

DA REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL

Augusto Teixeira Garcia

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito

1. DA NECESSIDADE DE UMA REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL

A primeira questão que se coloca em sede de localização do Código Comercial é a de saber se essa localização, entendida enquanto manutenção do referido diploma como diploma da futura RAEM, se justifica. Em segundo lugar se, justificando-se, a tarefa deve limitar-se a uma reforma; isto é: manter o mesmo diploma, mas rejuvenescê-lo; ou se o que faz sentido é um novo diploma, informado por novos princípios e obedecendo a uma nova filosofia; isto é, se o que faz sentido é cortar com a experiência recente neste domínio e construir o sistema de direito mercantil em moldes radicalmente novos.

A questão da localização do Código Comercial, se bem vemos, mais do que representar uma pura resposta ao objectivo programático da «localização dos grandes códigos», entre os quais, por direito próprio, ele se inclui, deve começar por representar uma equacionamento da necessidade de um Código do direito comercial em Macau, agora e para o período do pós-noventa e nove.

Se o sentido da resposta, nas actuais circunstâncias sócio-económico-políticas, não for positivo, nem por isso se deve sem mais recusar a eventual utilidade da tarefa; é necessário perguntar também se, no pós-noventa e nove, a existência de um Código relativo às matérias mercantis representa alguma mais valia relevante para a manutenção basicamente inalterada da maneira de viver das gentes de Macau nos anos vindouros. Se assim for, então a tarefa da sua localização, independentemente da concreta metodologia, estará justificada.

2. PROBLEMÁTICA DA CODIFICAÇÃO MERCANTIL

A manutenção de um diploma com o figurino de um código, que não é uma pura justaposição, mais ou menos arbitrária e inorgânica, de matérias mer-

cantis, mas sim um todo coerente e sistemático donde constam as grandes estruturas do sistema de direito mercantil – a Gaiola do direito comercial, para utilizarmos uma expressão da arquitectura pombalina –, não é uma questão pacífica nos dias de hoje. Com efeito, a voz autorizada de Ripert questiona não só a validade, como a própria possibilidade científica de tal obra. Diz este autor que um código comercial nunca pode ter um plano racional; não é nunca mais do que uma colagem, numa ordem qualquer, da regulamentação de várias matérias escolhidas de modo mais ou menos arbitrário [*Traité de droit commercial*, tomo I, 14^a ed., (par Roblot, René), Paris, 1991, p. 24]. Por isso, defende a deslocação ou descodificação do direito comercial, a sua regulamentação em leis avulsas e específicas.

E a verdade é que, hoje em dia, se assiste, um pouco por toda a parte, nos sistemas de *Civil Law*, em matéria de direito mercantil, aliás como noutros domínios (vide o que acontece com o nosso Código Civil), a uma tendência para a deslocação do direito comercial; ou seja, regulamentação fora do Código de uma vasta gama de matérias tradicionalmente nele incluídas, v.g., falência, registo comercial, sociedades, propriedade industrial, bolsa de valores, etc.; tendência esta que, pelo que respeita ao nosso Código Comercial, na versão que se encontra em vigor na República (um pouco mais esquelética do que a que está em vigor em Macau), mereceu a observação de Orlando de Carvalho (“*Direito Comercial*”, Coimbra, 1993, p. 7) de que o Código Comercial se tornou um “cadáver excquis”.

São aqui inteiramente cabidas as pungentes palavras que, a propósito da destruição do monumento da codificação, inerente a um Tempo de deslocação ou descodificação do direito, pronunciou Luís Díez Picazo: «*El desencanto viene del barrido que ante nosotros sufre una obra magnífica que era el Derecho codificado. Era un Derecho racional, con profesión de racionalidad. Y para nosotros lo era todo porque lo estudiamos y lo amamos (studiere: amar, desear). Algo nos dice que la vida se levó por delante el Derecho tradicional. Entretanto, esperamos el doloroso parto del Derecho nuevo, tratando de reaccionar adecuadamente con alguna interpretación de reeajuste y con el secreto pesimismo de que a los que vamos para viejos ya no nos gustará*».

Curiosamente, ou talvez não, nos tradicionais países avessos à codificação, os do sistema de *Common Law*, assiste-se, no domínio da matéria mercantil, ou a uma tendência codificadora, de que é paradigma o *Uniform Commercial Code* dos EUA, ou à sua exortação. Neste sentido, Roy Goode, (“*Commercial Law*”, Londres, 1987), exortava – louvando-se nas preocupações, velhas de mais de um século, de um não menos célebre e ilustre jurista e legislador inglês do século passado, Sir Mackenzie Chalmers, principal paladino na *Old Albion* do modelo codificador que à data varria o velho Continente – à codificação do direito mercantil, segundo o exemplo dos países de *Civil Law*.

Com efeito, Sir Mackenzie Chalmers foi o redactor do *Sale of Goods Act* e do *Bill of Exchange Act*, o qual na sua tarefa de elaborar essas codificações

parciais, como lhes chama Roy Goode, do direito comercial se viu confrontado com uma quantidade enorme de indocumentados, muitas vezes inconsistentes, *cases*, que depois teve que tratar, introduzindo o seu próprio sistema de princípios, sistematização e classificação.

As dificuldades com que se deparou aquele jurista do século passado apenas se agravaram neste século, tornando, por isso, mais premente, segundo os juristas britânicos, a tarefa da codificação do direito comercial. Tarefa esta cuja utilidade se tornou indesmentível face ao sucesso do *Uniform Commercial Code* dos EUA.

Temos assim que nos sistemas em que se afirmou a tendência codificadora se assiste a uma tendência descodificadora e que nos sistemas em que essa tendência nunca se afirmou se assiste agora a uma exortação a essa tarefa, que se afigura urgente.

Estas diferentes abordagens do mesmo problema, exigem que tentemos determinar as vantagens e as desvantagens de cada uma delas.

