

I. O Direito Comercial

1. O Comércio e o Direito Comercial

O Direito Comercial é um ramo do direito privado. Tem por objeto fundamentalmente a atividade económica privada, produtiva, especulativa, de intermediação e de prestação de serviços, em mercado. Não abrange, por um lado, toda a atividade económica privada, pois exclui, em geral a agricultura não empresarial, atividade artística, literária, artesanal e as profissões liberais; e, por outro lado, ultrapassa o campo do privado e inclui também, embora não a título principal, a atividade económica pública, e até de direito público. Não deixa, contudo, de fazer parte do direito privado.

A integração do Direito Comercial no direito privado é de duas ordens, é histórica e é dogmática.

O Direito Comercial tem uma raiz histórica muito clara que influencia fortemente a sua feição, a sua natureza, o seu conteúdo, os princípios que o regem e que o caracterizam e até o seu sentido. Pode até dizer-se que o Direito Comercial, como hoje existe é um produto histórico. Foi o fruto de circunstâncias da história da Europa e da sua evolução. Poderia não ter surgido e não ter, até, acontecido. Mas surgiu e desenvolveu-se, ampliou o seu âmbito, ganhou um carácter próprio e hoje é uma realidade indelével de uma enorme importância e relevância jurídica, social e económica. As sociedades liberais democráticas atuais não prescindem dele.

Mas não é só histórica a especificidade do Direito Comercial. Na sua evolução e para satisfazer com êxito as necessidades que impulsionaram o seu surgimento e o seu desenvolvimento, criou instrumentos e princípios jurídicos próprios, diversos dos do Direito Civil. Estes instrumen-

tos e princípios jurídicos próprios não substituíram os do Direito Civil nem os antagonizaram; nasceram, desenvolveram e viveram em paralelo ao Direito Civil, numa postura que se pode dizer que não foi hostil nem antagónica, mas concorrente. Hoje, penetram crescentemente o Direito Civil que os procura para obter melhor eficiência. Pode mesmo, hoje, falar-se de alguma comercialização do Direito Civil.

2. Autonomia histórica do Direito Comercial

Como se disse, a autonomia do Direito Comercial é originariamente de carácter histórico.

O Direito Comercial é mais recente do que o Direito Civil. Embora já houvesse atividade comercial muitos séculos antes do Direito Civil, só começou a existir como algo de próprio, de autónomo, de distinto do Direito Civil na Baixa Idade Média.¹

A Idade Média é por ver vezes qualificada como a “noite de mil anos”. Esta qualificação é injusta, porque a Idade Média foi de uma profunda espiritualidade, alcançou níveis muito elevados nos domínios da Ética e da Religião, embora com desenvolvimento territorial e temporal desiguais e um âmbito pessoal restrito. Mas, se não foi uma “noite de mil anos”, a Idade Média foi com certeza uma recessão económica de mil anos. Com o colapso do sistema de comunicações do Império Romano do Ocidente, com a insegurança dos circuitos económicos, o comércio entrou praticamente em colapso e a economia passou a ser, na sua maior parte, dirigida ao auto-consumo. O feudalismo foi acompanhado pelo retorno à economia agrária e autárquica.

Além da insegurança das comunicações, por terra e por mar, também a estrutura social característica da Idade Média e do Feudalismo, estratificada em classes e *status* quase impenetráveis, cuja pertença era em grande parte determinada por nascimento, contribuiu para o colapso da florescente economia mercantil do tempo do Império. A terra era

monopólio do Clero e da Nobreza. O Povo era pobre, ignorante, privo de liberdade e tentava apenas sobreviver às fomes e às doenças que o dizimavam. Aos mercadores, quase todos Judeus e Mouros, estava vedado o acesso à propriedade da terra.

O capital, na Idade Média, era constituído fundamentalmente pela terra. A terra estava na titularidade quase exclusiva do Clero e da Nobreza. Ao Clero e à Nobreza, de acordo com os usos e costumes vigentes, estava vedada a prática do comércio, tida por indigna da sua condição. Os Mercadores não tinham acesso ao capital. A estrutura económica privada caracterizava-se por um divórcio entre Capital e Empresa, por um binómio de Capital sem Empresa e Empresa sem Capital. Dificilmente poderia haver uma estrutura sócio-económica mais hostil ao desenvolvimento da economia privada e do comércio. A rigorosa separação entre Capital e Empresa tinha tido como consequência o marasmo económico.²

Finalmente, a rigorosa regulamentação corporativa dos ofícios dificultava a inovação, a competição e o empreendedorismo. Pouco espaço e oportunidade havia para a inovação, para o alargamento dos mercados, a introdução de novos produtos, a invenção de novas práticas mercantis. O sistema económico era praticamente estático.

Nos séculos XII, XIII e XIV, a Europa assistiu à formação de cidades comerciais, das guildas no Norte, das cidades marítimas e mercantis no Mediterrâneo e no Atlântico, dos banqueiros que cambiavam e financiavam dinheiro. O contrato de comenda permitia que os mercadores obtivessem o financiamento de que necessitavam, mantendo oculta a identidade do financiador. A partilha do resultado permitia contornar a proibição canónica do juro. A circulação de promessas e ordens de pagamento (*cautio indiscreta*) permitia a circulação rápida e segura de ativos financeiros e a estipulação de “juros por dentro”, ou “à cabeça” e, também neste caso, contornar a proibição do juro. As comanditas simples e as sociedades em nome coletivo, as “companhas” ou companhias permitiam a cooperação comercial com a acumulação de esforços pessoais e de capitais em empreendimentos comuns.

¹ Sobre a génese, na Baixa Idade Média, e a evolução do Direito Comercial até às vésperas das Invasões Francesas, AMÍLCAR DA COSTA P. MESQUITA, *O direito comercial até à Lei da Boa Razão no quadro económico português*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 189-201.

² Ver FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 521 e segs. PLATÃO, *República*, 371, trata os comerciantes de certo modo depreciativamente, deduzindo-se claramente do texto que não compreende o comércio empresarial e a sua ligação com o capital e o investimento.

O comércio renasceu com pujança, assente em costumes do tráfego, em regras não legisladas e em jurisdições próprias. Estes costumes mercantis foram objeto de compilações, das quais a mais importante foi o Consulado do Mar³. Foi destes costumes gerados pela natureza das coisas (*enthia moralia*), pelas necessidades de certeza, segurança e agilidade do tráfego, pela necessidade de confiança e de fé nas pessoas e nas coisas, que deram corpo inicial ao que veio a ser o “jus mercatorum”, o direito dos mercadores.

