudência. Como vimos, a lei vigente cortou quaisquer dúvidas, dando, ao tema, uma resposta positiva. Quando a cessão seja declarada nula, a retribuição acordada é devida pelo cessionário ao cedente, enquanto subsistir a exploração. Segundo o artigo 111.º RAU a cessão de exploração deve constar de documento escrito. Finalmente, haverá que reconduzi-la à figura geral da locação: seria locação produtiva caso essa figura tivesse sido autonomizada pelo Direito português. Não operam, como vimos, as regras vinculísticas do arrendamento.

O usufruto do estabelecimento: sobre o estabelecimento comercial pode recair o direito de usufruto. Nessa altura e nos termos gerais, o usufrutuário poderá aproveitar plenamente o estabelecimento, sem alterar a sua forma ou substância – artigo 1439.º CC. Os elementos corpóreos podem, por definição, ser objeto de usufruto, enquanto os incorpóreos o serão por via dos artigos 1463.º a 1467.º CC e dos princípios que deles emergem. No domínio dos poderes de transformação do usufrutuário, pensamos que, tratando-se de um estabelecimento, estes devem ir tão longe quanto possível. De outro modo, iremos bloquear a atualização e a renovação do estabelecimento, enquanto durar o usufruto: haverá danos para o comércio e para todas as pessoas envolvidas, incluindo o titular da raiz.

O estabelecimento como objeto de garantia: para além de poder ser globalmente transferido, a título definitivo (trespasse) ou temporário (locação ou cessão de exploração), o estabelecimento comercial pode, ainda, ser dado em garantia ou, genericamente: pode operar como objeto de garantia. O estabelecimento pode ser dado em penhor, pelo seu titular. Em termos analíticos, teríamos um misto de penhor de coisas e de penhor de direitos. Relevante é aqui, todavia, o penhor global sobre o conjunto. Em regra tratar-se-á de um penhor mercantil, sendo pois suficiente, nos termos do artigo 398.º § único, uma entrega simbólica. O que tem aqui a maior importância prática: o estabelecimento dado em garantia poderá continuar a funcionar normalmente, numa situação fundamental para o bom decurso da operação. O estabelecimento comercial pode ainda ser objeto de penhora. Trata-se de uma operação que não afeta a relação locatícia que, eventualmente, nele se inclua e que, como em qualquer situação relativa ao estabelecimento, o atinge, no seu conjunto.

A reivindicação e as defesas possessórias: o estabelecimento não é composto apenas por coisas corpóreas. Não obstante, estas, para além de poderem ter um papel dominante, emprestam ao conjunto um teor característico. Basta ver que o estabelecimento, na multiplicidade dos seus elementos, surge como algo de perceptível pelos sentidos, enquanto o exercício de poderes sobre ele comporta, por si, uma publicidade espontânea. Deste modo, a doutrina e a jurisprudência têm-se inclinado para a aplicabilidade, ao estabelecimento, das defesas reais. Em primeiro lugar, o estabelecimento pode ser reivindicado. Embora se trate de uma ação primacialmente dirigida a efetivar o direito de propriedade sobre os elementos corpóreos, os restantes fatores acompanharão, automaticamente, os primeiros. De seguida, temos as ações possessórias. Estas assistem ao seu titular. Mas também o trespassário poderá utilizá-las para tornar efetiva a posse que tenha recebido por via contratual. Vale o afirmado





quanto à completeza do estabelecimento e quanto à possibilidade de atingir, por essa via, elementos não corpóreos.

A natureza: a questão da natureza do estabelecimento comercial tem-se prestado, na História e no Direito Comparado, a uma especulação donde resultam inúmeras teorias. Se colocarmos o problema perante o Direito positivo português, a questão resulta grandemente simplificada. À partida, devemos entender que o estabelecimento não se confunde com a empresa. Esta é um conceito-quadro que ora se reporta a um sujeito de direitos, ora abrange uma organização produtiva com a sua direção. Já o estabelecimento surge, no Direito Português, objeto de negócios e de direitos. Tanto basta para afastar as teorias que intentem a sua personificação. Mais delicada surge a recondução do estabelecimento à categoria de património autónomo ou de afetação: a unidade surgiria apenas perante determinados negócios ou ações, sendo impensável fora deles. Trata-se de uma construção que deve ser reconduzida à particular conceção que, de personalidade coletiva, nos deixou Brinz. Segundo esta orientação, a própria ideia de personalidade coletiva deveria ser substituída pela de património de afetação, razão pela qual, quando aplicada ao estabelecimento, não é diferenciadora. Os primeiros dogmáticos da empresa descobriram, na titularidade desta, um direito global autónomo. Aplicada ao estabelecimento, esta doutrina redundaria em apresentá-lo como o objeto de um específico direito subjetivo: o direito ao estabelecimento. Vem esta orientação contraditada pelo Direito positivo, pelo menos em parte: dado o princípio da especialidade as diversas situações jurídicas incluídas no estabelecimento não perdem a sua autonomia. Temos, seguramente, uma multiplicidade de direitos, ainda que, sobre o conjunto, surja algo que cumpre explicar. As dificuldades encontradas por estas tentativas de explicação mais elaboradas levaram a doutrina, particularmente a italiana, a reconduzir o estabelecimento ao universo das coisas: mais precisamente às coisas compostas ou universalidades, discutindo-se, dentro destas, se se trata de universalidade de facto ou de universalidade de direito. Apelando às regras jurídico-positivas já apuradas, parece fácil avançar: o Direito Civil português atual não admite – de resto à semelhança do italiano –, a figura das universalidades de direito; por outro lado, o estabelecimento não pode dar corpo a uma universalidade de facto, por duas razões, qualquer delas definitiva:

- Abrange ou pode abranger o passivo;
- Abrange ou pode abranger coisas incorpóreas.

O Direito dispensa um tratamento unitário às coisas compostas ou universalidades de facto, sem prejuízo de se conservarem direitos autónomos a cada uma das coisas simples que as componham. Este regime não deve ser considerado como de absoluta exceção. Outras leis poderão, em certos casos, determinar tratamentos unitários para elementos que, de outra forma, andariam dispersos. E a própria autonomia privada, respeitando os limites injuntivos, poderá fazer outro tanto: recorde-se que estamos em pleno Direito Privado. O estabelecimento comercial é uma autêntica esfera jurídica e não, apenas, um património: inclui ou pode incluir o passivo e toda uma série de posições contratuais recíprocas. Trata-se, todavia, de uma esfera jurídica afeta ao comércio ou a determinado exercício comercial. Tem, pois, a natureza de esfera jurídica de afetação, sendo delimitada pelo seu titular em função do escopo jurídico-comercial em jogo. Teremos, assim, de admitir, ao lado dos patrimónios especiais há muito conquistados pela doutrina, a ideia de esferas jurídicas especiais, de modo a incluir o passivo. A unificação poderá dar-se em função de qualquer ponto de vista unitário. Não é necessário que esfera de





afetação implique qualquer regime preferencial de responsabilidade por dívidas: há outros fatores possíveis de unificação. Em qualquer dos casos, é inaceitável qualquer opção que, querendo reconduzir o estabelecimento comercial a conceitos mais rígidos, proceda, para o efeito, a uma amputação de todos os elementos que perturbem a geometria ambicionada.

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: o exercício do comércio implica riscos. No caso do estabelecimento comercial, recordamos que ele se encontra na titularidade de um interessado; este responde com todo o seu património pelas dívidas ocasionadas através de exploração comercial. Constitui um desafio clássico ao Direito Comercial o apurar esquemas que, sem colocarem em risco a segurança do comércio e a fidedignidade das transações, permitam limitar a responsabilidade individual dos operadores. Essa preocupação foi, em grande parte, alcançada pelas sociedades comerciais de responsabilidade limitada. *Quid iuris* todavia, quando se tratasse de um comerciante em nome individual, que não desejasse associar-se? Uma primeira via, classicamente encetada, foi a de admitir sociedades unipessoais, isto é, sociedades com um único sócio. Pelas dívidas da sociedade responderia apenas o património desta, assim se conseguindo a procurada limitação. Este caminho acabaria por ser seguido pelo legislador português, permitindo sociedades unipessoais de quotas. De todo o modo e como primeira tentativa limitadora, a lei portuguesa, através do Decreto-Lei n.º 248/86, 25 agosto, veio permitir a figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou EIRL. A ideia é a seguinte: o interessado afeta ao EIRL parte do seu património, o qual constituirá o capital inicial do estabelecimento – artigo 1.º, n.º2. O EIRL constitui-se por escrito, salvo se for exigida uma forma mais solene para a transmissão dos bens que representem o capital inicial do estabelecimento (2.º, n.º1), com todas as especificações do artigo 2.º, n.º2, devendo ser inscrito no registo comercial e procedendo-se à publicação no Diário da República – artigo 5.º : a partir daí, produz efeitos perante terceiros – artigo 6.º. Pelas dívidas resultantes de atividades compreendidas no objeto do EIRL, respondem apenas os bens a este afetados, salvo se o titular não tiver respeitado o princípio da separação dos património – artigo 11.º. O ato constitutivo pode ser alterado, designadamente através de aumentos ou de reduções do capital, com as cautelas especificadas na lei – artigo 16.º a 20.º. O EIRL é, de facto, um estabelecimento comercial, colocado numa situação especial que permite a responsabilidade limitada. Há traços do seu regime que refletem bem os progressos obtidos no tratamento do tema: veja-se o artigo 21.º, n.º1. A situação especial em que se coloca o EIRL e a necessidade de proteger terceiros e o comércio em geral levaram o legislador a formalizar alguns aspetos do estabelecimento em jogo. Designadamente: os bens que o compoñham não são, *ad nutum*, os que sejam afetados ao comércio mas antes aqueles que constem do título constitutivo. Tal como o estabelecimento comercial, também o EIRL constitui uma esfera jurídica de afetação: no fundo, este tenderia, à partida, a ser uma modalidade daquele. Não bastará considera-lo como um património autónomo, uma vez que também abrange o passivo.





Da transmissão das obrigações

22.º - A transmissibilidade das obrigações

Generalidades: em sentido muito amplo, podemos dizer que uma situação jurídica se transmite quando, produzindo ela, em determinado momento, efeitos em relação a uma pessoa, passe, num segundo tempo, a produzir efeitos em relação a outra. A nível mais estrito, encontramos a transmissão dos direitos subjetivos. Esta verifica-se quando uma permissão normativa de aproveitamento de determinados bens, dirigida a um sujeito, passe a ser reportada a outro. Quando o bem em causa seja uma prestação, deparamo-nos com a transmissão de um crédito. Paralelamente, podemos definir a transmissão do débito, como a ocorrência pela qual o dever de prestar que assista a uma pessoa passe a caber a outra. Na transmissão, a situação em causa efetua uma movimentação da esfera do transmitente para a do transmissário. Na transmissão *stricto sensu*, a situação em causa, sem prejuízo da sua identidade, pode sofrer alterações nas suas características circundantes.