Quanto à abordagem codificadora, para além das vantagens óbvias, decorrentes de se ter num mesmo diploma as normas que compõem a estrutura do sistema de direito mercantil, permitindo um fácil e expedito acesso ao mesmo pelos interessados, nessa medida promovendo a certeza e segurança jurídicas, vectores fundamentais de qualquer ordem jurídica; a codificação leva inevitavelmente a um revisitar das operações, mecanismos, instituições, que compõem o mundo do comércio, permitindo a elencação e inventarização dos problemas, das soluções e respectivo tratamento de uma forma ordenada, coerente e sistemática. Deste modo contribuindo também para uma maior agilidade do próprio sistema.

A criação de leis avulsas sobre os vários institutos de direito mercantil se apresenta a inegável vantagem – ou pelo menos isso se espera – de uma maior adequação às questões deles decorrentes, de uma maior moldabilidade da lei às circunstâncias concretas, não deixa de apresentar a enorme desvantagem da disseminação do direito comercial por vários diplomas; logo de dificultar o seu conhecimento.

Além disso, a dispersão do tratamento legislativo das matérias mercantis por vários diplomas é agravada pelo facto de se tratar de diplomas efectuados em vários momentos, obedecendo a diferentes circunstancialismos, e por diferentes legisladores, animados por ideias nem sempre coincidentes («mudam-se os tempos, mudam-se as vontades.»), o que leva à potenciação das incoerências das leis, à desarticulação e à inevitável criação de *buracos negros* no sistema. A este propósito são sintomáticas as palavras Karl Llewellyn (“*Why do we need the uniform commercial code*”, *apud* R.Goode, cit.), para justificar a necessidade de um código comercial para a América: «*Individual statutes drafted one by one over fifty years and more, by different persons under different circumstances and with different points of view, run of necessity in perplexingly different directions*».

A disseminação da regulamentação das matérias mercantis por vários diplomas necessariamente dificulta a sua interpretação e integração, cria comparti-

mentos de legislação mercantil pouco ou nada permeáveis, quase estanques, quando justamente o contrário deveria suceder, pois entre eles deveria ser possível ir e vir sem qualquer mudança de direcção, qual *fita de Moebius* se tratasse. Tudo somado, a criação de leis avulsas resulta na introdução de perplexidades várias que não ajudam, pelo contrário, a uma mais fácil e acessível inteligibilidade do sistema no seu todo.

Destas preocupações comunga Rodrigo Uría, que, na abertura das jornadas comemorativas do centenário do *Código de Comercio* espanhol de 1885, o penúltimo (o último foi o nosso Código Comercial de 1888) dos grandes códigos mercantis de inspiração objectivista do século passado, realizadas sob a égide do *Ministerio de Justicia* em 1985, lembrava, ou advertia, referindo-se ao fenómeno da descodificação do direito mercantil: «*La «descodificación» en sí no parece que pueda ser una meta ideal, sino mas bien um remédio coyuntural, que habrá de ser muy controlado si no queremos correr el riesgo de generar una proliferación de leyes especiales, difícilmente conectables entre sí y no siempre inspiradas en las mismas ideas jurídicas, que puede poner fin a cualquier idea básica de «orden» o «sistema» en el conjunto de las instituciones jurídicas integrantes de las distintas parcelas o ramas del Derecho en general y del Mercantil en particular.*»

Quer do lado de lá da Mancha ou do Pacífico quer do lado de cá (seja este lado de cá o do Pacífico, seja o do Atlântico) vozes se levantam contra os perigos e inconvenientes do processo de deslocação ou descodificação do direito mercantil; vozes cuja autoridade seria estultícia refutar ou tentar minorar.

Por outro lado, apesar das respostas negativas que se descobrem na doutrina quanto ao sentido da resposta a dar, no momento presente, ao binómio alternativo codificação/leis avulsas – e não são só aquelas de que há momentos davamos notícia, quando citávamos Ripert, pois em muitos outros quadrantes elas se colocam ainda que com algumas nuances: um sim mas talvez –, não deixam as opiniões maioritárias de serem favoráveis à opção codificação, o que se discute é se estarão já criadas as condições para a nova codificação, é o caso, entre outros, do Rodrigo Uría (ibidem).

Neste sentido, escreve, não sem razão, Antonio Hernández Gil, *Presidente da Comisión General de Codificación* espanhola (“*Presidencia del acto e palabras de abertura*”, nas Jornadas comemorativas do centenário do Código de Comercio espanhol), que seria estranho que fôssemos nós juristas que demos ao Mundo a codificação, não no séc. XIX, mas muitos séculos antes em Roma, e num tempo de tendência generalizada para a codificação nos mais variados domínios da actividade humana, v.g., códigos das doenças e respectivos diagnósticos, códigos deontológicos, etc., que fôssemos nós juristas, dizia, os coveiros da codificação. E que começássemos essa tarefa de enterro da codificação justamente onde começámos a da codificação, no domínio do direito comercial.

A excepção da França [e mesmo aí apenas se se tiver em conta os Códigos nos termos em que os conhecemos hoje, porque como é do conhecimento geral o *Code Civil* de 1803 antecedeu o *Code de Commerce*, mas se se tiver em conta a