No sistema estatutário medievo, cada classe social ou profissional, cada *status*, tinha o seu regimento próprio, o seu “estatuto”. Os mercadores construíram, assim, paulatina e progressivamente o seu estatuto profissional, com as suas regras, os seus costumes, os seus juízes – *Cônsules* – e os seus tribunais próprios – *Consulados*. Este corpo jurídico era de aplicação subjetiva: regia os mercadores. Não era um direito do comércio ou da mercância; era um direito dos mercadores, dos comerciantes. Em Portugal, mais tardiamente, assumiu relevância o Tribunal do Consulado, criado ao tempo do Cardeal D. Henrique e restabelecido por provisão de 8 de Novembro de 1592.

Nos séculos XVI, XVII e XVIII, os soberanos passaram a interessar-se pelo comércio e pelo seu florescimento. Compreenderam que dele resultava grande parte do seu poder e da sua riqueza. Tentaram estabelecer monopólios industriais e controlar rotas marítimas. É o tempo do mercantilismo, das *Ordonances* de Colbert, da intervenção ativa do Estado na promoção da indústria, do comércio. Foi o tempo dos impérios marítimos, entre os quais teve enorme relevância o Império Português. Portugal era então uma potência de primeira grandeza, não só militar e marítima, mas também comercial e científica. O primeiro tratado de seguros foi da autoria do português Pedro de Santarém⁴. Logo

³ O “*Consulta del Mar*” teve origem em Barcelona, em data que é discutida, mas que se situa entre os séculos XII e XIII. Teve várias edições subsequentes que foram incorporando atualizações e complementações que acabaram por alargar o seu âmbito de aplicação pessoal e territorial quase à generalidade dos mercadores e da mercância, principalmente no Mediterrâneo. Tiveram também notável relevância as regras de Oleron na Inglaterra e no Canal da Mancha e as de Wisby, no Báltico.

⁴ A sua primeira edição é de 1552. Há duas edições recentes, uma, traduzida em português, de MOSES BENSABAT AMZALAK, *Tratado de Seguros de Pedro de Santarém*, Lisboa, 1958 e outra, facsimilada com traduções em português, inglês e francês, do Instituto de Seguros de Portugal, *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus*, Lisboa, 2006.

após a Restauração, em 1646, formou-se a Companhia Geral para o Estado do Brasil⁵, à qual se seguiram a Companhia do Porto de Palmida em 1664, a Companhia de Cacheu, Rios e Comércio da Guiné em 1676, a Companhia de Cacheu e Cabo Verde em 1690, a Companhia do Estanco do Maranhão e Pará em 1682, a Companhia da Ilha do Corisco em 1724, a Companhia de Comércio para China em 1741, a Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro em 1756, a Companhia Geral das Pescas Reais do Reino do Algarve em 1773, a Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão em 1755, a Companhia Geral de Comércio de Pernambuco e Paraíba em 1756.

O comércio perde a posição periférica que tinha na estrutura da sociedade e assume um papel central. O êxito industrial e comercial passa a ser uma *questão de Estado*. As políticas do Conde da Ericeira e do Marquês de Pombal são, em Portugal, o exemplo paradigmático da importância central e estratégica que a indústria e o comércio assumem nos estados da Europa dos séculos XVII e XVIII. É muito sintomática deste facto o Alvará de 5 de Janeiro de 1756 (do Marquês de Pombal) que liberta da proibição de exercer o comércio e também a Lei da Boa Razão, que manda reger “aquela *boa razão*, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas”.

O carácter subjetivo do direito comercial, como direito dos comerciantes, manteve-se até à Revolução Francesa. A abolição dos estatutos e dos privilégios pessoais foi um dos objetivos políticos da Revolução. A Revolução Francesa, e as várias revoluções e evoluções subsequentes que inspirou e determinou, foram induzidas principalmente pela burguesia mercantil e representaram a sua vitória política e social. Não é exagerado dizer-se que a Revolução Francesa representou a tomada do poder pela burguesia mercantil, pelos comerciantes. Porém, na sua lógica política própria, a Revolução não podia manter um estatuto pessoal para os próprios comerciantes que a fizeram. A Idade Moderna representa a derrota política do *Ancien Régime*, da Realeza, do Clero, da Nobreza, dos estatutos pessoais, e a vitória da Burguesia mercantil, da libertação das pessoas e da propriedade, do liberalismo económico.

⁵ RUI FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas*, cit., *passim*.

Nesta nova estrutura social e política, não podia subsistir o estatuto subjetivo pessoal e profissional dos mercadores, não era aceitável a vigência de um Direito dos Comerciantes com um âmbito de aplicação subjetivamente determinado.

A Revolução Francesa impôs assim a objetivação do Direito Comercial que, de um Direito dos Comerciantes, passou a assumir-se como um Direito do Comércio. Assim, em França e nos Países que a seguiram na Revolução, como Portugal, Espanha, Itália, etc., o Direito Comercial objectivou-se como um Direito do Comércio, dos atos do comércio, da atividade mercantil.

Na Alemanha, ao contrário, a reação contrarrevolucionária, representada pela vitória de SAVIGNY sobre THIBAUT e pelo pandectismo veio atrasar o BGB até 1896 e o HGB até 1897. A codificação, na Alemanha, foi atrasada na história pela poderosa influência da Escola Histórica. A Revolução não triunfou e não conseguiu impor o seu sistema. Por influência do *Ancien Régime*, o Direito Comercial manteve, na Alemanha, o cariz subjetivo original, que ainda hoje se mantém, como um direito dos comerciantes.

O dualismo entre o sistema subjetivo alemão e o sistema objetivo de raiz francesa assumiu características próprias claramente distintas e distintas. Em França, a Revolução produziu logo muito cedo o *Code Civil* em 1804 e o *Code de Commerce* em 1807; em Itália, nasceram, lado a lado, o *Codice Civile* de 1865 e o *Codice di Commercio* de 1865, logo substituído em 1888; em Espanha, surgiu um *Código de Comercio* de 1865 e um *Código Civil* de 1889; e em Portugal, o primeiro Código Comercial, de Ferreira Borges, nasceu logo em 1833 e foi seguido pelo Código Comercial de Veiga Beirão em 1888, pelo Código Civil de Seabra em 1867, ano que conheceu também a promulgação da Lei das Sociedades Anónimas⁶. O século XIX é o tempo da codificação. Foi então que surgiu a codificação da primeira geração. Os Códigos da primeira geração têm duas características marcantes: a dualização entre um Código Civil e um Código Comercial e a influência do modelo francês. Os códigos comer-

ciais, com exceção do alemão, são objetivistas e assentam o núcleo da determinação do seu âmbito de aplicação sobre o "ato de comércio".