A transmissibilidade geral das obrigações: o Direito das obrigações é um Direito tendencialmente patrimonial. As situações obrigacionais podem-se incluir, em princípio, na ideia de propriedade. O princípio da transmissibilidade geral das obrigações tem, desta forma, proteção constitucional: o artigo 62.º, n.º1 CRP. A nível infra constitucional, o princípio da transmissibilidade geral das obrigações está consagrado, no tocante à transmissão *inter vivos*, no Capítulo IV, Título I, do Livro II do Código Civil.

Fundamentação da transmissibilidade das obrigações: a possibilidade de transmitir as obrigações pressupõe uma dogmática compatível e um desenvolvimento sócio económico considerável. Uma sociedade estática, de base fundiária, não requer, no seu tráfego jurídico, a transmissibilidade das obrigações. O desenvolvimento das economias pressiona, no entanto, uma viragem para a circulação dos créditos. E isso:

- Pelo empolamento do fenómeno obrigacional;
- Pelo aumento do tráfego jurídico;
- Pela necessidade de garantir os créditos.

O crédito é, fundamentalmente, um direito a uma prestação; trata-se, porém, de uma prestação despersonalizada, suscetível de ser tomada e valorizada em sentido objetivo, isto é, assumida como bem. O mesmo crédito deve – agora pelo prisma do seu titular – ser considerado como um objeto da responsabilidade patrimonial e como objeto do trânsito jurídico. O crédito torna-se, também, objeto da responsabilidade patrimonial isto é: quando se diga que, pelos débitos, responde o património do devedor, respondem, também, os créditos nele inscritos. A evolução está consumada: o crédito pode ser um direito a uma atividade particular de uma pessoa; porém, uma vez constituído, traduz um valor patrimonial – económico – objetivado no seio da sociedade e, como tal, suscetível de circulação, em todos os sentidos. A imagem dos direitos reais está bem





presente. A cessão pode ainda ser usada como um esquema de financiamento; temos a cessão financeira.

Formas de transmissão e fontes de transmissão: a obrigação integra uma realidade complexa que engloba posições de dois sujeitos. Daí que o fenómeno transmissivo possa revelar-se, quanto a ela, por formas diversificadas. A transmissão respeita ou à posição do credor, ou à posição do devedor ou, ainda, a uma posição complexa crédito-débito quando, em virtude de um contrato sinalagmático, os sujeitos estejam, simultaneamente, investidos em direitos e adstritos a obrigações. As diversas transmissões assim isoladas podem seguir vias diferentes, em obediência ao processamento da sua concretização. Em obediência ao *quid* obrigacional transmitido e ao modo de processamento da transmissão, o Código Vaz Serra recebeu expressamente as seguintes formas de transmissão:

- A cessão de créditos e a sub-rogação;
- A assunção de dívida;
- A cessão de posição contratual.

Da forma de transmissão deve ser cuidadosamente separada a sua fonte. De acordo com as regras gerais das vicissitudes das obrigações, uma qualquer forma de transferência só opera quando tenha ocorrido um evento ao qual o Direito associe a transmissão. Esse evento é o facto jurídico (*lato sensu*) dotado de eficácia transmissiva, isto é, o facto transmissivo ou a fonte da transmissão. Temos pois de isolar dois níveis de regulamentação atinentes à transmissão das obrigações: o nível das fontes e o nível da forma de transmissão. Podemos classificar as transmissões de obrigações não só em obediência às suas formas mas, também, de acordo com as fontes respetivas. Pode ser chamada ao caso qualquer das classificações conhecidas de factos jurídicos, uma vez que a fonte é sempre um facto. Teremos:

- Transmissões contratuais;
- Transmissões unilaterais;
- Transmissões legais.

Consoante a fonte da ocorrência seja um contrato, um ato unilateral ou um facto jurídico *stricto sensu*. A regra, na nossa Ordem Jurídica, é a de que não pode haver transmissões de obrigações desacompanhadas de fonte idónea, ou na linguagem comum: as transmissões devem ser causais e não abstratas. No domínio do Direito Comercial ocorrem as transmissões abstratas.

23.º - Cessão de créditos

Generalidades; requisitos; âmbito: a cessão de créditos é uma forma de transmissão do direito de crédito, no todo ou em parte, que opera por acordo entre o credor e o terceiro (artigo 577.º, n.º1). Os requisitos específicos da cessão são os seguintes:

- Um acordo entre o credor e o terceiro;





- Consubstanciado num facto transmissivo (fonte da transmissão);
- A transmissibilidade do crédito.

A cessão é uma ocorrência em regra voluntária. Como tal, ela exige o assentimento do cedente – o antigo credor – e o cessionário – o terceiro que, pela cessão, vai ser elevado a novo credor. Pelo contrário, não se exige que, para a cessão, o devedor cedido manifeste o seu acordo. Para o devedor, a cessão é tendencialmente indiferente. Contudo, este pode, em determinadas circunstâncias, ter um efetivo interesse na manutenção da identidade do credor, isto é, um interesse na manutenção da identidade do credor, isto é, um interesse na não realização da cessão. A lei respeita essa eventualidade apenas quando seja objetivamente detetável e através da técnica de cominar a não credibilidade do crédito visado. Os outros dois requisitos redundam na exigência de fonte e na não intransmissibilidade do crédito. Importa averiguar o âmbito da cessão de créditos. Em princípio, esse âmbito circunscreve-se ao que for determinado pela vontade das partes, na fonte respetiva. Especialmente dirigida aos créditos, a cessão pode, contudo, aplicar-se à transmissão «*de quaisquer outros direitos não excetuados por lei*» (artigo 588.º). Que outros direitos? A questão deve ser apreciada caso a caso. Manda o artigo 588.º que as regras da cessão de créditos se apliquem à transferência legal e à transferência judicial de créditos. Transferência legal e aquela que para por simples facto jurídico, não voluntário, a que a lei associe tal efeito. Transferência judicial é a que tem por fonte uma decisão dessa natureza. Ainda a propósito da problemática do âmbito da cessão, há que referir transmitirem-se, supletivamente e com o crédito, «*as garantias e outros acessórios do direito transmitido*» (artigo 582.º, n.º1). As garantias englobam quer as chamadas garantias reais – penhora e hipoteca – quer as garantias pessoais – fiança. A transmissão do penhor implica, dada a natureza real do respetivo contrato, a entrega da coisa (artigo 582.º, n.º2), devendo a cessão de créditos hipotecários subordinar-se ao prescrito no artigo 578.º, n.º2.

O regime; necessidade de fonte idónea (causalidade): nos termos do artigo 578.º, n.º1:

«Os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhe serve de base».

«*O tipo de negócio que lhe serve de base*» é o que atrás apelidamos de fonte de cessão. Verifica-se que a mesma se orienta pelas regras do facto transmissivo. Isso sucede quer no tocante à forma, quer no tocante ao conteúdo. A cessão tem de ser acompanhada de fonte idónea (ou deve ter causa, na linguagem comum), para produzir efeitos. Em princípio, essa causa redundava num contrato; mas pode ser qualquer outro facto, nas chamadas cessões legais. Cingimo-nos, agora, a cessões contratuais, diremos que as mesmas são inválidas:

- Quando o contrato-fonte seja, ele próprio, inválido;
- Quando não existe, pura e simplesmente, qualquer fonte que legitime a cessão

Intransmissibilidades: em princípio, na linha competente determinação constitucional, todos os créditos, como direitos patrimoniais, são livremente cedíveis. A lei exceciona, no entanto, certos casos, que consubstanciam intransmissibilidades. De acordo com a sua providência, as intransmissibilidades derivam:

- Da natureza da prestação: gera intransmissibilidade quando, nos termos do artigo 577.º, n.º1, ela esteja ligada à pessoa do devedor. A lei, preocupada em não





dificultar o trânsito jurídico dos créditos, paralela para um critério objetivo – a natureza da prestação;

- Da vontade das partes: as partes podem, ao abrigo da sua autonomia privada, convencionar, no momento da constituição dos créditos, a sua intransmissibilidade (artigo 577.º, n.º1);
- Da lei: o caso mais notável é o da proibição da cessão de direitos litigiosos feita, diretamente ou por interposta pessoa (artigo 579.º, n.º2) –, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais (artigo 579.º, n.º1). Nos termos do n.º3 do mesmo artigo, entende-se por direito litigioso o que tiver sido contestado em juízo contencioso. Caso seja efetuada uma cessão em contravenção a esta intransmissibilidade, determina o artigo 580.º, além da obrigação de reparar danos, uma nulidade *sui generis* do negócio de transferência: a especialidade deriva de que, ao reverso do que sucede no regime geral das nulidades, arguíveis por qualquer interessado, ela não pode ser invocada pelo cessionário (artigo 580.º, n.º2). O artigo 581.º consagra exceções à intransmissibilidade em causa, ela própria já excepcional. Trata-se de casos em que se encontra salvaguardado o fim prosseguido pela lei, quando proíbe a cessão de direitos litigiosos.

Efeitos; a posição do credor: ocorrida uma cessão de crédito, opera, imediatamente, a transferência do direito à prestação do cedente para o cessionário, com todas as faculdades que lhe sejam inerentes. A própria lei prevê a hipótese de ser cedida apenas parte de um crédito (artigo 577.º, n.º1). Esta eventualidade, só possível quando a prestação seja divisível, implica já uma modificação, por desdobramento do crédito. Verificada uma cessão, o devedor tem de ser informado da ocorrência, para que cumpra não já frente ao cedente, mas ao cessionário. Prevê a lei, no artigo 583.º, n.º1, que a cessão produza efeitos em relação ao devedor, mesmo sem a notificação, quando seja por ele aceite; o artigo 583.º, n.º1, que a cessão produza efeitos para com o devedor a partir do momento da notificação (*denunciato*), a qual pode ser judicial ou extrajudicial. Admite ainda o Código que a cessão produza efeitos em relação ao devedor, mesmo sem a notificação, quando seja por ele aceite; o artigo 583.º, n.º2, por seu turno, estabelece que, independentemente da notificação ou aceitação, quando o devedor cumpra em facto de cedente ou com ele celebre qualquer negócio modificativo ou extintivo do crédito, nem o negócio nem o cumprimento sejam oponíveis ao cessionário se este provar que o devedor tinha conhecimento da cessão. Conhecido este regime, podemos referir uma questão discutida: a de saber a partir de que momento se consubstancia a cessão:

- A cessão produziria efeitos desde a sua celebração.