codificação como movimento de recolha, estruturação e sistematização de uma certa matéria, as *Ordonnances* de Colbert, de 1673 e 1681, foram verdadeiras codificações de direito mercantil marítimo e terrestre e, consequentemente, precederam a codificação civil francesa; aliás à *Ordonnance* de direito mercantil terrestre de 1673 não só se chamava *Code des Marchands* ou *Code Savary* (Ripert, 1991, pp. 13, 14), como é tida «(...) como o primeiro Código Comercial dos tempos modernos.» (Rubens Requião, “*Curso de direito comercial*”, 1º vol., 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995)], em quase todos os países europeus a codificação do direito comercial precedeu a do direito civil, v.g., Espanha com o Código Comercial de SAINZ ANDINO de 1829 (o primeiro código espanhol foi o Código Penal de 1822) e o actual de 1885; na Alemanha com o *Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch* de 1861 (o *Allgemeines Landrechts* (ALR) de 1794, ainda que regulasse globalmente o comércio, era da Prússia e o *Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch* (ABGB) de 1811 era austríaco); na Itália o *Codice di Commercio* de 1865 foi promulgado contemporaneamente ao *Codice Civile* (Alberto Asquini, “*Codice di Commercio*”, in ED, p. 251), sendo depois substituído pelo de 1882; Portugal com o Código Comercial de Ferreira Borges de 1833. E não é fruto do acaso esta circunstância, do mesmo modo que não é fruto do acaso a mais ou menos generalizada identidade de soluções que, no dizer de Ferreira Borges, na exposição de motivos do Código Comercial de 1833, se devia não ao facto de os vários códigos do séc. XIX copiarem as soluções uns dos outros, mas porque todos tinham a mesma fonte. Precisamente porque todos tinham a mesma fonte, daí o tão falado carácter supranacional do direito mercantil, é que a codificação mercantil, regra geral, precedeu a codificação civil (José Oliveira Ascensão, “*Direito Comercial*, vol. I - *Parte geral*”, Lisboa, 1988, p. 6): é que aquela mais não fez do que consagrar as práticas mercantis tradicionais, uniformemente aceites e aplicadas no Mundo civilizado (Aurélio Menéndez Menéndez, “*Autonomía económica liberal y codificación mercantil*”, in Jornadas conmemorativas del centenario del *Código de Comercio*, Madrid, 1986, p. 65).

Por estas razões, pensamos que é preferível a opção codificação à opção descodificação. Mas, mesmo que estas razões não existissem, ou sequer tivessem como seus defensores tão célebres juristas provenientes quer da tradição de *Civil Law* quer de *Common Law*, uma outra razão se nos afigura determinante quanto à opção codificação.

O movimento codificador do século passado pretendeu responder a necessidades de certeza e segurança jurídicas, e acabar com o arbítrio da administração que, no vazio legal, na contradição dos costumes e das leis particulares, encontrava terreno fértil para as maiores injustiças e desmandos (Aurélio Menéndez Menéndez, 1986, pp. 60 ss, 67). Mas, tendo surgido insuflado por estes objectivos, não deixou de ser também em vários espaços geo-políticos factor de sedimentação da identidade nacional (Aurélio Menéndez Menéndez, 1996, p. 61)

Aconteceu isso na Alemanha com o ADHGB de 1861, que surge como instrumento da tarefa de unificação dos estados germânicos (Tullio Ascarelli, “*Corso*

di diritto commerciale - Introduzione e teoria dell'impresa", Giuffrè Editore, Milão, 1962, pp. 55, 56); na Itália que, após a unificação política, empreendeu uma tarefa de unificação legislativa, destinada à consolidação daquela, tendo para isso recorrido ao modelo do Código Napoleónico; o qual, tendo sido paulatinamente estendido a Itália depois da conquista francesa, veio a ser abolido com a reunificação do Reino de Itália, mas sem que se tivesse regressado à ordem antiga. Com efeito, a experiência codificadora de mais de um século, tendo provado os seus méritos, conquistou definitivamente para a causa da codificação os italianos. Por isso, em vez de se represtinar o direito anterior à conquista francesa (a única excepção foi a da região da Toscana e do Estado do Vaticano), criaram-se vários Códigos regionais, v.g. O Código albertino, o Código parmense, o Código estense e o Código das Duas Sicílias, cujo modelo foi o *Code Civil* de Napoleão (a região da Lombardia-Veneto adoptou o Código Civil Austríaco) (Rosario Nicolò, "*Codice Civile*", in ED, pp. 240 ss). O mesmo sucedeu, no âmbito do direito mercantil, com o *Code Commerce* a ser publicado no Reino de Itália em 17 de Julho de 1808, abolido com a queda do Império Napoleónico, e reposto em vigor, com ligeiras alterações, nos diversos *Stati* italianos, e no Piemonte com o Código albertino (Alberto Asquini, p. 251). Quando se tratou de unificar a legislação, dada a existência de todos estes Códigos regionais inspirados no mesmo modelo, acabou por imperar o modelo do *Code Civil* e do *Code de Commerce*.

Esta metodologia evitou discussões sobre as virtudes da codificação que de outro modo certamente abundariam, com o que se potenciou a unidade legislativa e logo a unidade nacional; quer dizer a codificação cumpriu também funções de unificação e de sedimentação do sentimento de identidade dos vários Estados. Sendo uma lei igual para todos promoveu a unidade nacional, sendo uma lei diferente dos outros Estados promoveu a identidade nacional (Aurélio Menéndez Menéndez, 1986, p. 61).

O processo de localização das leis de Macau tem em vista a criação das condições jurídico-políticas necessárias a manter a identidade e especificidade próprias do Território nos cinquenta anos subsequentes ao reencontro com a China. Esse reencontro estará sujeito a uma inevitável atracção para a esfera de vivência, também jurídica, da RPC, que é necessário prevenir sob pena de o voto formulado não se cumprir.

A criação de um Código Comercial, tal como no século passado, poderá cumprir se não, por razões óbvias, uma função de unificação, pelo menos a função de promoção de identificação, ou, se se quiser, uma diferenciação dos interesses comerciais no Território, assegurando a manutenção, também no domínio mercantil, das estruturas adequadas a garantir a identidade e idiossincrasia próprias de Macau no futuro próximo.

Aceite que a localização do Código Comercial se justifica jurídica e socialmente e que deve ser mantida a opção codificação, a questão que agora se levanta é de saber se se há-de apenas efectuar uma reforma, ou, antes, criar um Código novo.

Pensamos que, tendo em conta o prazo para a realização dos trabalhos, e a necessidade, do nosso ponto de vista essencial, de não construir um projecto que, cumprindo os ensinamentos da mais moderna doutrina neste domínio, represente um corte radical com o sistema do Código actual, é preferível levar-se a cabo uma reforma, ainda que não tímida, sendo que a final bem possa acontecer que o resultado seja verdadeiramente um Código novo.