O fascismo italiano veio introduzir um terceiro sistema. A sua génese é também acentuadamente histórica. Tinha corrido a crise bolsista de 1929 que tinha deixado atrás de si uma forte e persistente recessão económica. O fascismo italiano interpretou essa crise como o colapso final do capitalismo, como o fim de uma época histórica. Tentou uma substituição do modelo económico capitalista com o regresso a um corporativismo modernizado. Tentou pôr entre parêntesis o liberal-capitalismo e reatar a linha da história e do sistema económico ao corporativismo medievo. Regressaram as Corporações e os Ofícios, com os seus Regimentos encabeçados pela *Carta del Lavoro*. O sistema económico fascista é autoritário, regulado, anti-concorrencial e anti-liberal. O seu êxito inicial leva o Estado dirigente e autoritário a substituir o binómio liberal formado pelo Código Civil e pelo Código Comercial, de forte influência francesa, revolucionário-napoleónica, por um novo *Codice Civile* (1942) abrangente. Este código caracteriza-se pela abolição da separação entre o Direito Civil e o Direito Comercial e pela substituição dos paradigmas do comerciante pelo empresário e do comércio pela empresa. Na linha pré e antiliberal, na tentativa de reconstrução de uma evolução, assumida como artificialmente interrompida pelo liberal-capitalismo revolucionário-napoleónico, a nova ordem económica do fascismo constrói um regresso às origens do corporativismo medievo, agora modernizado.

O Código italiano de 1942 resistiu ao colapso do fascismo, mediante uma operação de limpeza ideológica (nem sempre com êxito), e manteve-se como um paradigma que veio a ser adotado no Brasil, por influência duma poderosa escola local de juristas de raiz italiana. O Código italiano, expurgado do revivalismo corporativo, mantém o que trouxe de importante modernização do Direito Comercial: a sua construção como Direito da Empresa.

Nas Ilhas Britânicas, a Revolução Francesa e a reação da Escola Histórica alemã não tiveram influência muito marcante. O direito inglês sofreu uma evolução sem revolução e, por isso, é ainda, em muitas coisas, um direito medieval que descende diretamente do direito romano clássico, pela via da Escola de Bolonha, sem a influência bizantina que marcou o pandectismo alemão. O Direito Comercial, no Reino Unido, não conseguiu alcançar e consolidar a autonomia perante a *Common Law* e os

⁶ Lei de 22 de Junho de 1867, cujo texto integral está publicado, além do respetivo jornal oficial, também no *Dicionário de Direito Comercial* de INOCÊNCIO SOUSA DUARTE, Lisboa, 1880, págs. 455-467. Ver ainda JOÃO JACINTO TAVARES DE MEDEIROS, *Comentário da Lei de 22 de Junho de 1867*, Livraria Ferreira, Lisboa, 1886.

tribunais de mercadores, ainda incipientes, acabaram por ser absorvidos pelos tribunais comuns. Sob a influência do Chief Justice Edward Coke, do Chief Justice Holt e de Lord Mansfield, o que se designa por *English commercial law* é hoje um conjunto difuso e não codificado de regras, incluídas na *Common Law*, orientadas para facilitar o comércio. O direito das sociedades – *Company Law* – não é considerado como integrante da *Commercial Law*. Da *Commercial Law* fazem parte as regras sobre títulos de crédito (*negotiable instruments*), a compra e venda (*sale of goods*), a *agency*, *carriage of goods*, *insurance*, *finance*, *insolvency*, *arbitration*, etc. No âmbito da *Commercial Law*, há um reconhecimento muito caracteristicamente inglês do *costume and usage*.

Os Estados Unidos da América, seguiram inicialmente o sistema inglês. Posteriormente iniciaram uma tentativa de unificação de codificação do Direito Comercial através do *Uniform Commercial Code (UCC)*: este código não foi integralmente adotado em todos os Estados da União.

Não obstante as tentativas de unificação do direito privado num único código, como sucedeu na Itália dos anos quarenta e, mais recentemente, no Brasil e na Holanda, nem por isso, o Direito Comercial deixou de manter a sua autonomia doutrinária.

3. A autonomia material do Direito Comercial

A autonomia histórica do Direito Comercial seria irrelevante se não estivesse associada a uma autonomia também material.

O Direito Comercial é informado por princípios ético-jurídicos e técnico-jurídicos que desenvolveu e lhe são próprios; construiu institutos, modelos e técnicas de decisão, regras e um sentido que lhe são também característicos. São eles que lhe conferem autonomia em sentido material. O Direito Comercial não é simplesmente um Direito Civil especial; é muito mais do que isso, é um ramo autónomo do Direito Privado com um conteúdo e um sentido próprios. Naturalmente, não deixa de recorrer àquilo que o Direito Civil tem como Direito Comum,⁷ sempre porém impregnado do sentido próprio do Direito Comercial.

⁷ Sobre o Direito Civil como direito comum, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 5-11.

i. *Cosmopolitismo e internacionalidade*

O comércio é uma atividade económica que, de sua natureza, atravessa fronteiras e põe em contato povos diferentes. Embora exista e se exerça também no interior de cada país, não se localiza nem se encerra num espaço limitado, não é territorial como o direito de propriedade, nem está ligado a um específico espaço cultural como o direito de família, nem a um respetivo espaço político como o direito constitucional. O Direito Comercial é universal.

A génese e a evolução histórica do Direito Comercial assim o demonstram com clareza. Daí a sua ligação ao transporte, onde desempenhou inicialmente um papel muito relevante o transporte marítimo. Principalmente a partir do século XIX, o Direito Comercial assumiu um forte pendor de direito nacional. Já antes, no tempo do mercantilismo, o Estado se havia interessado fortemente pelo comércio numa perspectiva nacional. Mas foi com a estatização do Direito emergente da Revolução Francesa, com o concomitante surgimento dos Códigos Comerciais que o Direito Comercial se localizou fortemente como um direito nacional. Embora esse tenha sido o tempo da mais forte expansão do comércio internacional, foi também esse o tempo em que os legisladores nacionais se lançaram na tarefa da nacionalização do Direito Comercial.