Efetivamente, não devemos, em rigor, perguntar quando se produzem os efeitos da cessão mas antes a partir de que momento opera a fonte da cessão. Ora esta, nomeadamente quando redunde num contrato, produz efeitos imediatos, nos termos gerais. Apenas esses efeitos não se manifestam face ao devedor de boa fé (artigo 583.º). A contraprova é fácil: se o devedor estiver de má fé, a cessão produz efeitos. Com base em quê? Só pode ser com fundamento no contrato. Outro resultado da cessão, desta feita em relação ao próprio cedente, reside no dever em que este fica investido de entregar ao cessionários «*os documentos e outros meios probatórios do crédito, que estejam na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse*»





legítimo» (artigo 586.º). Por outro lado, o crédito passa ao cessionário no estado em que estava no poder do credor, com as suas vantagens próprias e com os seus defeitos. Por isso pode devedor opor, ao cessionário, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, ainda que aquele os ignorasse, exceto, naturalmente os que advenham depois do conhecimento da cessão (artigo 585.º). Em compensação, o cedente assegura ao devedor a existência e a exigibilidade do crédito ao tempo da cessão (artigo 587.º, n.º1) não garantindo, no entanto e a título supletivo, a solvência do devedor (artigo 587.º, n.º2). Finalmente, se um credor ceder o mesmo crédito a várias pessoas: nos termos do artigo 584.º, prevalece a cessão que for primeiro notificada ao devedor.

24.º - A sub-rogação

Noção; generalidades: a sub-rogação, tal como vem regulada nos artigos 589.º e seguintes, é uma forma de transmissão de créditos que opera a favor de terceiro que cumpra a obrigação do devedor ou cujos meios a obrigação seja cumprida pelo próprio devedor. A pessoa colocada na posição do primeiro credor diz-se sub-rogada.

Modalidades; requisitos: tradicionalmente, a sub-rogação cinge-se em voluntária e legal: voluntária quando provocada pelo acordo entre o sub-rogante e o sub-rogado ou entre este e o devedor; legal quando deriva de cominação jurídica, associada à adveniência de qualquer outro evento (Artigo 592.º).. A sub-rogação voluntária diz-se pelo credor, quando resulte de acordo entre o sub-rogado (o novo credor) e o antigo credor (artigo 589.º); pelo contrário, é dita pelo devedor quando esse acordo se firme entre o sub-rogado e o devedor (artigo 590.º). No primeiro caso, podemos dizer que o sub-rogante é o credor inicial; no segundo, o sub-rogante é o devedor. A sub-rogação voluntária pelo devedor pode ser, por seu turno, direta ou indireta, conforme advenha de um acordo nesse sentido ou emergja da utilização, pelo devedor, de meios do sub-rogado, para realizar o cumprimento (artigo 591.º). Em obediência a um critério diferente, a sub-rogação pode ser total ou parcial: total quando o sub-rogado assuma inteiramente o crédito do credor inicial; parcial quando tal só suceda em relação a uma parcela do mesmo crédito. Dissemos que a sub-rogação voluntária pelo credor deriva de acordo entre este e o sub-rogado. Esse acordo pode, contudo, ser simplesmente implícito, derivando da conjugação de dois requisitos explicitados na lei, aos quais se pode acrescentar um terceiro, de ordem temporal. Assim (artigo 589.º):

- O sub-rogado deve prestar ao credor;
- O qual tem de, expressamente, sub-rogá-lo na sua posição;
- Até ao momento do cumprimento da obrigação.

A prestação efetuada deve ser fungível, a fim de poder ser efetuada pelo não devedor. A necessidade de declaração expressa deriva da vantagem em evitar dúvidas quanto à efetiva ocorrência da transmissão de crédito. Finalmente, a sub-rogação tem de operar até ao momento do cumprimento da obrigação; efetivamente, o cumprimento provoca a extinção tendencial da obrigação: qualquer transmissão seria, então impossível. O acordo requerido para a sub-rogação





voluntária direta pelo devedor emerge, também de um acordo de vontades ainda que implícito. Os requisitos são, nos termos do artigo 590.º:

- O cumprimento de uma obrigação por um terceiro (o sub-rogado),
- A vontade de sub-rogar, expressamente manifestada pelo devedor;
- Até ao momento do cumprimento da obrigação.

A estes requisitos é aplicável, sem dificuldades mas com necessárias adaptações, tudo quanto atrás se disse acerca da sub-rogação voluntária pelo credor. Na sub-rogação voluntária indireta, também pelo devedor, a especialidade reside em que o cumprimento, em vez de ser efetuado pelo sub-rogado (terceiro) é-o pelo próprio devedor, mas com dinheiro ou outra coisa fungível pertencente àquele (artigo 591.º, n.º1). Apenas se requer que o destino dos aludidos dinheiro ou coisa fungível conste de declaração expressa, outro tanto sucedendo com a vontade de sub-rogar (artigo 591.º, n.º2). A sub-rogação leal implica, também, um cumprimento efetuado por um não devedor, isto é, pelo terceiro sub-rogado. Simplesmente, em vez da declaração expressa do credor ou do devedor, exige-se apenas que o sub-rogado (artigo 592.º, n.º1):

- Tenha garantido o cumprimento da obrigação; ou
- Tenha, por outra causa, interesses direto no crédito.

Efeitos: o efeito primordial da sub-rogação é a transmissão do crédito para o sub-rogado. Neste ponto, há que atinar no âmbito da sub-rogação: caso esta seja total, isto é, quando o sub-rogado cumpra a totalidade do débito em jogo ou quando, com os seus meios, se tenha verificado um cumprimento cabal, transmite-se a globalidade do crédito; quando, pelo contrário, a sub-rogação seja parcial, apenas se transmite a parte efetivamente cumprida (artigo 593.º, n.º1). Havendo sub-rogação parcial, o crédito fraciona-se, encontrando-se o devedor em face de dois credores: o sub-rogado e o credor inicial. Põe-se, nessa altura, a questão de saber se ambos os credores se encontram em pé de igualdade, quando hajam de concorrer ao património do devedor ou se o credor inicial goza de preferência. O Código português recebeu a regra napoleónica da preferência do primitivo credor exclusivo, embora supletivamente: é o que resulta do seu artigo 593.º, n.º2. Esta regra implica que, salvo estipulação em contrário de todos os interessados, o credor inicial se possa ressarcir pelo património do devedor, em caso de incumprimento, quedando ao credor sub-rogado apenas o remanescente. Havendo vários sub-rogados, estes estão em pé de igualdade entre si (artigo 593.º, n.º 3). Havendo sub-rogações, transmitem-se, para o sub-rogado, conjuntamente com o crédito, as suas «*garantias e outros acessórios*», nos termos do artigo 582.º, aplicável pela força do 594.º. Tratando-se de uma transmissão, pela sub-rogação, o sub-rogado vai receber o crédito que assistia ao credor inicial, com todas as suas qualidades e defeitos. Por isso, tal como se transmitem as «*garantias e outros acessórios*», assim também o devedor vai poder usar, contra o credor primitivo. O Código Civil não o diz expressamente, uma vez eu não manda aplicar à sub-rogação o artigo 585.º, que nada tolhe. Tal privação seria, de resto, nula dado o artigo 809.º. Suscita-se, depois, o problema da eficácia da sub-rogação em relação ao devedor que, por não ter tomado parte na sua verificação, não seja, *ab initio*, submetido aos seus efeitos, ou seja: qual a situação do devedor quando haja sub-rogação pelo credor, ou quando ocorra uma sub-rogação legal? Na sub-rogação pelo credor, a sub-rogação produz efeitos em relação ao devedor «*desde que seja notificada ainda que extrajudicialmente, ou desde que ele a aceite*», nos termos do artigo 583º, n.º, aplicável *ex vi*





artigo 594.º. De qualquer forma, a sub-rogação verifica-se assim que tenha lugar competente pagamento, independentemente do momento em que produza efeitos em face do devedor. Na sub-rogação legal, quando, mercê da sua génese, não haja intervenção do devedor, deve ser aplicado regime idêntico. Pelo contrário, na sub-rogação pelo devedor, não se suscitam especiais questões perante o credor inicial. Não obstante este não ter participado no ato sub-rogatório, o facto de ele ter recebido a prestação devida, ou parte dela, já o coloca numa situação de não poder ser prejudicado pela ignorância da situação.

Natureza: tem sido debatida a questão da natureza da sub-rogação. A solução considerada tradicional e que, pelo menos formalmente, mereceu acolhimento no Código Civil, entende que a sub-rogação consubstancia uma hipótese de transmissão do crédito. O problema põe-se, no entanto, porque a sub-rogação implica, na sua verificação, o cumprimento da obrigação. Ora sendo o cumprimento uma forma de extinguir obrigações, como pode transmitir-se algo que já não existe? Entendemos, contudo, que, pela sub-rogação, há uma efetiva transmissão do crédito. Na verdade, deve-se contestar o pressuposto de que o cumprimento extingue a obrigação. O cumprimento extingue a obrigação quando é feito pelo devedor. Não é isso que sucede, como sabemos, na sub-rogação, onde, em rigor, nem sequer há cumprimento, o qual corresponde à efetivação, pelo obrigado, da prestação devida. Não se extinguindo a obrigação, subsiste o débito – tanto mais que o devedor nada cumpriu – e, naturalmente e por imperativo lógico –, também o crédito, uma vez que aquele não faz sentido sem este. Simplesmente, como o credor inicial já viu satisfeita a sua prestação, à custa do sub-rogado, dá-se, a favor deste, um comum fenómeno de transmissão do crédito, ou seja: a permissão normativa que, ao primeiro, conferia a utilização do bem-prestação passa a imputar-se ao segundo.

25.º - Assunção de dívidas

Noção: a assunção de dívidas é a transmissão da posição jurídica do devedor, isto é, do débito

Modalidades; requisitos: com base no artigo 595.º, n.º1, é possível distinguir três modalidades de assunção de dívidas:

- A assunção derivada de contrato entre o antigo e o novo devedor, (assuntor) ratificado pelo credor (artigo 595.º, n.º1, alínea a));
- A assunção derivada de contrato entre o novo devedor e o credor, com consentimento do antigo devedor;
- A assunção derivada de contrato entre o novo devedor e o credor, sem consentimento do antigo devedor (artigo 595.º, n.º1, alínea b)).

Estas modalidades distinguem-se em função da estrutura jurídica revestida pelos fenómenos de transmissão que consubstanciam. Outra distinção desta feita em obediência às consequências da transformação, é a que separa a assunção liberatória da assunção cumulativa, compreendidas no artigo 595.º, n.º2. No tocante aos requisitos da assunção de dívida, podemos distinguir:





- A existência de uma dívida efetiva;
- O acordo do credor;
- A idoneidade do contrato de transmissão.