Depois de 1999, os aplicadores do direito, maxime juízes, são de língua materna chinesa, alguns deles falam, além do português, é óbvio, o inglês, mas não qualquer das outras línguas europeias, o francês, o italiano, muito menos o alemão. Quer isto dizer que construindo o novo Código em moldes que representassem uma ruptura radical com o anterior, adoptando como fontes apenas os Códigos comerciais do Continente Europeu, seria o mesmo que separá-los de qualquer possibilidade de acesso às fontes, com os inconvenientes daí decorrentes. Por isso, a dificuldade está em, não abdicando do muito que se modificou e evoluiu neste domínio, não voltar as costas ao passado, que aqui é presente, um *via per mezzo*.

Se isso é possível, é já uma questão cuja resposta só o tempo a dará. Não podemos é deixar de o tentar, ainda que para tal se tenha de sacrificar, nas aras dum realismo consciente, exigências de maior rigor científico, ou pelo menos de coerência sistémica.

3. SITUAÇÃO ACTUAL E PERSPECTIVAS DA REFORMA

Não oferece dúvidas a ninguém que, se mais de cem anos de existência nos merecem um grande respeito, e até carinho, também irremediavelmente implicam a desadequação da regulamentação contida no Código às actuais circunstâncias sócio-económicas.

A sociedade, à disciplina de cuja actividade económica preferencial, como lhe chama Orlando de Carvalho (*“Critério e estrutura do estabelecimento comercial”*, Coimbra, 1967, p. 169; *“Nótulas de direito das empresas”*, Coimbra, 1979, p. 2), se destinava o Código Comercial, era uma sociedade radicalmente diversa da actual. O Código Comercial surge na penúltima década do século passado, animado por um forte espírito objectivista, cujos rigores foram temperados pela adopção, no seguimento do artigo 274º do ADHGB e do artigo 4º do *Codice di Commercio* de 1882, de uma presunção genérica de comercialidade para os actos dos comerciantes (artº 2º, 2ª parte do Código Comercial), regulando uma actividade essencialmente comercial, utilizado aqui o vocábulo no seu sentido restrito (para o *Código de Comercio* espanhol, Aurélio Menéndez Menéndez, 1996, p. 81), pouca atenção dando às indústrias, que, muito embora não tivessem a importância actual, já então assumiam economicamente grande relevância, a ponto de determinarem uma particular forma social: a sociedade anónima; e menos importância ainda dedicava à actividade de prestação de serviços.

Basicamente, o comércio paradigma da regulamentação do nosso Código

Comercial era o comércio não dos finais do séc. XIX, mas o dos princípios desse século [ainda que, relativamente ao Código de 1833, representasse um nítido fortalecimento da tutela dos interesses do grande comércio e indústria, v.g., a disciplina da sociedade anónima, o warrant (Orlando de Carvalho, 1967, nota 89, pp. 278 e 279)]. Por estas razões, Fernando Sánchez Calero (*“El Código de Comercio y Los Contratos Mercantiles”*, Jornadas conmemorativas del centenario del Código de Comercio, Madrid, 1986, p. 227) referindo-se ao Código de Comércio espanhol, que padece das mesmas insuficiências, diz que, tal como o *Code de Commerce* [Alberto Asquini (p. 251) diz que, ainda que já se estivesse em plena primeira revolução industrial, o *Code de Commerce* foi prevalentemente o código de uma economia artesanal], é *«un Código de tenderos»* (*«Code de boutiquiers»*), no original francês, vide Jean Escarra, *“Cours de droit commercial”*, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 35). Não diríamos tanto.

Hoje em dia, a indústria representa a maior fatia da actividade económica, e os serviços cada vez mais representam a actividade preferencial dos finais deste século e do próximo milénio. Urge pois que o Código Comercial tenha em atenção estes desenvolvimentos da actividade económica e, na medida do possível, as suas previsíveis mutações.

Sem prejuízo do que acaba de se dizer, o nosso Código Comercial, apesar de velho de mais de um século, como dissemos, é um testemunho de uma época e, como todos os testemunhos, memória dos homens e das instituições, que nos merece um olhar atento e respeitoso; pois, por mais desactualizado que possa estar em face das hodiernas manifestações da vida económica, não só não impediu o florescimento dessas mesmas manifestações, especialmente a do capitalismo industrial e financeiro, como serviu de suporte a essas mesmas mutações, e tantas e tão diversas foram ao longo do tempo de vida que leva o Código, o que só pode ser levado à conta do Haver, na contabilidade que se faça do *serviço de vida* que proporcionou e continua a proporcionar.

O reconhecimento, mais do que merecido, do valor de um diploma legal que foi capaz de se manter como a estrutura fundamental deste sector da vida jurídica, qual Rochedo de Gibraltar na insane fúria do oceano legislativo, capaz de tudo destruir, é, até por isso, um exercício de inteligência. Muitas virtudes há-de ter e possibilidades insuspeitas encerrar aquilo que foi capaz de arrostar com o Sacrílego Gigante do Tempo.

Num Tempo, que é o nosso, caracterizado por uma autêntica febre legislativa – legisla-se tudo, a propósito e a despropósito de tudo, infelizmente (para sermos suaves) nem sempre bem – como se o legislador porventura tivesse sido de repente assacado de uma irritante brotoeja, só aplacável com uma báttega legislativa, é sempre de saudar o que foi capaz de se manter (por preguiça, desleixo, incapacidade ou qualquer outra razão?), desafiando-nos do alto da sua existência secular.

A vida começa-se honrando os velhos, guardiões da experiência do passado e da sabedoria do presente e prenhes dos ensinamentos do futuro, por isso o novo

Código deverá saber respeitar a lição do velho, nele lançando as suas raízes que lhe permitam sustentar-se na sua função disciplinadora da actividade mercantil. Mais uma razão para que não represente o futuro Código Comercial um corte radical com a experiência acumulada ao longo da vigência do actual Código.

O Código Comercial de 1888 é o último dos descendentes do *Code de Commerce*; ou seja, é o último dos Códigos do séc. XIX de raiz objectivista (na Europa, bem entendido; já que a América Hispânica adoptou códigos de comércio, inspirados no *Código de Comercio* espanhol de 1885, já depois da publicação do nosso: assim, por exemplo, o *Código de Comercio* mexicano data de 1889). Com efeito, depois do nosso Código Comercial, no século passado, surgiu apenas o Código alemão (HGB) de 1897, mas já de inspiração subjectivista.