Não obstante, mesmo que de certo modo aprisionado nos Códigos e pelos Parlamentos nacionais, o Direito Comercial manteve uma fortíssima propensão para atravessar as fronteiras. Isso é notório no artigo 4º do Código Comercial que, já em 1888, continha normas de conflitos de Direito Internacional Privado, no artigo 5º que regia a competência internacional dos tribunais, e principalmente no artigo 6º segundo o qual “todas as disposições deste Código serão aplicáveis às relações comerciais com estrangeiros, exceto nos casos em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que de outra forma as determine e regule”. Também no Código Comercial era, já então, regido, nos artigos 107º a 109º, o estatuto pessoal das sociedades comerciais. Daí, também, a consagração, no artigo 96º, da liberdade de língua nos títulos comerciais. Mesmo enquadrado num Código nacional, o Direito Comercial português, não deixava de estar em contacto estreito com relações privadas internacionais. Além de direito internacional privado comercial assente em normas de conflitos, também as leis uniformes, como as das letras, das livranças e dos

cheques assumiram um papel central no Direito Comercial. Ainda hoje – pode dizer-se que cada vez mais hoje e amanhã – o Direito Comercial é transnacional. Hoje, o Direito Comercial português é em muito do seu ser direito comunitário europeu e, por exemplo, o direito dos transportes, sejam terrestres, marítimos ou aéreos, é fundamentalmente direito internacional vigente em todo o mundo. E não podia deixar de ser assim, dado o carácter transnacional do comércio. É muito difícil, senão mesmo impossível, aprisionar o Direito Comercial no âmbito do direito nacional. E por isso, talvez não tenha muito sentido autonomizar um Direito Comercial Internacional.

ii. A defesa do crédito e o “favor creditoris”

A restauração do comércio, após a longa recessão medieval, assentou no reencontro do capital com a empresa. A eficiência económica exige o aproveitamento dos capitais ociosos e a sua canalização para investimentos produtivos, seja na indústria, seja no comércio propriamente dito, seja nos serviços. A captação e mobilização de capitais ociosos exige que aqueles que os detêm os coloquem ao dispor de outros que lhes dêem uma utilização mais economicamente eficiente. Mas isto só sucederá se tiverem a certeza de que os poderão recuperar. Tal exige um sistema de cobrabilidade segura, rápida e eficiente.

Também o funcionamento das empresas e dos negócios exige o recurso ao crédito. O próprio consumo pode aumentar significativamente se for financiado. Mas só concede crédito quem está razoavelmente convicto de que não irá perder os capitais financiados e que os conseguirá recuperar, com a respetiva remuneração, sem demoras nem dificuldades.

É pois necessário assegurar ou reforçar condições de cobrabilidade, sem as quais o crédito não é concedido, ou é concedido a custo muito superior. O reforço do crédito alcança-se através do favorecimento do credor, na remoção das dificuldades de cobrança.

É o *favor creditoris*, característico do Direito Comercial, que se opõe ao *favor debitoris*, próprio do Direito Civil. Esta é uma das mais relevantes diferenças substanciais do Direito Comercial em relação ao Direito Civil. Enquanto no Direito Civil se favorece, em princípio, o devedor, no Direito Comercial é o credor que é favorecido. O *favor creditoris* não é um privilégio de classe que os comerciantes tenham oportunamente atri-

buído a si próprios; é imprescindível para facilitar e incentivar a concessão de crédito, sem a qual a economia privada fica gravemente dificultada. Pode dizer-se com segurança que, quanto menor o crédito, menor o aproveitamento de recursos ociosos e pior a eficiência da economia. A razão deste favorecimento do credor consiste na necessidade de facilitar a concessão de crédito para com ela se obter o melhor aproveitamento dos recursos existentes.

O *favor creditoris* traduz-se principalmente nos títulos de crédito, no regime supletivo de solidariedade das obrigações, no regime restritivo da mora, na presunção de estipulação de juros, na fixação de uma taxa de juros de mora superior à vigente no Direito Civil.

iii. Profissionalidade

A atividade comercial é uma atividade profissional que exige conhecimentos específicos, experiência, argúcia, assunção de risco, prudência, competência. O comerciante não pode ser um amador, nem um ingénuo.

O comércio é exercido profissionalmente. Quer isto dizer, como meio de vida. O comerciante não exerce o comércio para se entreter, nem desportivamente. Ele vive do comércio e é do comércio que retira os seus meios de subsistência, de melhoria da sua condição económica e social e, quando tem êxito, a sua fortuna. O comerciante age no seu próprio interesse, mas esse exercício interessado e não benévolo, satisfaz muitas das necessidades económicas da comunidade.⁸

A profissionalidade não exige nem supõe a exclusividade. Nada impede que o comerciante, além de exercer o seu comércio, exerça outras atividades. Isso é frequente. Também nada obsta a que exerça mais do que um comércio. Em princípio e salva proibição ou incompatibilidade legal, o exercício do comércio não tem de ser exclusivo, nem a tempo inteiro. Mas tem de ser profissional.

Como profissional, o comerciante distingue-se bem do consumidor. O Direito trata o consumidor como um contraente ingénuo, carente de proteção. Pelo contrário, o comerciante é experiente e competente nas práticas e nas relações mercantis. Não necessita de ser protegido. Se não for suficientemente capaz, acaba, mais tarde ou mais cedo, por sair do

⁸ ADAM SMITH, *The Invisible Hand*: “It is not from the *benevolence* of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to *their own interest*”.

mercado, ou por desistência ou por falência. Num mercado eficiente, salvo muito raramente, não se encontram comerciantes ingênuos, inábeis ou incompetentes; e os que, ainda assim, subsistem, não costumam durar muito. Os comerciantes sabem o que fazem no comércio. É dele que vivem.

O Direito Comercial é, neste sentido e nesta perspectiva, um direito profissional. Começou historicamente por ser um direito dos comerciantes e ainda o é, embora não a título principal.

iv. A centralidade do mercado e da concorrência

O Direito Comercial tem como objeto o comércio e o comércio desenvolve-se no mercado. Não há comércio sem mercado.

Fala-se por vezes em mercado e em mercados. É duvidoso que exista um mercado global que cubra todas as terras e todas as gentes do mundo. Mesmo em ambiente de globalização, um mercado global está ainda para ser construído. Mas existem, bem determinados e, por vezes, fortemente regulados, mercados locais e setoriais, temáticos, especializados em certos bens e serviços, geograficamente mais ou menos localizados.

É hoje muito falado, em tempo de crise, o mercado financeiro ou, com mais propriedade, os mercados financeiros. Neles são comercializados ativos e passivos financeiros, ações, derivados, divisas.

O Direito Comercial preocupa-se com a eficiência e a transparência dos mercados.

O Mercado dos Valores Mobiliários é fortemente regulamentado e defendido no Código dos Valores Mobiliários e pela CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

O mercado, em geral, é defendido com o regime de defesa da concorrência a Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, que defende a concorrência e proíbe “os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenha por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”.

É ainda proibida a concorrência desleal nos artigos 317º e 331º do Código da Propriedade Industrial.

O Direito Comercial não é um direito do mercado ou dos mercados, mas abrange o respetivo regime jurídico. Só há mercado em regime de

concorrência, quer o mercado seja livre, quer seja regulamentado. A concorrência é um valor dominante no Direito Comercial da atualidade. O comércio é exercido, em princípio, em regime de concorrência, de preferência em concorrência perfeita. As limitações à concorrência devem ser sempre excecionais e temporárias, e só se justificam por razões de bem comum e de ordem pública.

v. Insolvência, execução universal, “par conditio creditoris”

Deve-se ao Direito Comercial a invenção da execução coletiva e universal. No Direito Civil não existia um instituto como a insolvência. Cada credor exercia o seu crédito sobre cada devedor, individualmente e caso a caso. Quando o devedor não tinha um património suficiente, os credores iam sendo pagos à medida que iam conseguindo executar. Quem chegava primeiro era primeiro satisfeito. Os retardatários, os últimos a cobrar e a executar, acabavam por deparar com um património vazio. Quem se atrasava, já não recebia.