A existência de uma dívida é, naturalmente, condição necessária para ocorrência de qualquer transmissão de débito. A expressão “dívida efetiva” destina-se a explicitar que a relação obrigacional onde aquela se integra deve respeitar os ditamos que, pelo Direito, lhe sejam imputados. O acordo do credor é um requisito imprescindível para a transmissão da dívida. O acordo do credor deve traduzir-se numa declaração expressa de que libera o antigo devedor do seu débito (artigo 595.º, n.º2). Não basta a participação de credor no próprio ato transmissivo, com a intervenção do devedor e do terceiro adquirente ou a só com aquele. Também não é suficiente a ratificação da assunção pelo credor; esta, que deve ser dada no prazo fixado por qualquer das partes, sob pena de se considerar recusada (artigo 596.º, n.º2) apenas tem por efeito o tornar a transmissão irrevogável, por acordo entre o devedor e o adquirente do débito (artigo 596.º, n.º1). Claro está, a declaração expressa a que alude o artigo 595.º, n.º2 implica, de modo implícito, a ratificação, embora o inverso não se verifique. Esta construção, como resulta do cotejo entre os artigos 595.º, n.º2 e 596.º, é necessária para dar substância ao regime da assunção cumulativa. O contrato de transmissão, celebrado entre o novo devedor e o credor ou entre o primitivo devedor e o transmissário, consoante os casos, deve ser idóneo, nos seus diversos aspetos. Caso esse contrato seja anulado ou declarado nulo, mantém-se o débito na esfera do devedor inicial (“renasce” a obrigação deste, na expressão do artigo 597.º).

A abstração: ao contrário do que sucede com a cessão de créditos, a assunção de dívidas não requer, para a sua subsistência, a idoneidade da fonte de que provenha. Em princípio, qualquer transmissão de dívida tem sempre, na sua génese, além do acordo transmissivo em si, o contrato referido no artigo 595.º, n.º1 e no artigo 597.º, um qualquer ato, normalmente um contrato, donde promana a transmissão. Ninguém transmite um débito por transmitir. A assunção de dívida estará, assim, normalmente, integrada em facto jurídico mais vasto. Mas a existência normal de uma fonte originante da assunção não é necessária para a subsistência desta. Entende o Direito que, uma vez celebrada a transmissão da dívida, não seria justo sujeitar o credor que, fiado nas aparências, deu o seu assentimento, às vicissitudes possíveis na relação verificada entre os devedores, inicial e posterior. Desde que o contrato transmissivo em si seja idóneo, «o novo devedor não tem direito de opor ao credor os meios de defesa baseados nas relações entre ele e o antigo devedor», como claramente proclama o artigo 598.º. A assunção de dívidas é, pois, um ato abstrato: subsiste independentemente da existência ou validade da sua fonte (“causa”).

Efeitos; a “assunção” cumulativa: a assunção perfeita, isto é, aquela que reúna todos os requisitos atrás apontados, tem por efeito primordial a transmissão do débito do património do devedor inicial para o do devedor subsequente. Esta assunção tem, do ponto de vista do devedor primitivo, o efeito de o liberar da dívida que sobre ele recaía: donde a designação assunção liberatória. Com o débito transmitem-se, também, as obrigações acessórias do antigo devedor, exceto as que sejam inseparáveis da sua pessoa (artigo 599.º, n.º1). Da mesma forma, mantêm-se as garantias do crédito, com a exceção constante do artigo 599.º, n.º2. Estes dispositivos são, no entanto, supletivos, o que é de norma em Direito das Obrigações. Como, porém, o débito se transmite com as suas características próprias, o novo devedor pode opor





ao credor os meios de defesa resultantes das relações desse como antigo devedor (artigo 598.º). A assunção perfeita desliga, sempre supletivamente, o devedor inicial de qualquer relação com o credor. Desta forma, se o novo devedor se mostrar insolvente, o credor já não pode, contra o primeiro, movimentar o seu direito de crédito ou qualquer outra garantia. A assunção pode, contudo, não ser perfeita, nomeadamente por carência de algum dos seus requisitos, isto é:

- Pela invalidade da transmissão;
- Pela ausência da concordância do credor.

A invalidade da transmissão tem como consequência o “renascer” da obrigação do devedor inicial (artigo 597.º); em compensação, extinguem-se as garantias prestadas pelo terceiro, exceto se este se encontrar de má fé, nos termos do artigo citado. A expressão renascer é tão só a constatação de que, afinal, a transmissão não operou. A outra hipótese de imperfeição da assunção de dívida pode advir da ausência de ratificação, quando disso seja caso ou da declaração expressa de concordância com a assunção de que fala o artigo 595.º, n.º2. A ausência de ratificação torna, como vimos, a assunção livremente revogável pelas partes (artigo 596.º, n.º1). Mais complexa é a hipótese da falta de declaração expressa do credor no sentido de exonerar o antigo devedor. Dispõe, nessa altura, o artigo 595.º, n.º2 que o antigo devedor responda solidariamente com o novo obrigado: é a chamada “assunção” cumulativa. Na realidade, não podemos considerar que a “assunção” cumulativa transmita quaisquer débitos ou seja, sequer, assunção. Pelo seguinte:

- Na “assunção” cumulativa, o devedor primitivo mantém o seu débito, uma vez que continua a responder pela obrigação (artigo 595.º, n.º2);
- O novo devedor não é, pois, transmissionário; como, porém, ele passa a responder, também, pela prestação, resta-nos concluir que operou, em relação a ele, a constituição de nova obrigação.

26.º - Cessão da posição contratual

Noção; generalidades: a cessão da posição contratual é, como se infere do artigo 424.º, n.º1, a transmissão a um terceiro do acervo de direitos e deveres que, para uma parte, emergem de determinado contrato. Esse acervo de direitos e de deveres é designado “posição contratual”, em homenagem à sua origem. Analiticamente, verifica-se que, por essa figura, se transmitem em globo e indiferentemente, direitos e deveres. No conjunto, resulta claro que é a própria qualidade de contratante que muda de esfera.

Requisitos; âmbitos: a cessão da posição contratual requer, para a sua compleição, a conjugação dos seguintes requisitos:

- A existência de um contrato;
- A transmissão de uma posição do contrato aludido;
- Uma fonte de onde emerja a transmissão em causa.





A existência de um contrato cuja posição se visa transmitir é, logicamente, requerida para a verificação de qualquer cessão de posição contratual. O artigo 424.º parece exigir, para o contrato em causa, determinadas características. A transmissão de uma posição do contrato aludido opera por acordo entre uma das partes (o cedente) e o terceiro (o cessionário). Simplesmente, a especial natureza da figura envolvida requer, para que haja transmissão, o acordo do cedido (artigo 424.º). O consentimento do cedido pode ser prestado antes ou depois (e logo durante) do acordo celebrado entre o cedente e o cessionário. A cessão da posição contratual deve ter, como fonte, um contrato que lhe esteja na base. A cessão da posição contratual exige uma fonte (“causa”) seja ela qual for. Não é, por isso, um negócio abstrato. Esta conclusão infere-se:

- Da regra geral vigente no nosso Direito, segundo a qual os efeitos jurídicos estão intimamente ligados à existência e validade dos factos donde dimanam, isto é, da regra da causalidade ou da não abstração, que nenhuma disposição afasta, neste caso;
- Do artigo 425.º, que estabelece uma nítida conexão entre a cessão e o negócio-base.

Assim sendo, caso falte, de todo em todo, uma fonte ou, ainda, quando esta seja inválida, a cessão da posição contratual não opera validamente. Por isso se exige que o acordo do cedido, o qual, antes de o conceder, deve indagar da regularidade da situação.

Regime; efeitos; relevâncias invalidades ocorridas no contrato de cessão: nos termos do artigo 425.º do Código Civil, verifica-se que a cessão deve, como é natural, seguir o negócio base, isto é, da fonte da transmissão. O paralelo com o artigo 578.º, n.º1, que comina idêntico regime em relação à cessão de créditos, é evidente. Portanto, quando a cessão emergja de compra e venda, aplicam-se as regras da compra e venda, como exemplo. O Código estabelece que o cedente deva garantir ao cessionário, a existência – e caracterização – da posição contratual transmitida, nos termos aplicáveis ao negócio, gratuito ou oneroso, em que cessão se integra (artigo 426.º). Reforça-se, desta forma, o disposto no artigo 425.º. Em compensação, o cumprimento das obrigações implicadas só deve ser garantido quando convencionado (artigo 426.º, n.º2). A cessão da posição do contratante, como evento trilateral, produz efeitos em relação ao seus três intervenientes. No que toca ao cedente, verifica-se ficar este liberado dos seus deveres e perder os seus direitos. O cessionário, por seu turno, vai receber os direitos e assumir os débitos que ao cedente assistiam. O cedido deixa de ter como contraparte o primeiro interveniente – o cedente – substituído pelo cessionário. Cedido e cessionário vão poder exigir-se mutuamente, o cumprimento das obrigações respetivas. O acervo de direitos e obrigações compreendido na posição contratual transferida conserva as suas qualidades e defeitos próprios. Por isso, pode o cedido opor ao cessionário os meios de defesa provenientes do contrato transmitido, mas não outros, salvo consignação em contrário (artigo 427.º). Põe-se o problema da relevância de eventuais invalidades ocorridas na celebração da cessão. Importa, no entanto, distinguir esta questão de duas outras, a saber:

- Das invalidades ocorridas na própria celebração do contrato cedido; os direitos potestativos de invocar as referidas invalidades mantêm-se, nos termos gerais, e transmitem-se, naturalmente, com a posição contratual (conforme, aliás, o artigo 427.º);





- Das vicissitudes referentes a obrigações com a cessão, mas que respeitem, apenas, ao cedente e ao cessionário.

O problema que nos ocupa é, precisamente, o de saber quais os efeitos de invalidades verificadas na formação do contrato-fonte de cessão. Como vimos, no nosso Direito, a cessão da posição contratual não é um negócio abstrato. A regra geral tem, pois de ser a de relevância geral das invalidades ocorridas na fonte da cessão, com o efeito primordial de, verificadas estas, se desfazer a transmissão viciada.





Capítulo III – O estatuto geral dos comerciantes

Secção I – A firma e a denominação

25.º - A firma e a sua evolução

107

Ideia geral, origens e consagração legislativa: cada ser humano é único: em termos biológicos, psicológicos, pessoais, espirituais, sociais, económicos e jurídicos, não há qualquer indiferenciação. Resulta, daí, uma identidade, dada pela natureza das coisas e à qual o Direito deve emprestar consequências de relevo. Uma dessas consequências é o reconhecimento, a cada pessoa singular, de um nome: uma designação, simples ou composta, inconfundível, e que permita, em termos fonéticos e gráficos, identificar de imediato a pessoa que esteja em causa. Quando, em contactos sociais menos profundos ou em escritos, se pretenda invocar ou mencionar alguém, isso faz-se por referência ao nome. A pessoa, sobretudo à medida que o tempo passe e que se desvançam as memórias que dela haja, deixa de o ser: confundir-se-á com a sua obra ou, no limite, com o seu nome. No termos de uma curiosa evolução, o nome acaba por ser a *persona* (a máscara) através da qual atuamos no palco da vida. Quanto ficou dito tem aplicação no domínio do comércio. Aí, os diversos operadores singulares contactam regularmente entre si e com os seus clientes. Têm de reconhecer-se e ser reconhecidos. Surgem, agora num contexto comercial, a necessidade do recurso ao nome e as consequências que daí derivam: a personificação do nome em causa. O nome passa a valer por si. A firma é originalmente o nome comercial: o nome que o comerciante utiliza no exercício do seu comércio. O uso do nome, em comércio, remonta à Antiguidade: aí ocorreria já o *signum mercatorum*, que traduzia a designação sob que se realizava determinado comércio e cuja chancela marcava a assunção de obrigações. Na evolução subsequente, o tema da firma foi regido pelo costume. O aparecimento de operadores comerciais coletivos – portanto: de sociedades comerciais – no século XIII, levou a que estas tivessem uma designação sob a qual giravam: a razão social (*ratio*, *razione sociale* ou *raison sociale*). Mas também esta se podia reger pelo costume. O aumento do número de sociedades e a perspetiva generalizada das pré codificações e das codificações levou a que a matéria da designação das sociedades fosse objeto de tratamento. Assim sucedeu com o ALR prussiano e com o *Code de Commerce* de Napoleão. As primeiras regras referentes à firma em geral – e portanto: relativas, também, aos comerciantes singulares – surgiram no ADHGB – a firma recebeu a definição que ainda hoje se conserva, no Direito Alemão:

«A firma de um comerciante é o nome sob o qual ele exerce o seu negócio no comércio e cuja assinatura apõe».