O facto de o nosso Código ser de raiz objectivista significa que a *ratio* da sua aplicação reside no acto de comércio, a exemplo do que se pretendeu ter resultado da abordagem da matéria mercantil pelo *Code de Commerce*; daí o artº 1º do Código, qual pórtico, abrir com a declaração de que o seu objecto consiste na disciplina dos actos de comércio, independentemente da qualidade dos intervenientes.

Tal como os restantes Códigos da segunda metade do séc. XIX, os chamados Códigos de Comércio da segunda geração (Justino F. Duque Domínguez, “*El Código de Comercio y la codificación de su época*” in Jornadas conmemorativas del centenario del Código de Comercio, Madrid, 1986, p. 94; M. Broseta Pont, 1991, p. 56), o nosso Código Comercial de 1888 apurou a concepção objectivista; o que é, de resto, particularmente visível face ao *Code de Commerce* ou, por exemplo, ao *Código de Comercio* espanhol de 1885, pois nestes a primeira disposição respeitava aos comerciantes, às condições da aquisição da qualidade de comerciante, e o nosso artigo 1º, como vimos, abre com essa declaração de sujeição ao seu império dos actos de comércio, verdadeira profissão de fé.

Fora isso, e mais importante, o nosso Código objectivizou, se assim nos podemos exprimir, os próprios actos de comércio, pois na esmagadora maioria dos que consagrou prescindiu da qualidade de comerciante para a sua qualificação. Compare-se, por exemplo, o depósito mercantil (artº 403º) ou o empréstimo mercantil (394º) do nosso Código com os mesmos actos no *Código de Comercio* espanhol, regulados respectivamente nos artºs. 303º e 311º.

Mas, ao contrário deste último, e como tivemos oportunidade de dizer, temperaram-se os rigores do sistema com uma presunção genérica de comercialidade para os actos dos comerciantes, com o que acabou por se reconduzir o Código a um sistema híbrido. Esta tendência objectivizante do nosso Código Comercial é ainda visível a nível das fontes com a desconsideração da fonte de direito mercantil por excelência: o costume. Limita-se, em meia dúzia de disposições (v.g, artºs. 68º, nºs. 6 e 7; 232º, § 1º e 271º, § único), a remeter para os usos, mas com uma função e importância radicalmente menores face aos códigos de comércio seus contemporâneos. Tratava-se de, mesmo ao nível das fontes, eliminar todos os vestígios do direito comercial como direito de classe.

Não se ignora que a entrada em crise do costume como fonte de direito comercial não tem que ver com o aparecimento da concepção objectivista do direito comercial, pois a mesma ocorre como consequência da centralização no Estado das fontes de direito, no seguimento do fortalecimento do poder real e do princípio da soberania (Ferrer Correia, “*Lições de direito comercial*”, vol. I, 1973, p. 11; Jean Escarra, p. 13); isto, ainda que a lei comercial não fizesse mais do que consagrar as práticas mercantis tradicionais, v.g., nas *Ordonnances* de Colbert (Jean Escarra, 1952, p. 14; Ripert, 1991, pp. 13 ss). O que se quer realçar é que, apesar da centralização no Estado das fontes de direito, com o consequente primado da lei como fonte de direito, fenómeno que atingiu os vários ordenamentos jurídicos, o nosso Código Comercial no artº 3º, onde indica os vários modos de disciplinar «as questões sobre direitos e obrigações comerciais», ou seja, onde indica as fontes de direito comercial, pura e simplesmente não menciona os usos (Ferrer Correia, 1973, pp. 46, 47); apesar de ter tido por fontes o *Codice di Commercio* de 1882 que, no artº 1º, dispunha: «Em matéria de comércio observam-se os usos mercantis, na falta deles aplica-se o direito civil» e o *Código de Comercio* espanhol de 1885 que, no artº 2º, estabelece: «*Los actos de comercio, sean ó no comerciantes los que los ejecuten, y estén ó no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en el; en su defecto, por los usos del comercio observadas generalmente en cada plaza; y á falta de ambas reglas, por las del derecho común*».

É sabido aliás que a concepção objectivista do direito mercantil radicava numa contestação fundamental ao direito comercial do *Ancien Régime* como direito de classe, como um direito de privilégio. Tratava-se pois de erradicar todos os vestígios de privilégio. Por isso, compreende-se que os Códigos comerciais da segunda geração tivessem radicalizado essa ideia, objectivizando o mais possível as condições de aplicação do direito comercial. Mesmo que não o tenham conseguido (erradicar o privilégio, assegurar a igualdade dos cidadãos perante a lei); pelo contrário, ao instituírem, com o ADHGB, o regime dos actos unilaterais de comércio (assim sujeitando os particulares à lei *pro domo* dos comerciantes), a comercialização dos imóveis (fim da reserva civil), com o *Codice di Commercio* de 1882, ou a pressão (hoje diríamos *lobbying*) dos meios comerciais na feitura das leis [recorde-se que o *Code de Commerce* é um «*Code de boutiquiers*», não só porque é considerado cientificamente medíocre, mas também porque tinha sido feito por comerciantes (Jean Escarra, 1952, pp. 34, 35)], quando não a relevância de certos usos mercantis que constituiriam, no dizer do grande Vivante, uma «insídia à boa fé» (Orlando de Carvalho, 1967, p. 170). Contudo, como vimos há momentos, e pelo que toca ao usos mercantis, estes não foram erradicados dos Códigos mercantis do século passado como fonte de direito, apenas passaram para segundo lugar na hierarquia das fontes, como sucedeu com o *Código de Comercio* espanhol. Apenas entre nós se desconsideraram os usos como fonte de direito comercial, com o que certamente se quis afirmar ao nível das fontes essa desclassificação (diz-se que, tal qual resulta dos trabalhos preparatórios, isso se

terá ficado a dever ao facto de não haver tradição entre nós de usos mercantis [cfr. Fernando Olavo (“Direito Comercial”, 2ª ed., 1979, p. 50); mas não é verdade (cfr. Adelino da Palma Carlos, “Direito Comercial”, apontamentos coligidos sobre as prelecções do Exmº sr. Dr. Barbosa de Magalhães ao Curso do 4º ano jurídico de 1924/1925, Lisboa, 1924, pp. 65 ss, especialmente pp. 70 e 71)].