Este regime fomentava as execuções prematuras e precipitadas. Mal constava que alguém estava em situação de dificuldade de solvência, os credores precipitavam-se sobre ele com pressa, no receio de chegarem tarde. Não concediam espera de pagamento e precipitavam o colapso económico do devedor.

Foram os comerciantes que, no seio do seu direito próprio, inventaram a execução coletiva e universal. Perante a “quebra” do devedor, determinada por indícios significativos da incapacidade de solver na totalidade as suas obrigações, eram convocados todos os credores, para que apresentassem e justificassem os seus créditos, e o património do devedor era partilhado entre eles num regime de paridade proporcional: *par conditio creditorum*. Se a massa falida fosse insuficiente – e, em princípio era – havia rateio entre eles. Assim comungavam todos, em posição paritária e proporcional, do risco do crédito.

A execução universal tinha a vantagem de permitir a concessão de espera de pagamento sem risco apreciável para o credor, sem precipitar as execuções e sem o efeito devastador da corrida à execução. A execução universal mostrou-se de tal modo vantajosa que veio a ser adotada pelo Direito Civil, com as necessárias adaptações, mas com o mesmo espírito e com o mesmo sistema. Hoje está unificada, num fenómeno muito característico de comercialização do Direito Civil.

O funcionamento da insolvência, em Portugal, é muitíssimo insatisfatório. Na maior parte dos casos provoca a paragem da empresa e o seu colapso. Com um processamento demoradíssimo e muito complexo. Demora tanto tempo que torna irrecuperáveis empresas que seriam suscetíveis de continuar a funcionar, ou de recomeçar, com outros empresários e capitais frescos. O próprio ativo acaba por desaparecer, ou degradado ou simplesmente furtado, ou vendido a preços vis em procedimentos viciados por conluio de interessados (cambão). É urgente reformar o regime jurídico da insolvência (mais uma vez) e sobretudo investigar policialmente e punir criminalmente os cambões.

A insolvência deve permitir a recuperação de empresas descapitalizadas ou simplesmente mal geridas. Não há razão para que não continuem a funcionar enquanto são reestruturadas e refinanciadas, com ou sem a substituição do empresário, o reescalonamento da dívida, a sua conversão (total ou parcial) em capital, a redução de salários ou de postos de trabalho. A insolvência não tem de implicar a morte da empresa; deve, antes, permitir a sua recuperação.⁹

vi. Equidade

Uma das características iniciais do *jus mercatorum* foi o recurso à equidade como um critério alternativo de justiça do caso concreto, desvinculada da rigidez do *jus comune*.

O direito comum em vigor não era materialmente adequado às transações mercantis. Por um lado, porque estava mais ligado a uma economia rural e agrária, lenta e pesada, sem agilidade. Por outro, porque mal se adaptava a transações entre e com estrangeiros, habituados a outras regras e outros costumes. O Direito Comum não satisfazia as necessidades da mercância.

O modo de julgar sem beneficiar um dos litigantes em detrimento do outro consistia em determinar o critério de decisão, não sobre a lei de uma ou outra das partes, mas objetivamente sobre o caso concreto. A normatividade imanente ao caso concreto, desvinculada do *jus strictum* permitia uma melhor justiça e uma melhor solução.

⁹ O regime jurídico da insolvência está em vias de ser revisto e, por esta razão, não o incluímos na presente edição deste livro. Na próxima edição será tratado o que esperamos venha a ser um novo regime jurídico da insolvência que não sofra dos vícios e dos defeitos atuais.

A *aequitas mercatoria* não nascia, porém, a partir do nada. Pelo contrário, assentava em práticas, conhecimentos e sensibilidades que eram comuns, partilhadas entre os mercadores nos mercados, fossem eles desta ou daquela cidade. O universalismo e o cosmopolitismo do comércio facilitavam o consenso. As mesmas práticas, as mesmas divergências clamavam pelas mesmas soluções. Em paralelo ao direito estrito, os mercadores preferiam um direito justo no caso concreto.

A equidade era facilitada pela patrimonialidade das questões. Os litígios entre comerciantes, no comércio, tinham em jogo interesses que eram sempre traduzíveis em dinheiro. Eram patrimoniais. Era, pois, normalmente possível encontrar e discernir a equação económica do negócio em litígio e transpô-la para uma equação económica do litígio cujo desenvolvimento permitia encontrar ou formular a regra maleável da decisão equitativa.

Ainda hoje é corrente, no comércio, a estipulação nos contratos de cláusulas arbitrais pelas quais as partes submetem antecipadamente os litígios e divergências eventualmente emergentes daquele negócio à resolução por árbitros de acordo com a equidade e sem recurso. É mais rápido, mais adequado ao caso, economicamente mais equitativo e permite evitar a intromissão de juízes magistrados que, por mais sábios que sejam do Direito escrito, bem pouco percebem do negócio. É melhor uma solução rápida, economicamente equilibrada, do que uma justiça lenta e pesada que respeita os códigos da lei do Estado mas não as conveniências da lei do mercado.

vii. Aparência

O comércio é rápido e célere. Não se compadece com demoras. O tempo, no comércio, é dinheiro. É um bem raro.

Os comerciantes e os seus negócios não têm tempo a perder. Não podem demorar a investigar profundamente as certezas das coisas. Estão condenados a confiar nas aparências.

Se a venda de uma camisola num centro comercial exigisse a prévia verificação dos poderes do vendedor, por certidão do registo comercial, e da capacidade do comprador, por certidão do registo civil, o custo e a lentidão da transação seriam tais que esse comércio não conseguiria manter-se perante a concorrência. Se não houvesse concorrência, poderia talvez sobreviver, mas com custos muito altos e eficiência muito baixa. A burocracia é uma peste para o comércio.

A certeza tem de ser substituída pela convicção razoável e suficiente, propiciada pela aparência e é assim que funciona o comércio no dia a dia. O comerciante estabelecido que oferece no mercado os seus produtos ou os seus serviços beneficia de uma presunção natural de que pode fazê-lo; e quem lhe entra na loja para comprar, se tiver aspecto de capaz, é tido como tal. Daqui decorre um sistema de legitimação indiciária muito característico do comércio. A posse vale o título, o que significa que quem se apresenta no mercado tendo em seu poder algo que quer transacionar é tido como seu proprietário ou, pelo menos como legitimado para o fazer. Do lado do comerciante, esta presunção decorre da situação de estabelecido no mercado. O estabelecimento é um fator de aparência. Do mesmo modo, quem se apresenta com ações ao portador na mão é tido como seu proprietário ou, pelo menos, como legitimado por ele. Quem se apresenta com dinheiro na mão, é tido como seu dono.