A matéria da firma alcançou o seu desenvolvimento clássico nas codificações tardias do século XIX.

A evolução novecentista: a evolução da firma, ao longo do século XX, foi marcada por alguns parâmetros mais significativos. Em primeiro lugar, é patente o desvio entre o estilo napoleónico





e o germânico. Em França, a matéria relativa ao “nome comercial” tem u desenvolvimento doutrinário bastante escasso. De resto e por confronto com a experiência alemã, outro tanto sucede com o próprio Direito ao nome. Pelo contrário, na Alemanha e, no seu seguimento, em Itália, o tema da firma tem desenvolvimentos doutrinários e judiciais consideráveis. De seguida, temos uma evolução significativa no sentido da comercialidade: a firma, mais do que a designação de uma pessoa, passa a ser um valor mercantil. A evolução iniciou-se através das sociedades comerciais. Também estas careciam de uma designação que as individualizasse. Nas sociedades de pessoas, essa designação foi composta, inicialmente, através dos nomes dos próprios associados. Mais tarde, o aparecimento das sociedades anónimas levou a designações de fantasia. Jogou a tendência secular para a reificação do nome. Este, em determinada altura, já não se reportava ao comerciante em si: alcança o estabelecimento e a própria empresa. Como terceiro e importante ponto, temos a sujeição da firma a regras mais diretamente comerciais. A firma pode, através de um adequado processo de registo, tornar-se uma marca. Desfrutará, então, de uma tutela mais alargada, constituindo-se objeto de um direito privativo. A firma realizou uma importante progressão, no último século. Atingiu rapidamente um papel de relevo no campo comercial. Como muitas vezes sucede no Direito Comercial, a evolução não se processou pela substituição, por novos, de elementos mais antigos. No tocante à firma resultou, daqui, uma amálgama de regras que vão desde o clássico direito ao nome até às modernas técnicas de proteção advenientes da propriedade industrial. Chegou-se, assim, a sistemas complicados de que o Direito português será o mais rematado exemplo.

A natureza da firma; opções: a questão da natureza da firma deve ser equacionada e resolvida perante cada concreto Direito positivo. Existem, contudo, grandes opções sedimentadas na história e no Direito comparado. Quer em termos históricos, quer em termos comparatísticos, a discussão em torno da natureza da firma não acompanhou, sempre, a havida a propósito da natureza do nome. Num primeiro momento, em França, a firma foi entendida como objeto da propriedade do seu titular. Tratava-se, todavia, de um entendimento inaproveitável pela padectística, assente no dogma da natureza necessariamente corpórea do objeto da propriedade. O Direito alemão foi infletido pela presença de regras específicas, no ADHGB: permitia, em certos casos, a alienação da firma, em conjunto com o estabelecimento, enquanto dava, ao titular, meios para reagir perante atentados à sua firma: uma pretensão de omissão e uma pretensão de indemnização. Chegou-se a uma construção do direito à firma diferente da de propriedade: um direito absoluto, mas referente a um bem imaterial, com conteúdo económico. Mais recentemente, um cerco exacerbar dos direitos de personalidade e o facto de o direito ao nome estar presente na firma, levou a que esta recebesse algum tratamento próprio dos direitos de personalidade. Os direitos de personalidade devem ser tomados com realismo, perante as necessidades do nosso tempo. Quer se queira quer não, eles vieram a assumir uma relevância patrimonial. Por muito que se lamente, há uma conversão de direitos de personalidade em direitos patrimoniais. Perante isso, não deve o privatista verter lágrimas sobre a espiritualidade perdida ou – pior ainda – irradiar do campo dos direitos de personalidade tudo quanto possa ter um significado patrimonial: isso equivaleria a tirar, aos direitos visados, uma tutela e um regime que, por estarem ligados à pessoa humana, devem ser assegurados, a todo o custo, pelo Direito privado. Situações como a do direito ao nome têm, assim, uma dimensão de personalidade e uma dimensão patrimonial. O direito à firma é, hoje, distinto do direito ao nome. O direito ao nome acentua, mau grado a evolução acima registada, a vertente da personalidade; o direito à firma tende, cada vez mais, para o direito a um bem





imaterial. Todavia, as suas conexões são, ainda, suficientemente evidentes para que a doutrina o considere como um direito misto: um direito de personalidade reportado, também, a bens imateriais patrimoniais. A sua transmissibilidade é, assim, possível: quando implique o nome de uma pessoa, a firma torna-se transmissível, no essencial, apenas com a autorização do visado.

26.º - A firma na experiência portuguesa

109

O Código Veiga Beirão; antecedentes e evolução subsequente: o regime português da firma, fruto de uma evolução assaz complexa, surge excessivamente atormentado. Apenas através da história, poderemos entender os seus meandros. O Código Ferreira Borges tratava *Das companhias, sociedades e parcerias commerciaes*. Distinguiu a companhia que seria a atual sociedade anónima e a sociedade com firma; esta ocorre:

«Quando os socios convencionam commerciar debaixo d’uma firma, que abrace a collecção de seus respectivos nomes, esta sociedade chama-se sociedade, ou em nome colectivo, ou com firma. Mas d’esta só podem fazer parte os nomes dos socios, ou alguns, ou um só d’elles, com tanto que a firma contenha a formula – e companhia».

Destes e doutros preceitos deduz-se que, no âmbito do Código Ferreira Borges, a firma era a designação de certas sociedades comerciais que correspondesse, total ou parcialmente, ao nome dos sócios ou de um deles. A denominação podia ser aproveitada para as designações que não envolvessem os nomes dos sócios: designadamente as sociedades anónimas (sem nome). Quando, em 1867, foi publicada a importante lei sobre sociedades anónimas, o legislador passou a atribuir-lhes uma denominação particular ou a indicação clara do seu objeto ou fim. Não tinham firma (nome do sócio): por isso se diziam anónimas. O Código Veiga Beirão veio reger a matéria da firma, no seu artigo 19.º. As precauções existentes, quanto às sociedades anónimas levaram-no a acentuar a distinção entre firma e denominação particular. Dispunha o seu artigo 19.º, versão original:

«Todo o comerciante exercerá o comércio, e assinará quaisquer documentos a ele respectivos, sob um nome que constituirá a sua firma.

§único. As sociedades anónimas existirão, porém, independentemente de qualquer firma, e designar-se-ão apenas por uma denominação particular, sendo contudo aplicáveis a esta as disposições do presente Código relativas às firmas».

O artigo 23.º, na sua versão original, proibia que, na denominação das sociedades anónimas, surgissem nomes de pessoas. Inferimos daqui que a firma portuguesa, mais próxima do étimo latino *firmare*³⁷, reportava o nome de uma pessoa singular, por ela usada no comércio e utilizada para assinar ou confirmar um facto, dando-lhe consistência; poderia, assim, ocorrer nas sociedades comerciais dotadas de nome humano. Já na sociedades anónimas, designadas por nomes de fantasia – portanto: não próprios de pessoas – não haveria firma mas denominação

³⁷ *Firmare* significa consolidar, reforçar, afirmar, assegurar, confirmar e assinar.





particular; esta seria, de resto, inapropriável para assinar. Tal foi a origem da clássica distinção entre firma e denominação particular, no Direito Comercial português- Houve, depois, uma evolução. Em 11 abril 1901, uma Lei veio aprovar um novo tipo de sociedade comercial, não previsto no Código Veiga Beirão: o das sociedades por quotas. Segundo o seu artigo 3.º:

«As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, adotarão uma firma ou uma denominação particular.

§1.º a firma, quando não individualize todos os sócios, deve conter o nome, ou firma, de um d'eles. A denominação deve, quanto possível, dar a conhecer o objeto das sociedades».

Tínhamos, pois, duas hipóteses: sociedades por quotas com firma, quando, como designação, adotassem o nome de um ou mais sócios e sociedades com denominação social, quando o nome fosse qualquer outro, relacionado com a sua atividade ou de pura fantasia. A sociedade por quotas com firma ficava obrigada com a assinatura de um dos gerentes com a firma social. Tratando-se de sociedades por quotas com denominação particular, a obrigação surgiria quando os atos fossem assinados, em seu nome, pela maioria dos gerentes, salvo qualquer estipulação em contrário na escritura social. O sistema do Código Veiga Beirão, retomado pela LSQ, suscitava um problema prático grave. Sociedades havia que, assumindo a forma de sociedade em nome coletivo, conhecera grande êxito e desejavam transformar-se em sociedades anónimas. Pelo Direito da época, teriam de mudar de nome, já que a sociedade anónima não podia assumir firma: apenas denominação particular à qual não podia pertencer qualquer nome de pessoa. Ora a conservação do nome de origem, sob o qual fora conseguida uma especial dimensão e angariada toda uma clientela, correspondia a um interesse inteiramente legítimo e razoável e, além disso: vantajoso para o comércio e a economia, em geral. Assim surgiu o Decreto n.º 19:638, 21 abril 1931. Parece-nos evidente que o legislador, em 1931 e de acordo com a experiência de outros países, pretendeu abolir a contraposição entre firma e denominação particular. Defendeu-o, de resto e na época, José Gabriel Pinto Coelho. Manteve-se a LSQ, com a sua distinção entre sociedades por quotas com firma e sociedades por quotas com denominação particular. Além disso, conservou-se a seguinte contraposição:

- ➔ A firma era registável na conservatória do registo comercial, produzindo esse registo efeitos, apenas, na circunscrição respetiva;
- ➔ A denominação, a inscrever igualmente na conservatória do registo comercial, deveria sê-lo também no registo central de transmissões, então existente, traduzindo efeitos a nível nacional.

Por fim, havendo firma, o comerciante ou gerente assina com o nome em causa; tratando-se de denominação particular, os administradores escrevem, sob a denominação, o seu nome civil. Perante a confusão assim reinante a doutrina efetuou as seguintes composições terminológicas: haveria um conceito geral de firma ou firma *lato sensu*; esta abrangeria a firma *stricto sensu*, firma-nome ou firma pessoal, composta pelo nome de pessoas, eventualmente completado pelo tipo de comércio a exercer e a firma-denominação, centrada apenas nesse tipo de comércio.