A esta concepção do direito comercial como direito dos actos de comércio, como é sabido, apontaram-se críticas muitas e variadas que se reconduziam na sua essência à impossibilidade de se descortinar um critério de acto de comércio que pudesse permitir delimitar com segurança o domínio do direito mercantil.

Conhecem-se as consequências dessa incapacidade da doutrina para elaborar o conceito de acto de comércio, esse «abre-te Sésamo» da matéria mercantil; a explicação dada foi a de que a impossibilidade se ligava a um fenómeno do tempo: o da homogeneização da zona privatística, da qual não podiam derivar dois ramos de direito privado, demonstrada com a pretensa comunização dos institutos de direito comercial, ou a comercialização do direito civil; por outras palavras, com o desaparecimento dos circunstancialismos que historicamente justificaram o surgimento do direito comercial. Pelo que não se justificava mais a existência de um ramo de direito autónomo em face do direito civil, como direito comum (para a exposição dos argumentos e respectiva crítica, vide Orlando de Carvalho, 1967, nota 64, Intr., esp. pp. 120 ss e 127 ss).

A defesa da autonomia do direito mercantil foi, a partir de então, efectuada com base na observação do que de mais intrínseco existia na vida mercantil, tendo Heck chegado à conclusão de que o que caracterizava essa actividade era a prática em massa de actos de comércio (*massenverkehr*); o comércio é uma actividade, e este conceito pressupõe repetição sistemática, contínua e ininterrupta (Orlando de Carvalho, 1967, p. 136). Esta dimensão quantitativa, do ponto de vista jurídico, dá origem ao aparecimento de específicas instituições e exigências especiais, cuja disciplina cabe ao direito comercial, dada a inadequação do direito civil que ou não proporciona uma resposta satisfatória (v.g., o regime da compra e venda civil é inadequado para as compra e vendas comerciais), ou desconhece as instituições que esta actividade pressupõe. Por isso, o direito comercial só lograria razão enquanto votado às particularidades colocadas por esse tráfico em massa.

A tese dos actos em massa (*massenverkehr*) teve o mérito de aproximar o direito da realidade económica, realçando de novo a sua intrínseca dimensão profissional. E da prática em massa de actos, das características necessidades do grande tráfico, à concepção do direito comercial como direito da empresa, foi um ápice; pois, se é verdade que a ideia de empresa ainda não estava claramente formulada em Heck, não é menos verdade que já a pressupunha ou prometia (Orlando de Carvalho, 1967, p. 136).

Acontece que a prática por forma habitual, sistemática, em massa de actos de comércio exige um mínimo de meios e de organização; por outras palavras, exige uma qualquer estrutura, foi do que se deu conta Karl Wieland que, partindo

de uma cuidada observação da realidade económica disciplinada pelo direito comercial, se apercebeu da presença sistemática de uma empresa, a qual definiu como a «aplicação de capital e trabalho para a obtenção de um ganho incerto e ilimitado». A comercialidade da empresa dependeria da sua exploração conforme a um plano que permitisse a utilização do cálculo racional do resultado económico. Por isso, para Wieland o direito comercial tendia a converter-se no ordenamento profissional das empresas, ou seja o direito das empresas e do seu tráfico.

Esta a concepção do direito comercial que teve grande receptividade a partir dos anos vinte e obteve a sua consagração legislativa no *Codice Civile* de 1942, Livro V.

O direito comercial não pode, contudo, ser o direito da empresa, porque se de um ponto de vista económico podemos definir a empresa como uma organização de capital e trabalho, destinada à produção ou mediação de bens ou serviços para o mercado, facilmente se compreende que nela estão presentes dois factores essenciais: capital e trabalho. Se o direito comercial não regula um dos factores essenciais da empresa, o factor trabalho, não pode afirmar-se que o direito comercial é o direito da empresa (Manuel Broseta Pont, “*Manual de derecho mercantil*”, 9ª edª., Tecnos, 1991, p. 59).

Para que esta concepção fosse correcta era necessário que todas as disposições que regulam a empresa fossem comerciais. O que não é verdade, pois o direito comercial não penetra na organização interna da empresa, cuja disciplina compete necessariamente a normas de vários ramos do direito, v.g., direito fiscal, direito público da economia, de direito laboral, etc. (Ferrer Correia, 1973, pp. 30 e 31). Acresce que seria ainda necessário que todas as empresas estivessem sujeitas ao direito comercial, o que também não é verdade: o direito comercial não é o direito regulador da empresa *in genere* como nos ensina Orlando de Carvalho (1967, p. 96 ss, nota 52), mas, pelo que toca às empresas, só pode ser o direito da empresa mercantil.

Ao direito comercial, como desde logo se deu conta Joaquim Garrigues (“*Curso de derecho mercantil*”, reimpressão da 7ª edª., Bogotá, 1987, p. 25.), só pode competir a disciplina das instituições genuinamente mercantis (estatuto jurídico do comerciante individual e social, património, patentes, sinais distintivos e tutela da empresa, títulos de crédito e operações de bolsa) e a disciplina dos contratos que ontologicamente pertencem à empresa, por forma que se não podem conceber sem ela (seguros, contratos bancários, compra e venda sobre documentos, agência, transporte, depósito em armazéns gerais, contrato de hospedagem, etc.).

Por outro lado, conceber-se o direito comercial como direito das empresas significaria deixar fora deste domínio matérias tradicionalmente incluídas nos Códigos de comércio, por terem a sua disciplina concebida em ordem à tutela dos interesses do tráfico mercantil, seria o caso nomeadamente dos títulos de crédito, maxime da letra de câmbio, da livrança e do cheque, das próprias sociedades,

forma por excelência de exercício colectivo da actividade mercantil (Ferrer Correia, 1973, *idem*).