Sendo certo que o funcionamento do mercado exige o respeito pela aparência, necessário se torna que o Direito Comercial proteja aqueles que confiaram razoavelmente na aparência. Assim, o adquirente ou o terceiro que razoavelmente tenham confiado na aparência, não podem ser prejudicados se àquela aparência não corresponder a realidade. Por isto, é lícita a venda de coisa alheia (artigo 467º, nº 2 do Código Comercial), ficando o vendedor obrigado a adquirir a coisa que vendeu para a entregar ao comprador. Do mesmo modo, quem paga ao portador do título fica desobrigado porque ele é aparentemente o credor e não há tempo para se proceder à demonstração exaustiva da titularidade.

Entre comerciantes o sistema funciona suficientemente bem apoiado na aparência. Porquê? Por um lado, porque assim é necessário. Mas não só. Também o princípio da boa fé ajuda a suportar o princípio da aparência. O risco de um comerciante abusar da tutela da aparência existe, mas é um risco controlado. Os comerciantes que abusarem da aparência deixam de merecer fé e crédito. Inexoravelmente acabam por ficar fora do mercado, são ostracizados, ninguém mais confia neles, desaparecem. O mercado tem a capacidade de selecionar os seus agentes. Quem não merecer fé, quem não tiver reputação de probidade não sobrevive.

Por isto se pode, em princípio, confiar no comerciante estabelecido.

viii. Boa fé

No comércio e no Direito Comercial são valores primordiais a fé e o crédito. A fé significa, por um lado, a confiança e, por outro, a probidade. Fala-se, a este propósito, da boa fé, para a distinguir da má fé.

Não há comércio sem confiança. Sem confiança nas pessoas e nas coisas.

A confiança que as pessoas merecem no comércio costuma ser sintetizada na expressão *fé e crédito*. Assim se diz de certos comerciantes ou de seus clientes que merecem fé e crédito. Quer isto dizer que são pessoas de confiança, em quem se pode confiar que cumprem os seus compromissos, porque sempre assim fizeram; a quem se pode fiar. A fé e o crédito demoram tempo a consolidar, mas podem ser destruídos com rapidez. Por isso, são um valor inestimável. Os agentes do mercado cuidam com zelo da sua imagem, da sua reputação, da confiança que merecem, da sua fé e do seu crédito.

Também as coisas, as mercadorias e os serviços que são objeto do comércio devem ser de confiança. Os clientes têm de poder confiar que têm as características que lhes são atribuídas no comércio. As divergências entre as características anunciadas e as efetivas são da responsabilidade de quem fornece. A doutrina *caveat emptor* não vigora em Direito Comercial.¹⁰ De outro modo, a fluidez do comércio ficaria prejudicada pela necessidade, por parte do adquirente, do cliente, de se assegurar exaustivamente das qualidades da mercadoria antes de a comprar.

Finalmente os comportamentos contratuais, na negociação e no cumprimento, regem-se pela boa fé, isto é, por exigências de lisura, probidade e seriedade.

ix. Relevância dos usos e dos costumes

O Direito Comercial tem o seu conteúdo povoado por usos e costumes. Desde a sua origem histórica, o Direito Comercial regeu-se pelos usos e costumes do comércio e dos comerciantes. Foi um direito fundamentalmente extralegal.

¹⁰ O princípio *caveat emptor* onera o comprador com o risco da coisa comprada: "o comprador que se cuide". No direito mercantil, este princípio nunca foi adotado, exceto no direito inglês, em que acabou por ser importado da *common law*, cfr. ROY GOODE, *Commercial Law*, 3rd. ed., Penguin Books, London, 2004, pág. 6(20).

Ainda hoje muitos dos contratos e das operações comerciais não estão legalmente tipificados. Os seus tipos são tipos sociais, isto é, tradicionais ou consuetudinários. Esses tipos consuetudinários são usos ou costumes que, não obstante serem frequentemente objecto de compilação, continuam a não ser de natureza legal. São com frequência qualificados como *soft law*.

Os usos, no Direito Comercial, não são hoje uma reminiscência da antiguidade ou um arcaísmo, nem um anacronismo. Pelo contrário, são hoje modos extremamente modernos e *up to date* de estabelecer critérios de ação e modelos de decisão. Tal sucede, por exemplo, com os códigos de governo das sociedades (*corporate governance*) ou com os códigos deontológicos ou de melhores práticas (*best practices*) de sectores empresariais ou mesmo de empresas específicas. Trata-se de usos e de costumes que, sem constituírem formalmente lei, dão conteúdo e critério axiológico ao agir e ao julgar, no âmbito do comércio.

No preenchimento das lacunas negociais e nos casos duvidosos deve recorrer-se aos usos e costumes do comércio em geral, daquela praça ou daquele tipo de negócio.

4. Autonomia metódica do Direito Comercial

O Direito Comercial não é hoje um Direito Civil especial. É muito diferente, tem um sentido próprio que é, por vezes, mesmo o contrário do Direito Civil. Não é aconselhável concretizar o Direito Comercial ao modo do Direito Civil.

No Direito Comercial, ao contrário do que sucede no Direito Civil, a praticabilidade deve sobrevaler à dogmaticidade.

O Direito Civil de raiz continental é muito dominado pela concretização dogmática. A procura de uma cientificidade própria, principalmente a partir da Escola Histórica e da Pandectística induziu um formalismo operativo, que assumiu grande intensidade na escola neo-kantiana de Magdeburgo, com o kelsenianismo que, sob a égide de uma auto-assumida *Ciência do Direito*, deu maior relevância à correção e ao rigor lógico-formal dos processos mentais de interpretação e aplicação do que às consequências práticas daí advenientes. A procura do rigor ultrapassa e prejudica, mesmo, a justeza e adequação na concretização, isto é,

por outras palavras, a justiça concreta. Seguindo MARTIN KRIELE¹¹, podemos distinguir entre o direito como *scientia*, em que se procura sobretudo a teorização, e o direito como *prudentia* em que se busca a justiça, a justeza e a adequação práticas.

Uma das características que entendemos ser dominante no Direito Comercial é a praticabilidade. Muito mais do que a dogmaticidade, no Direito Comercial, é relevante a praticabilidade. Isto é muito importante, principalmente num meio jurídico como o português em que se dá quase exclusiva importância à correção lógico-formal e puramente dogmática dos raciocínios jurídicos, atribuindo relativamente pouca relevância às consequências práticas das conclusões a que se chega. Ora, o Direito Comercial tem de funcionar e tem de funcionar com bons resultados práticos. Por isto, no Direito Comercial, a uma solução dogmaticamente rigorosa mas praticamente inconveniente, deve ser preferida uma concretização pragmaticamente adequada. Na linguagem de KRIELE, no Direito Comercial a *prudentia* deve ser preferida à *scientia*. Sobretudo, entre várias soluções dogmaticamente possíveis, deve ser escolhida aquela que for mais adequada às circunstâncias do caso.