As reformas dos anos 80: na década de 80 do século XX, Portugal conheceu sucessivas reformas que atingiram a matéria da firma. Na origem das reformas está a atração exercida pela nascente informatização dos serviços de identificação: veio a instituir-se o Registo Nacional de





Identificação; desenvolveu-se a matéria, estabelecendo o ficheiro central de pessoas coletivas e equiparadas, fixando a obrigatoriedade de inscrição nesse ficheiro, num movimento reforçado, que impôs o número de contribuinte. Foram estabelecidos departamentos estaduais competentes nesta matéria, fonte de uma nova dinâmica legislativa. Foi absorvida a velha Repartição do Comércio junto da qual, desde 1867, funcionava o registo central das denominações das sociedades. O Direito Comercial começou a perder terreno, à medida que regras mercantis bem clássicas foram sendo absorvidas por diplomas de índole administrativa. O registo nacional de pessoas coletivas foi retomado pelo Decreto-Lei n.º 144/83, 31 março. Este diploma, bastante extenso, veio definir o Registo Nacional das Pessoas Coletivas como instituto público. Os próprios empresários em nome individual eram equiparados a pessoas coletivas. O diploma regia, depois, o ficheiro central das pessoas coletivas a inscrição, que era obrigatória, no Registo Nacional das Pessoas Coletivas o certificado de admissibilidade de firmas e denominação e o cartão de identificação e denominação ou entidade equiparada, para além das sanções e da organização burocrática. Meses volvidos, a matéria foi de novo reorganizada. Já invadiu a matéria das firmas e denominações, reportando-as a empresários individuais e a pessoas coletivas – e não a comerciantes pessoas singulares e sociedades. Foi-se, assim, dobrando toda a terminologia do Código Veiga Beirão.

O RNPC de 1998: a matéria da firma rege-se, hoje, pelo RNPC; aprovado pelo Decreto-Lei n.º 128/98, 13 maio. A ele há, todavia, que acrescentar diversos outros diplomas com regras sobre firmas, com relevo para o CSC. O RNPC é um diploma extenso, de 91 artigos. Ele ordena-se em títulos repartidos, alguns dos quais, por capítulos. O RNPC regula a designação das pessoas coletivas em geral. Mas além disso, veio abarcar designações de entidades não personalizadas, de organismos e serviços da Administração Pública não personalizados, de comerciantes individuais e heranças indivisas, quando o autor da sucessão fosse comerciante em geral. O RNPC optou por não dar um tratamento unitário à matéria civil e comercial. Vítima dos antecedentes adotados, ele pretendeu proceder a uma classificação de tipo formal. Assim, ele manteve uma referência a firmas e a denominações. Usa as duas expressões ora em conjunto (firmas e denominações), ora disjuntivamente (firmas ou denominações); usa-as, também, separadamente: ou só denominações ou só firmas. Aparece, ainda, a expressão “nome do estabelecimento” para designar firma ou denominação (artigo 57.º, n.º1). Procurando uma lógica nas disposições legais, chega-se à seguinte conclusão:

- A firma reporta-se a nomes de sociedades comerciais ou civis sob forma comercial (artigo 37.º), de comerciantes individuais (artigo 38.º) e de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada (artigo 40.º);
- A denominação tem a ver com associações e fundações (artigo 36.º) ou com sociedades civis sob forma civil (artigo 42.º);
- Os empresários individuais não-comerciantes tinham denominação, à luz da versão original do RNPC; passaram a ter firma, por força do Decreto-Lei 247-B/2008, 30 dezembro e da nova redação por ele dada ao artigo 39.º; com isto pretendeu-se comercializar esta categoria, embora não se saiba porquê.

Na atualidade, firma equivale a um nome comercial enquanto denominação se reporta a entidades não comerciantes, salvo a distorção introduzida em 2008. Assim é apenas perante o RNPC, já que outros diplomas usam a denominação para entidades comerciais. O CSC, apesar





de toda a evolução ocorrida, mantém, no artigo 200.º relativo à firma das sociedades por quotas, a contraposição entre firma e denominação particular, ao gosto do Código Veiga Beirão reformado. O mesmo sucede no seu artigo 275.º, referente a sociedades anónimas. Outros diplomas conservam, no nosso ordenamento, a contraposição entre a firma *lato sensu* e a *stricto sensu*, abrangendo a primeira, ainda, as denominações. A classificação introduzida pelo RNPC é apenas tendencial. Manifestamente, ela parece operar nas sociedades comerciais, onde será necessário manter em vida a firma *lato sensu* e, depois, a firma-nome e a firma-denominação. De novo temos uma manifestação, porventura excessiva e dispensável, da complexidade histórico-cultural do Direito mercantil português.

27.º - O regime da firma

Os princípios; teleologia geral: o regime da firma toma corpo através de alguns princípios tradicionais, que vieram a encontrar consagração legislativa. Aparentemente, o RNPC apenas indica dois princípios: o princípio da verdade e o princípio da novidade, expressos, de resto, em dois artigos: o 32.º e o 33.º. Todavia, seja pela análise desses preceitos, seja pelo recurso à doutrina mais aprofundada de outros países seja pelo recurso ao sistema, podemos alargar a sequência dos princípios a atender. Assim, encontramos:

- O princípio da autonomia privada, com limitações genéricas;
- O princípio da obrigatoriedade e da normalização;
- O princípio da verdade;
- O princípio da estabilidade;
- O princípio da novidade e da exclusividade;
- O princípio da unidade.

Cada um destes princípios implica regras de concretização e eventuais desvios. Devem ser concatenados entre si. A multiplicação apontada de princípios enformadores da firma não deve obnubilizar os vetores subjacentes. No fundamental, a firma visa exprimir, com eficácia, a identidade do comerciante de cujo giro se trate. Além disso e pelas preocupações crescentes que as sociedades pós-industriais têm vindo a manifestar nesse domínio, a firma vem acompanhada de regras destinadas à tutela dos consumidores. O Direito português parece prosseguir ainda, com a firma e as regras a ela inerentes, funções policiais e de fiscalização de ordem geral. Efetivamente, o artigo 2.º RNPC, dispõe:

«1. O ficheiro central de pessoas coletivas (FCPC) é constituído por uma base de dados informatizados onde se organiza informação atualizada sobre as pessoas coletivas necessárias aos serviços de Administração Pública para o exercício das suas atribuições;





«2. O FCPC contém ainda, com os mesmos objetos, informação de interesse geral relativa a entidades públicas ou privadas não dotadas de personalidade jurídica, bem como coletivas internacionais e pessoas coletivas de direito estrangeiro».

Além disso, o FCPC abrange informações relativas ... aos próprios comerciantes individuais (artigo 4.º, n.º1, alínea g)). Nestas condições, devemos admitir mais este fator de ordem teleológica: o objetivo geral de facultar a fiscalização do Estado. Não obstante, deve ser preservada a tradição comercialística: a firma pertence ao Direito privado e opera, no essencial, de acordo com os seus princípios. O Estado deveria dar os seus quadros e serviços para proteção dos particulares.

Autonomia privada e limitações genéricas: à partida, a firma é um instituto comercial e logo: do Direito privado. Aplicam-se pois, como princípio, os grandes vetores do privatismo e, designadamente, o da liberdade, aqui vertido na autonomia privada. A escolha da firma cabe ao comerciante ou às entidades que irão constituir a sociedade comercial, quando disso se trate. Em rigor há, pois, uma dupla opção:

- A decisão de assumir uma firma;
- A concreta composição da firma em causa.

É certo que, nos termos da lei, a escolha da firma torna-se obrigatória para quem pretenda exercer o comércio. Como, todavia, a própria escolha deste revela da livre decisão dos interessados, a assunção da firma vem a desembocar na autonomia privada. Quanto à concreta composição da firma em causa: também ela está nas mãos do interessado. Resulta, daí, um fator interpretativo e aplicativo da maior importância: em tudo o que a lei não vede ou não imponha, a liberdade dos interessados na escolha da firma é total. Designadamente, ela não pode ser embaraçada pela Administração Pública. Na liberdade de escolha que os interessados têm ao seu alcance, estão à sua disposição:

- Firmas pessoais ou subjetivas: são compostas com recurso ao nome de uma ou mais pessoas singulares; trata-se das antigas firmas-nomes;
- Firmas materiais ou objetivas: reportam-se a objetos ou atividades que retratem a exploração comercial a exercer por quem as use;
- Firmas de fantasia: não têm qualquer representação imediata; seja de pessoas, seja de atividades ou de objetivos; correspondem, apenas, a figuras (supostamente) agradáveis;
- Firmas mistas: combinam elementos de pelo menos duas das anteriores.

Como veremos, regras específicas vedam, nalguns casos, certas opções. Como manifestação de autonomia privada que é, a livre escolha da firma depara com determinadas limitações de ordem genérica. O heterogéneo artigo 32.º RNPC, no seu n.º4, e através das três últimas alíneas desse mesmo preceito, dá corpo a tais limitações, arredando, das firmas:

«b) Expressões proibidas por lei ou ofensivas da moral ou dos bons costumes;

«c) Expressões incompatíveis com o respeito pela liberdade de opção política, religiosa ou ideológica;





«d) Expressões que desrespeitem ou se aproximem ilegitimamente de símbolos nacionais, personalidades, épocas ou instituições cujo nome ou significado seja de salvaguardar por razões históricas, patrióticas, científicas, institucionais, culturais ou outras atendíveis».

A alínea b) do artigo 32.º, n.º4 RNPC reporta-se ao que, no Direito Civil, se diria: contrário à lei, aos bons costumes e à ordem pública. A *moral* deve ser aproximada dos bons costumes em sentido técnico, enquanto *bons costumes* têm a ver com a ordem pública. Quando muito, poderíamos retirar da alínea c) e jogo que os bons costumes e a ordem pública, a ter em conta na composição da firma, são mais rigorosos do que os que se jogarão na generalidade dos negócios jurídicos. Uma firma é publicitada e está patente a todos, incluindo menores: bem fica, ao Direito Privado, defendê-los. A alínea c) reporta-se a liberdade de opção política, religiosa ou deológica. Parece-nos que se deve ir mais longe: não são admissíveis firmas que contundam com valores constitucionais básicos ou cuja existência, só por si, ponha em crise direitos fundamentais. Pense-se em firmas racistas ou em firmas destinadas, objetivamente, a prejudicar ou a atingir alguém. A alínea d) funciona como cláusula geral de bom senso e de bom gosto. Sendo um ato de autonomia privada, a escolha de uma firma tem, após determinada tramitação, eficácia *erga omnes*. Há, pois, que respeitar os valores histórico-culturais, particularmente os ligados à Nação cujo Direito esteja em jogo.