Por isso, muito embora a empresa, ou estabelecimento comercial, constitua o núcleo irredutível do direito comercial, não esgota o seu âmbito a ele estando sujeitos, como ensina Orlando de Carvalho, também todos aqueles institutos, instituições, mecanismos, operações que ainda que sejam de utilização não exclusiva no âmbito da empresa, a respectiva disciplina jurídica seja informada pela ideia de tutelar interesses mercantis.

O novo direito comercial, mais do que um direito das empresas, que jamais poderia ser, deve ser um direito à volta das empresas, como, há longos anos, ensina no seu magistério Orlando de Carvalho (1967, p. 120; 1979, p. 2).

Se olharmos a realidade económica que o direito comercial hoje em dia regula verificamos que o seu conteúdo se estrutura à volta de três elementos essenciais: o empresário, o estabelecimento comercial e a empresa, entendida aqui como a sua actividade.

O empresário mercantil é a pessoa física ou jurídica que em nome próprio e por si ou por intermédio de outrem exerce, por forma organizada e profissional, uma actividade económica dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços para o mercado. A especialidade deste sujeito advém-lhe do facto de realizar como profissão, organizadamente, ou seja, por intermédio de uma empresa, uma actividade económica.

O empresário mercantil caracteriza-se por lhe corresponder a iniciativa, o controlo, e o risco da empresa, contrapartida da apropriação exclusiva dos resultados. A iniciativa porque é ele que decide a criação da empresa, e assegura a sua organização e direcção, ainda que por intermédio de terceiros. O risco da empresa, não só porque é a ele que se imputam todas as relações estabelecidas com terceiros na exploração da empresa, mas também porque só o empresário é juridicamente responsável com todo o seu património pelas responsabilidades surgidas do exercício da empresa (Broseta Pont, 1991, p.81; Orlando de Carvalho, “Empresa e lógica empresarial”, Coimbra, 1997, pp. 10 e 11).

O estabelecimento mercantil é o segundo elemento da realidade económica que explica a especialidade e fundamento do direito comercial. Por estabelecimento comercial entendemos a organização concreta de factores produtivos destinada ao exercício de uma actividade comercial, industrial ou de serviços. Com o que fica claro que a empresa é um mecanismo de que se serve instrumentalmente o empresário para realizar uma certa actividade económica (Orlando de Carvalho, 1997, *idem*).

A empresa no sentido da actividade económica realizada pelo empresário é o terceiro elemento que justifica a especialidade do direito comercial e que delimita o seu conteúdo.

Esta actividade pode ser olhada quer de uma perspectiva económica, quer de uma perspectiva jurídica. De um ponto de vista económico a actividade do empresário traduz-se na actividade de produção ou troca de bens ou serviços para

o mercado. Do ponto de vista jurídico, a actividade do empresário é relevante para o direito comercial, porque ao ser exercida profissionalmente atribui ao sujeito um estatuto especial; porque para torná-la possível surgem princípios e instituições especiais; e porque a exploração desta actividade traduz-se na realização de um conjunto de actos e na celebração de negócios jurídicos com quem entra em relações com o empresário comercial, por ocasião do exercício da sua actividade económica (Broseta Pont, 1991, p. 62).

Para tornar possível a exploração da actividade económica em massa, realizada por um empresário através de uma empresa, e para satisfazer adequadamente as exigências que nascem daquela actividade surgem no direito comercial as seguintes instituições: o regime dos auxiliares de comércio, os quais são elementos que auxiliam e substituem o empresário no exercício da sua actividade profissional; os sinais distintivos, especialmente nome e insígnia do estabelecimento, marcas e firma, instituições mercantis que servem para individualizar o sujeito como empresário comercial, a sua empresa e os produtos ou serviços cuja produção e distribuição justifica a sua actividade externa; a disciplina da concorrência, ancorada no princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica; os títulos de crédito, como a letra, o cheque, o conhecimento de carga, o conhecimento de depósito em armazéns gerais, que não só tornam possível a actividade de certos empresários comerciais, mas também pressupõem a sua presença no exercício de uma empresa; a actividade económica externa do empresário realizada através de uma empresa traduz-se fundamentalmente na celebração de contratos com outros empresários ou com os consumidores de cujo número e resultado depende o êxito ou insucesso da sua empresa (Broseta Pont, 1991, p. 62).

4. LINHAS FUNDAMENTAIS DA REFORMA

O novo Código comercial deve pois começar por disciplinar os empresários comerciais (prefere-se esta expressão relativamente à tradicional designação de comerciante, por justamente a actividade mercantil profissional ser exercida através de uma empresa) singulares ou colectivos; definir o respectivo estatuto jurídico: condições da aquisição dessa qualidade; obrigações dos empresários comerciais e, assim, regular a firma (constituição, transmissão, extinção), a escrituração mercantil; o registo; balanço e prestação de contas; regular a capacidade comercial; responsabilidade dos bens do casal por dívidas contraídas no exercício da actividade mercantil; definir o estatuto dos auxiliares do empresário comercial e regular a representação comercial (Ferrer Correia, "*Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*", in *Temas de Direito Comercial*, p. 33).

Deveria também disciplinar as sociedades comerciais, matéria que foi objecto de um projecto de diploma autónomo, cujo parto se espera vai para mais de cinco anos. Fica apenas a matéria da sociedade cooperativa, cuja não previsão no Projecto de CSC certamente indicia uma particular opção do legislador: a sua

manutenção no Código Comercial, à revelia daquela Lei, poderá revelar-se inconveniente do ponto de vista da coerência do sistema.

Deve disciplinar o objecto através do qual o empresário exerce a sua actividade mercantil: o estabelecimento comercial ou empresa.