5. Autonomia legislativa do Direito Comercial

I. O Direito Comercial mantém, no sistema português a dualidade de um Código Civil e um Código Comercial.

Trata-se de uma tradição antiga. O primeiro Código Comercial é datado de 1833. Foi da autoria de Ferreira Borges. Era um Código sistematicamente pouco sofisticado, muito acentuadamente casuísta. Era quase um repositório do adquirido da experiência e da prática mercantil.

Em 22 de Junho de 1867, poucos dias após o Código Civil de Seabra, foi promulgada a primeira lei das sociedades anónimas contemporânea, ainda na vigência do Código Comercial de Ferreira Borges.

Já na vigência do primeiro Código Civil, em 23 de Junho de 1888¹², veio a ser aprovado o Código Comercial de Veiga Beirão, ainda hoje em vigor.

¹¹ MARTIN KRIELE, *Recht und Praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1979, *passim*.

¹² O Código Comercial de Veiga Beirão foi publicado no Diário do Governo de 6 de Setembro de 1888.

Em 1905, o Código de Processo Comercial consagrava a equidade como critério de solução dos pleitos emergentes de atos de comércio. Veio a ser revogado pelo Código de Processo Civil de José Alberto dos Reis.

O Código Civil de Seabra foi substituído em 1966, pelo atual.

A dualidade foi-se mantendo com uma curiosa alternância, em que os Códigos Comerciais foram precedendo e seguindo os Códigos Cíveis.

II. É preciso abordar a relação entre ambos os Códigos. O artigo 3º do Código Comercial contém a regra:

“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 prevenidos, serão decididas pelo Código Civil”.

Este artigo tem valor percetivo. Na concretização de questões de natureza mercantil só pode haver recurso ao Direito Civil após esgotados todos os possíveis contributos do Código Comercial. O artigo 3º tem um sentido claro: se não forem suficientes a letra e o espírito da lei comercial, deve ainda ser tentada a analogia dentro do âmbito do Código Comercial. Só depois de esgotados estes meios é lícito recorrer ao Direito Civil.

A analogia é um modo de concretização do direito que, como se sabe, não deve ser limitado ao preenchimento de lacunas. Essa era uma perspectiva formal-positivista hoje ultrapassada. O Direito é radicalmente analógico.¹³ A aplicação analógica é uma aplicação por semelhança. Parte da sindicância, no caso, do que corresponde e do que difere da previsão da norma segundo o critério da *ratio juris*, e da modificação e da adaptação, na concretização, com apoio no mesmo critério da *ratio juris*, da solução obtida. Na aplicação por semelhança, que é a aplicação analógica, deve ainda recorrer-se ao Código Comercial enquanto este contiver alguma regra a cujo critério de decisão se possa recorrer por semelhança e seja suscetível de adaptação ao caso de acordo com a *ratio juris*. Só quando o Código Comercial, entendido no sentido amplo de “lei

¹³ ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, 2 Aufl. Decker & Müller, 1982, pág. 19: *Das Recht ist ursprünglich analog*.

comercial” nada possibilite, nem sequer de semelhante, é lícito ultrapassar as suas fronteiras e procurar a solução no âmbito do Direito Civil, como Direito Comum.

Na sua origem, o Código Comercial tinha pretensão de conter a totalidade do Direito Comercial. Numa perspetiva muito característica do século da codificação, era deixada ao legislador a tarefa de atualizar o que o tempo tornasse obsoleto, a completar o que se mostrasse em falta, a alargar o que se revelasse apertado e ou restringir o que estivesse em excesso. Não foi o que sucedeu. O legislador pouco atualizou no Código Comercial e preferiu quase sempre emitir legislação extravagante, revogando as correspondentes partes do Código Comercial que está hoje, bem reduzido no seu articulado.

No entanto, não deixa de ser possível considerar como fazendo parte do Código a legislação formalmente autónoma que revogou e substituiu matérias que o integravam. Para efeitos do artigo 3º, essas leis devem ser tidas como integrando materialmente o Código Comercial.

O sentido do artigo 3º, ao concentrar no Código Comercial, em sentido substancial, os recursos da concretização, reforça a autonomia material do Direito Comercial.

6. Ramos especiais do Direito Comercial

Pela especificidade, algumas matérias foram ganhando uma certa autonomia funcional e legislativa, no seio do Direito Comercial, o direito dos serviços financeiros, englobando, por sua vez, o direito bancário, o direito das bolsas e valores mobiliários, o direito dos seguros; também o direito da propriedade industrial; o direito dos transportes, incluindo no seu seio o direito marítimo, o direito rodoviário, o direito ferroviário, o direito aéreo e até o direito do turismo.

Numa perspetiva atomística, há vozes que preconizam a autonomização de todos ou de alguns deles.¹⁴ Não acompanhamos esta tendência. Sem prejuízo das respetivas especificidades, parece-nos preferível man-

¹⁴ Por todos, PAULO OLAVO CUNHA, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 21-23.

ter sob a égide de um ramo geral do Direito Comercial, especialidades correspondentes às matérias que, principalmente por efeito de terem sido dotadas de Códigos ou de diplomas legislativos próprios, ganharam na linguagem da prática designações próprias.

A sua autonomia é, porém, problemática. O direito dos valores mobiliários é, por um lado, direito das sociedades e, por outro, direito dos serviços financeiros; o tipo do contrato de transporte e o regime das empresas transportadoras engloba muito do direito marítimo bem como dos direitos ferroviário, rodoviário e aéreo; a propriedade industrial rege as marcas e outros sinais distintivos do comércio e os direitos de propriedade sobre direitos privativos e bens comerciais incorpóreos. Sem se manterem ancorados no Direito Comercial não conseguem encontrar um sentido próprio e autónomo.

7. A caminho de um direito comercial europeu

I. O movimento de integração europeia tem incidido muito intensamente em matérias que são centrais no Direito Comercial.

O Tratado de Roma tem, como intenção original, a instituição de um *mercado comum europeu*, um *mercado único* do qual sejam abolidas as fronteiras e as restrições à concorrência. Antes mesmo da união política, mas como modo de a alcançar, pretende instituir a união económica. Esta união económica tem uma enorme relevância comercial. A moeda única, a liberdade de circulação de pessoas, mercadorias e serviços e a liberdade de estabelecimento no espaço da União Europeia, veio reconstruir a unidade comercial que havia no tempo do Império Romano.