Obrigatoriedade e normalização: o princípio da obrigatoriedade decorre, desde logo,, do artigo 18.º, n.º1: os comerciantes são especialmente obrigados a adotar uma firma. O RNPC não prescreve, expressamente, a obrigatoriedade de adoção de firma: mas ela resulta, entre outros, dos seguintes preceitos:

- ➔ Da sujeição a inscrição dos factos referidos os artigos 6.º a 10.º, factos esses que, direta ou indiretamente, incluem a firma;
- ➔ Da cominação de coimas a quem não cumpra «a obrigação de inscrição no FCPC» ou não faça «nos prazos ou nas condições fixadas no presente diploma» - artigo 75.º, n.º1, alínea b) RNPC;
- ➔ Da necessidade de exibição do certificado de admissibilidade da firma para realizar diversos atos de registo comercial – artigo 56.º RNPC – atos esses cuja inscrição é obrigatória – artigo 15.º CRC.

O incumprimento desta obrigação não envolve, só por si, a invalidade dos atos comerciais que venham a ser praticados pelo faltoso: vigora, como base, o princípio da correspondência entre a capacidade civil e a comercial – artigo 7.º. Tal invalidade só ocorre quando a lei o diga. Todavia, o comerciante que não adote firma sujeita-se a uma cascata de efeitos secundários nocivos, designadamente por se lhe fecharem as portas do registo comercial. Além da obrigatória, a firma deve obedecer a certos ditames que a tornem reconhecível como firma. Desde logo, a firma deve ter uma expressão verbal, suscetível de comunicação oral e escrita: não podem ser adotados sinais, desenhos ou outras figurações. De seguida, a firma deve surgir em caracteres latinos. Tratando-se de uma firma de fantasia, podemos admitir que ela assuma siglas, letras ou números, dentro dos limites da seriedade e da ordem pública. Em compensação, entendemos que a firma, quando tenha algum significado, deve assumir em língua portuguesa correta:

- ➔ Nos atos judiciais, deve usar-se a língua portuguesa: artigo 139.º, n.º1 CPC;





- ➔ Nos atos notariais, deve usar-se, igualmente, a língua portuguesa: artigo 58.º CN;
- ➔ As informações ao consumidor devem ser prestadas em português: artigo 7.º, n.º3 LDC;
- ➔ Os contratos que tenham por objeto a venda de bens ou produtos ou a prestação de serviços no mercado interno, bem como a emissão de faturas ou recibos, devem ser redigidas em língua portuguesa: artigo 3.º DL n.º 238/86, 19 agosto;
- ➔ A indicação da sociedade deve ser corretamente redigida em língua portuguesa – artigo 11.º, n.º1 CSC.

De todos estes preceitos podemos retirar uma regra geral que funcionará, também, perante o RNPC.

Os comerciantes pessoas singulares: a normalização das firmas leva, depois, a prescrever regras próprias para as diversas categorias de comerciantes. As firmas das sociedades comerciais têm um tratamento autónomo – artigo 37.º, n.º1 RNPC. Pertente, hoje, ao Direito das Sociedades Comerciais. Cumpre analisar a firma dos comerciantes pessoas singulares. Segundo o artigo 38.º RNPC:

«1. O comerciante individual deve adotar uma só firma, composta pelo seu nome, completo ou abreviado, conforme seja necessário para identificação da pessoa, podendo aditar-lhe alcunha ou expressão alusiva à atividade exercida».

Como se vê, o núcleo da firma do comerciante em nome individual deve ser composto pelo seu nome, completo ou abreviado. A lei permite que, ao núcleo da firma do comerciante pessoa singular – portanto e pela lei vigente: firma necessariamente pessoal ou sujeita –, seja aditada alcunha ou expressão alusiva à atividade – artigo 38.º, n.º1, *in fine*. Também pela lei positiva, a lei – artigo 38.º, n.º2 – permite que, ao núcleo da firma, seja somada a indicação sucessor de ou herdeiro de e a firma do estabelecimento que tenha adquirido. Desta feita, pela negativa - «*não pode... salvo*» - o artigo 38.º, n.º3 permite que o comerciante faça anteceder o seu nome por expressões ou siglas correspondentes a títulos académicos, profissionais, nobiliárquicos a que tenha direito. Em qualquer dos casos, a lei impõe que se trate de títulos legítimos. A legitimidade deve ser provada pelos requerentes – artigo 49.º, n.º1 RNPC – devendo os competentes elementos serem-lhe oficiosamente solicitados, quando não o tenham feito – artigo 49.º, n.º2 RNPC. No tocante a títulos, a pertinência resulta de certidões emitidas pela universidade respetiva; quanto a profissões, de certidão ou atestado produzido pela câmara, pela ordem ou por entidade com competência para a passagem de carteiras profissionais; quanto a títulos nobiliárquicos, de atestado elaborado e autenticado pelo Instituto da Nobreza; trata-se de uma ocorrência que em nada prejudica a natureza republicana do Estado, uma vez que o título nobiliárquico equivale hoje, apenas, a uma designação semelhante ao nome. Numa disposição paralela, manda o artigo 33.º, n.º4 que a incorporação, na firma, de sinais distintivos registados de prova do seu uso legítimo. O artigo 38.º, n.º4 RNPC vem dispor sobre o âmbito de tutela da firma dos comerciantes em nome individual.

A verdade e a exclusividade: a firma deve retratar a realidade a que se reporte; ou, pelo menos: não deve transmitir algo que lhe não corresponda. Surge aqui, em formulações positiva e negativa, o princípio da verdade. A lei admite firmas de fantasia. Quando isso suceda, da





simples consideração da firma não resultará – ou poderá não resultar – coisa nenhuma. *Nihil obstat*. O problema põe-se, pois, apenas quando a firma retrate alguém ou tenha algum significado. O artigo 32.º RNPC versa a matéria nos seus n.º 1, 2 e 4, alínea a). Segundo o seu n.º1:

«1. Os elementos componentes das firmas e denominações devem ser verdadeiros e não introduzir em erro sobre a identificação, natureza ou atividade do seu titular».

Estão em causa todos os elementos que integrem a firma. Eles são verdadeiros: retratam a realidade efetivamente subjacente. Não devem induzir em erro:

- ➔ Sobre a identificação: estarão em causa, sobretudo, os comerciantes pessoas singulares; estes não podem adotar firmas pessoais com nomes que lhes não pertençam; quanto a pessoas coletivas, o problema põe-se quando recorram a denominações; além disso, só podem ser incluídos na firma títulos académicos, profissionais ou nobiliárquicos a que o titular tenha direito: temos, aqui, complementos de identificação;
- ➔ Sobre a pertença a algum grupo: hoje as sociedades estão, muitas vezes, interligadas, a pertença a um grupo, mesmo quando tenham objetos diferentes, é um fator relevante sobre que não podem ser enganados os consumidores;
- ➔ Sobre a natureza: regras especiais permitem, através da firma e em certos casos, conhecer o tipo de titular em causa; não pode, pois, um interessado adotar uma firma que inculque uma natureza que não seja a sua;
- ➔ Sobre a atividade: quando esta resulte da firma, deverá corresponder à realidade.

O artigo 32.º, n.º2 RNPC reporta-se, depois, ao núcleo da firma: aos seus elementos característicos. Aparentemente a lei é, aqui, ainda mais exigente: eles,

«(...) ainda quando constituídos por designações de fantasia, siglas ou composições, não podem sugerir atividade diferente da que constitui o objeto social».

Mesmo sem induzir diretamente em erro, os referidos elementos podem sugerir atividades diferentes das praticadas. A lei não o permite. O preceito parece reportar-se a pessoas coletivas. Não oferece dúvidas a sua generalização. Procedendo a um tratamento tópico de vetores já firmados, o artigo 32.º, n.º4, alínea a), vem fazer diversas especificações. Mais precisamente: retoma a proibição de provocar confusão quanto à natureza jurídica – artigo 32.º, n.º1 RNPC – vindo vedar:

«Expressões que possam induzir quanto à caracterização jurídica da pessoa coletiva, designadamente o uso, por entidades com fim lucrativo, de expressões correntemente usadas na designação de organismos públicos ou de associações sem finalidade lucrativa».

Em conexão com o artigo 32.º, n.º3

«Para efeitos do disposto neste artigo não deve ser efetuado o controlo da legalidade do objeto social, devendo somente ser assegurado o cumprimento do disposto nos números anteriores».





O princípio da verdade manifesta-se, ainda no artigo 32.º, n.º 5 RNPC:

«Quando, por qualquer causa, deixe de ser associado ou sócio pessoa cujo nome figure na firma ou denominação de pessoa coletiva, deve tal firma ser alterada no prazo de um ano, a não ser que o associado ou sócio que se retire ou os herdeiros do que falecer consentam por escrito na continuação da mesma firma ou denominação».

Uma explicitação relevante resulta do artigo 33.º, n.º3:

«Não são admitidas denominações constituídas exclusivamente por vocábulos de uso corrente que permitam identificar ou se relacionem com atividade, técnica ou produto, bem como topónimos e qualquer indicação de proveniência geográfica».

117

De novo e por via tónica, o legislador visou prevenir confusões. O artigo 34.º dispõe sobre firmas e denominações registadas no estrangeiro. O seu n.º1 determina que a instituição de representações permanentes de pessoas coletivas registadas no estrangeiro não esteja sujeita à emissão de certificado de admissibilidade de firma. O n.º2 assegura os meios da confirmação da sua existência, através do Ministério dos Negócios Estrangeiros e assegura a não suscetibilidade de confusão com firmas ou denominações já registadas em Portugal.

A estabilidade; a transmissão da firma: o princípio da estabilidade não consta, de modo expresso, da lei portuguesa. Pode, todavia, ser constituído por via doutrinária. Segundo o princípio da estabilidade, a firma, quando identificada com uma empresa ou um estabelecimento, conservar-se-ia, não podendo, *ad nutum*, ser alterada: impor-se-á, sempre, todo o processo constitutivo do início. Além disso, havendo transmissão do estabelecimento a que ele se reporte, a firma manter-se-ia estável, transferindo-se com ele. Ou, noutra fórmula: apenas em conjunto com o estabelecimento se pode transmitir a firma. O artigo 44.º RNPC dá corpo a essa regra ao permitir, ainda que com autorização escrita do cedente e com menção à transmissão, a conservação, pelo adquirente de um estabelecimento, da firma usada pelo transmitente. Assim, segundo o n.º1 desse preceito:

«O adquirente, por qualquer título entre vivos, de um estabelecimento comercial pode aditar à sua própria firma a menção de haver sucedido na firma do anterior titular do estabelecimento, se esse titular o autorizar, por escrito».