A atividade legislativa da União, através de diretivas e regulamentos, criou já um corpo normativo muito importante, sem o qual se não pode compreender o Direito Comercial de cada um dos Estados Membros. Mais recentemente está a ser utilizada uma nova técnica de harmonização consistente na construção e legislação pelo Parlamento Europeu de regimes jurídicos opcionais, destinados a vigorarem como direito interno de cada Estado Membro, sem revogar a anterior legislação nacional que se mantém em vigor paralelamente, e podendo as partes optar por uma ou por outra. Está em curso um projeto de harmonização do direito do contrato de seguro – o *Project Group Restatement of European*

Insurance Contract Law.¹⁵ O chamado Direito Comunitário é hoje um novo direito comum – um *jus comune europeum novum* – cujo conteúdo é, em grande parte Direito Comercial.

Existe já hoje um corpo importante de legislação da União Europeia que irá crescendo no futuro. Não vale a pena especificar a legislação europeia em matéria de Direito Comercial. Pode ser consultada na página oficial da União Europeia, em <http://europa.eu/>, mais concretamente em <http://eur-lex.europa.eu/pt/legis/latest/chap13.htm>.

II. Embora a construção da união política na União Europeia esteja mais avançada do que por vezes se pensa, a união económica e o mercado único, embora não estando ainda completamente construídos, estão já muito avançados, ao ponto de poder falar-se já num mercado interno europeu, com perto de quinhentos milhões de consumidores. O mercado interno impede que sejam discriminadas empresas sediadas nos diversos Estados Membros, o que significa que, para além das legislações nacionais, também as doutrinas de Direito Comercial no espaço económico europeu devam ser construídas como no âmbito dum único ordenamento jurídico. Deixa assim de ter sentido o nacionalismo jurídico, o que está bem de acordo com o cosmopolitismo típico do Direito Comercial.

A doutrina jurídica deve tender, cada vez mais, a ser europeia e a deixar de ser nacional. O direito comercial interno da União Europeia não é, contudo, uma amálgama amorfa de direitos dos Estados Membros; é um direito de feição muito acentuadamente anglo-saxónica. Isto acontece porque o Mercado Interno europeu não é estanque e está fortemente ligado ao mercado norte-americano. Assim como a *“língua franca”* da União Europeia é hoje o chamado *“european english”*, também o seu direito comercial interno é muito de feição inglesa. Deixa, pois de ter sentido o tropismo tão característico das Faculdades de Direito portuguesas para a doutrina alemã, a qual, aliás, está também cada vez mais a ser influenciada pelo direito anglo-americano.

Esta orientação envolve três principais características:

- a tendência para a inserção de definições legais nos diplomas, para tornar certo o sentido juridicamente relevante de certas expressões, para aqueles efeitos;

¹⁵ Pode ser consultado em <http://www.restatement.info/>

- a tendência para o detalhe na legislação, como modo de tentar evitar que, na concretização, haja incerteza, práticas de contorno da lei (fraude à lei) e divergências na concretização nos diversos Estados Membros;
- a tendência para a construção jurisprudencial do direito, nos tribunais europeus, e para a invocação do precedente;
- a tendência para a sobrevalorização da praticabilidade do direito sobre a dogmaticidade, isto é, da excelência prática, da eficácia e da razoabilidade das soluções sobre a correção lógica das inferências extraídas das premissas.

Esta evolução acarreta uma ainda maior autonomia, ou autonomização, do Direito Comercial em relação ao Direito Civil nacional. Numa área crescente da concretização do Direito Comercial, é aos diplomas e à jurisprudência da União Europeia que se deve recorrer para o preenchimento de lacunas, para a concretização de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, e até aos usos próprios do Mercado Interno europeu.

Com o progressivo aprofundamento da integração europeia e a construção do mercado único europeu, é previsível a intensificação da legislação comum até se alcançar um Direito Comercial Europeu vigente por igual em todos os Estados Membros sem diferenças nacionais. Cada vez mais, o Direito Comercial Português será direito Comercial Europeu.

II. Os comerciantes, as empresas mercantis e os atos de comércio

8. Direito Comercial como direito dos comerciantes, do comércio, da empresa e do mercado

I. O Direito Comercial é, hoje, um direito dos comerciantes, um direito do comércio (ou dos atos de comércio) e um direito da empresa. É de certo modo e numa expressão extremamente imprecisa mas não menos cheia de significado, o cerne da ordem jurídica do capitalismo.

II. A perspectiva do Direito Comercial como direito dos comerciantes é dominante na ordem jurídica alemã.¹⁶ Embora de um modo não dominante, não deixa porém de existir e de ter relevância no Direito Comercial português, um regime jurídico dos comerciantes, um estatuto dos comerciantes, e até a determinação de atos de comércio como atos dos comerciantes praticados no exercício da sua profissão.

Avulta desde logo, nesta matéria, a determinação da matéria mercantil, na segunda parte do artigo 2º do Código Comercial, a partir da atuação dos comerciantes. Nesses preceitos são qualificados como atos de comércio (subjettivos) e como determinantes do âmbito material do Direito Comercial, os atos e obrigações dos comerciantes, praticados e assumidos no exercício do seu comércio e que não tenham natureza exclusivamente civil. Embora não principal, a qualificação dos atos de comércio como os atos praticados pelos comerciantes no exercício dos seus comércios, é fortemente subjetiva e desempenha um papel na determinação do âmbito material do Direito Comercial quase tão importante como a referência, na primeira parte do mesmo artigo 2º, aos atos objetivamente comerciais.

Além disto, o Código Comercial tem todo um Capítulo II sobre os comerciantes. Dele consta desde logo a sua definição legal e o critério da sua qualificação enquanto tais (artigo 13º); a determinação de a quem está vedado o exercício do comércio (artigo 14º); das dívidas comerciais do cônjuge comerciante (artigo 15º); o estatuto da mulher casada comerciante (artigo 16º já revogado); o impedimento do Estado e outros organismos públicos de assumir a qualidade de comerciantes, sem prejuízo de poderem praticar atos de comércio (artigo 17º); e as obrigações especiais que recaem sobre os comerciantes de adotar uma firma no exercício do comércio, de manter uma escrituração relativa ao seu comércio, de dar publicidade a certos atos no registo comercial, de dar balanço e prestar contas (artigo 18º).

Em legislação avulsa, são muitos os diplomas que regem sobre os comerciantes e a sua atividade. Desde o estatuto jurídico do vendedor ambulante (Decreto-Lei nº 122/79, de 8 de Maio), do feirante (Decreto-Lei 42/2008, de 10 de Março), do acesso à atividade comercial (Decreto-

¹⁶ Por todos, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 23. Aufl., C. H. Beck, München, 2000, pág. 1.