Trata-se de mais uma formulação da regra contida no artigo 38.º, n.º2 RNPC, a propósito da composição da firma. A regra deve ser interpretada restritivamente, sob pena de pôr em total crise a ideia de conservação da firma: admite-se, assim, que o adquirente passe, simplesmente, a usar a firma anterior, com a informação sucessor ou scr. Põe-se, depois, o problema de saber se, havendo uma transmissão coerciva, a autorização do dono pode ser dispensada. No Direito Português da insolvência, o CIRE, no seu artigo 162.º, refere a alienação da empresa «... como um todo ...». Logo, a firma-objeto e a firma de fantasia ficam abrangidas. Mas tratando-se de uma firma pessoal, prevalece o direito ao nome, mercê da sua natureza de personalidade: a autorização do próprio será sempre necessária, salvo abuso do direito. O artigo 44.º, n.º2 contém uma regra para sociedades comerciais. Desta feita, a alteração a nível de sócios não envolve modificação de firma, já que o titular – a própria pessoa coletiva – se mantém imutável. Todavia, quando se transmita a firma de sociedade na qual figure o nome de um sócio, este deverá dar autorização para que a firma se mantenha imutável: os aspetos de personalidade





envolvidos no nome prevalecem sobre os interesses do comércio. A hipótese de sucessão por morte ocorre no n.º3: desta feita não é, por definição, exigível qualquer autorização para o uso da firma. Finalmente, o artigo 44.º, n.º4 vinca a essência da estabilidade:

«É proibida a aquisição de uma firma sem a do estabelecimento a que se achar ligada».

O princípio da estabilidade entra em certo conflito com o da verdade. O Direito Português dá uma prevalência quase absoluta a este último. É de notar que, perante as regras da propriedade industrial, a transmissão de marcas ou a concessão de licenças para o seu uso por terceiros é bastante leve: mais do que no tocante à firma. Assim, recordamos que o registo do nome ou da insígnia, como acessórios, se transmitem com o estabelecimento a que se reportem, como pressupõe o artigo 297.º CPI. Tratando-se de marcas, dispõe o artigo 262.º, n.º1 CPC:

«Os registos de marcas são transmissíveis se tal não for suscetível de induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação».

O artigo 264.º admite licenças para a utilização de marcas, figura desconhecida quanto à firma. A transmissibilidade da firma constitui um indício da dimensão patrimonial dos valores envolvidos. A firma opera, na verdade, como um fator a ter em conta na avaliação do conjunto a que pertença.

O princípio da novidade: o princípio da novidade vem expresso, no artigo 33.º, n.º1 RNPC

«As firmas e denominações devem ser distintas e não suscetíveis de confusão ou erro com as registadas ou licenciadas no mesmo âmbito de exclusividade, mesmo quando a lei permita a inclusão de elementos utilizados por outras já registadas, ou com designações de instituições notoriamente conhecidas».

Este mesmo princípio pode ser referenciado como o da exclusividade: trata-se de facetas do mesmo vetor. Temos a ideia de que uma determinada firma, uma vez atribuída, dá ao seu titular o direito ao seu uso exclusivo em determinada circunscrição – artigo 35.º, n.º1 RNPC. O sistema é o seguinte:

- ➔ A firma do comerciante individual que corresponda ao seu nome, completo ou abreviado, não dá lugar a um exclusivo; todavia, havendo nome total ou parcialmente idêntico, ele não pode usá-lo profissionalmente de modo a prejudicá-lo: tal o regime do artigo 72.º, n.º CC, possibilitado a contrario pelo artigo 38.º, n.º4 RNPC;
- ➔ A firma do comerciante individual que não corresponda, apenas, ao seu nome, completo ou abreviado, dá direito ao seu uso exclusivo desde a data do registo definitivo;
- ➔ As firmas de sociedades comerciais ou civis sob forma comercial dão azo a um exclusivo em todo o território nacional – artigo 37.º, n.º2 RNPC;
- ➔ As denominações de associações e fundações são exclusivas em todo o território nacional, salvo quando o seu objeto estatutário indicie atividades de natureza meramente local ou regional – artigo 36.º, n.º3 RNPC.





A novidade é, pois, um requisito exigido às firmas, relativamente a outras que sejam eficazes num espaço territorial ou parcialmente coincidente. A firma – ou candidata a firma – mais recente deve ser distinta da mais antiga, sob pena de facultar um enriquecimento à custa desta. O juízo de distintibilidade deve ser feito *in concreto* perante o universo dos fatores ponderáveis, exemplificativamente referidos no artigo 33.º, n.º2 RNPC: prevalece o critério do homem médio ou consumidor comum. Há ainda que atender ao facto de as possíveis firmas em confronto corresponderem a entidades que atuem ou não na mesma área comercial: no primeiro caso, a novidade é mais exigente, podendo quase desaparecer no segundo, quando não haja hipóteses de confusão. O núcleo da firma é preponderante para qualquer valoração. Expressões correntes ou de uso comum não podem ser apropriadas, a título de firma ou denominação social.

A unidade: segundo o princípio da unidade, o comerciante só poderia girar sob uma única firma. O artigo 38.º RNPC predispõe-no para os comerciantes em nome individual, no seu n.º1. E a doutrina encarrega-se de alargar esse princípio às sociedades. Aparentemente, nem sequer se tem em conta o facto de o comerciante poder deter mais de um estabelecimento ou, mesmo, duas ou mais empresas totalmente distintas. Trata-se de regras desfasadas. Efetivamente, interesses comerciais perfeitamente razoáveis podem levar a que estabelecimentos tenham designações próprias e distintas. Esses mesmos interesses comunicam-se às firmas dos titulares respetivos.

Atos processuais: no Direito Português, o direito a uma firma, com todas as suas prerrogativas, designadamente a exclusividade, depende do seu registo definitivo no RNPC – artigo 35.º, n.º1 RNPC. A regra aplica-se a firmas estrangeiras. Antes disso, é necessário obter um certificado de admissibilidade da firma ou da denominação, e portanto: um documento emitido pelo RNPC, donde resulte que uma determinada firma, pretendida por um interessado, se encontra disponível e surge conforme com os princípios aplicáveis – artigo 45.º RNPC. Todos os obrigados a ter firma devem requerer a inscrição, em virtude do princípio da obrigatoriedade. Se o não fizerem, o artigo 12.º, n.º1 RNPC permite que ela seja feita oficiosamente, sem prejuízo do subsequente procedimento legal. O pedido de certificado de admissibilidade deve ser requerido através das seguintes formas (artigo 46.º, n.º1):

- Presencialmente, por forma verbal, pelo próprio ou por alguém com legitimidade para o efeito ou por escrito, em formulário próprio;
- Através de sítio na internet;
- Pelo correio, em formulário próprio.

A reserva, feita por 48 horas mediante a entrega, ao interessado, de um número de referência – artigo 48.º, n.º1 – constitui mera presunção de não confundibilidade da firma solicitada – artigo 48.º, n.º2. Esta reserva é importante porque marca a ordem de prioridade do pedido da firma em jogo – artigo 50.º, n.º1 RNPC. O artigo 50.º-A prevê a aprovação automática de firmas e denominações (aliás: firmas), quando se trate da constituição de sociedades por quotas, unipessoal por quotas ou anónimas e elas correspondam ao nome dos sócios, pessoas singulares. Concedido o certificado de admissibilidade, este tem os efeitos seguintes:

- Define a posição do beneficiário em relação a interessados ulteriores; estes terão, perante ele, de evitar, na mesma área de eficácia, quaisquer confusões;





- Permite a celebração de ulteriores atos públicos que dele dependam: constituição de pessoas coletivas e de estabelecimentos de responsabilidade limitada – artigo 54.º, n.º1 RNPC – bem como a sua alteração – idem, n.º2;
- Limita a ampliação do objeto social a atividades contidas no objeto declarado no certificado de admissibilidade – idem, n.º3;
- Condiciona o registo comercial ou a inscrição no FCPC – artigo 56.º.

Feita a inscrição da firma, o RNPC atribui, ao interessado, um número de identificação – o número de identificação de pessoa coletiva ou NIPC – artigo 13.º, n.º1; antes disso e às entidades em formação, pode ser atribuído um número provisório – artigo 15.º, n.º1, ambos do RNPC. As entidades inscritas podem solicitar a emissão de um cartão de identificação – artigos 16.º e 17.º RNPC. Dele constam o NIPC, o nome, firma ou denominação, o domicílio ou sede, a natureza jurídica, a atividade principal e o número de bilhete de identidade dos empresários individuais. Às entidades em formação é concedido cartão provisório – artigo 18.º. Quando violados os princípios da firma, o RNPC declara a perda do direito ao uso da que esteja em causa – artigo 60.º, n.º1. Feita essa declaração é a mesma levada ao registo comercial, se a ele estiver sujeita; o facto é, ainda, comunicado a outros serviços onde a entidade esteja registada, os termos do artigo 60.º, n.º2 RNPC.

120

A firma e o regime especial de constituição de sociedades (2005): visando enfrentar o problema da excessiva demora na constituição de sociedades comerciais, o legislador criou o denominado regime especial de constituição de sociedades: Decreto-Lei n.º 111/2005, 8 julho³⁸. Este regime é limitado às sociedades por quotas e às sociedades anónimas (1.º): num caso e no outro com determinadas exclusões (2.º). A ideia básica da lei é a de facultar, aos interessados, a imediata realização, num serviço centralizado, de todas as operações requeridas para a constituição de uma sociedade. No tocante à firma, este regime exige uma de três hipóteses – artigo 3.º, n.º3:

- a) A aprovação no posto de entendimento; ou
- b) Escolha de firma constituída por expressão de fantasia previamente criada e reservada a favor do Estado, associada ou não à aquisição de uma marca previamente registada a favor do Estado; ou
- c) Apresentação de certificado de admissibilidade da firma.

Pressupõe-se, pois, que o Estado, com todas as cautelas exigidas aos particulares, disponha de uma bolsa de firmas, previamente inscritas e validadas pelo RNPC. Uma vez atribuídas a particulares, essas firmas submetem-se às regras próprias das demais.

Tutela e natureza perante o Direito Português: o uso ilegal de uma firma concede aos interessados – artigo 62.º:

- O Direito de exigir a cessação de tal uso;

³⁸ Decreto-Lei n.º 247-B/2008, 30 dezembro, Decreto-Leis n.º 76-A/2006, 29 março, n.º125/2006, 29 julho e n.º 318/2007, 26 setembro.





- O direito a uma indemnização por danos emergentes;
- O direito, eventualmente, de lançar mão de ação criminal.

No fundo, temos concretizações do princípio geral do artigo 70.º, n.º2 CC. Os particulares dispõem, ainda, de meios de proteção contra o Estado e, neste caso: contra o RNPC. Perante o Direito português, a firma está (ainda) muito aderente ao direito ao nome. Pode ser considerada como uma modalidade comercial deste, assumindo pois a natureza de direito de personalidade. A essa luz, compreende-se que ela apenas se transmita dentro do estrito circunstancialismo legal. O próprio não pode, sem mais, dispor dela. É, ainda, oponível *erga omnes* e dispõe de uma tutela alargada. Tudo isto, de acordo com a evolução geral de que acima demos nota, não é prejudicado pela dimensão patrimonial que hoje a firma assume.