Na regulamentação dos direitos sobre a empresa ou estabelecimento devem ser recebidas as contribuições mais relevantes da doutrina, nomeadamente quanto ao problema de saber se o estabelecimento é ou não passível de um direito de propriedade, questão que deve ser resolvida de modo afirmativo, assim abrindo a porta a soluções, já aventadas pela doutrina e informadoras de algumas decisões tímidas dos nossos tribunais, tais como a possibilidade de reivindicação do estabelecimento comercial, a possibilidade de posse, a constituição de uma garantia sobre o estabelecimento, seja um penhor, mas, neste caso, sem desapossamento, seja uma hipoteca, a constituição de um usufruto sobre o estabelecimento, etc..

Deveria o futuro Código organizar a tutela da empresa: dos seus elementos materiais e imateriais, nomeadamente, pelo que toca a estes, a matéria dos sinais distintivos (contudo, a matéria da marca já foi objecto de regulamentação autónoma e a do nome e da insígnia consta do recente CPI, pelo que, ainda que sistematicamente correcta, se afigura improvável a inclusão da disciplina desta matéria no futuro Código Comercial); da empresa ou estabelecimento como unidade.

Deverá talvez o futuro Código tratar a problemática da concorrência determinando o quadro legal em que a mesma se deve desenvolver, prevenindo entorses e abusos sempre possíveis, com prejuízo quer para as próprias empresas quer para os consumidores. Liberdade significa responsabilidade. Ainda que constitua alicerce fundamental do futuro Código o respeito pela liberdade de iniciativa económica, esta postula também uma concorrência sadia, que decorra sem estrangulamentos que ponham em causa a viabilidade económica das empresas, ou de algumas empresas, com prejuízo da economia em geral. Não basta que se proclame o princípio da livre iniciativa económica é necessário que se criem as condições para que essa iniciativa possa verificar-se e frutificar.

A regulamentação da concorrência, deverá também ter em conta a problemática da concorrência desleal. Esta matéria está hoje regulada no D/L nº 56/95/M, de 6 de Novembro, mas, sistematicamente, o lugar mais correcto para a sua inserção é a seguir à regulamentação geral da concorrência [a concorrência desleal é, ainda que por modos inadmissíveis, uma forma de concorrência (passe o pelonasmos)], é essa a lição do Código Civil italiano de 1942.

Por outro lado, a concorrência desleal está regulada no referido diploma *contra natura*, pois sendo este um diploma privativo das marcas, é depois regulada a concorrência desleal que não tem que ver com a violação do direito à marca, nem com a de qualquer dos demais direitos privativos de propriedade industrial, o que aliás o próprio legislador expressamente corrobora no artº 80º do D/L nº 56/95/M, de 6/11 (José de Oliveira Ascensão, “Direito Comercial” vol. II, *Direito Industrial*, Lisboa, 1988, p. 45; “O projecto de Código da Propriedade Indus-

trial e a Lei de Autorização legislativa” RFDUL, 1996, p. 69; crítica idêntica e com os mesmos fundamentos fazia a doutrina espanhola à Ley de Marcas de 10 de Novembro de 1988, que regulava a concorrência desleal nos seus três últimos artigos: 87º, 88º e 89º; vide Hermenegildo Baylos Corroza, “Tratado de Derecho Industrial”, 2ª ed., Civitas, 1993, p. 340); mas visa a protecção ou da ética e da lealdade de processos da actividade mercantil (Gieseke, “*Diritto e difesa dell’impresa in diritto tedesco*”, NRDC, 1949, I, p. 114 ss, *apud* Orlando de Carvalho, 1967, p. 75; Ohen Mendes, “*Propriedade Industrial*”, in Polis, col. 1661) ou, como preferimos, no seguimento dos ensinamentos de Ferrer Correia (1973, pp. 250 ss) e Orlando de Carvalho (1967, p. 81), a tutela do valor da organização empresarial no seu todo, onde já não alcance a tutela conferida pelos direitos privativos. Como ensina este último autor [Apontamentos dos alunos das aulas gravadas de Direito Comercial ao 4º ano jurídico (1993/94), p. 341], verifica-se concorrência desleal sempre que, por qualquer processo, «(...)se tenta desmontar ou diminuir um estabelecimento, sem tocar directamente nos seus valores constituintes, mas tocando na sua organização interna ou na sua aura externa». Por isso nos parece que a regulamentação da concorrência desleal nesse diploma se encontra deslocada. Sendo que a sua colocação e regulação nos Códigos da Propriedade Industrial é fruto mais da tradição do que a razões científicas (José de Oliveira Ascensão, 1995, pp. 37, 70 ss; Pierre Chavanne, Jacques Burst, “*Droit de la propriété industrielle*”, Précis Dalloz, Paris, 1991, p. 1). No dizer de Baylos Corroza (1993, p. 333) «(...) a inclusão da concorrência desleal dentro da propriedade industrial é totalmente incorrecta e baseia-se no erro decorrente de se pretender que todo o acto de concorrência desleal implica um ataque a um direito subjectivo do prejudicado; quando a verdade é que apenas supõe o incumprimento da obrigação legal de utilizar as normas e usos honestos para efectuar a concorrência».

Disciplinar os vários negócios que tenham a empresa ou estabelecimento como objecto. Matéria esta que, como proficientemente demonstrou, vai para mais de trinta anos, Orlando de Carvalho, só incipientemente encontra algum tratamento na lei mercantil (artº 24º Ccom.; artº 29º, nº 4, 5 e 6 do CPI; artº 66º do D/L nº 56/95/M, de 6/11; artº 8º, nº 3 e 109º RAUM e pouco mais), e se encontra, cada dia que passa, mais carecida de urgente intervenção legislativa.

No capítulo dos negócios sobre a empresa, quer *inter vivos*: negócios de transmissão definitiva (venda, troca, realização de entrada social, doação) e de transmissão temporária (locação de estabelecimento, comodato); quer *mortis causa*; regular os direitos e obrigações das partes, nomeadamente a debatida questão da existência de uma obrigação de garantia, com a sua dimensão de obrigação de não concorrência, a cargo do alienante ou do dono do estabelecimento, no caso de se tratar de uma transmissão temporária do gozo do estabelecimento, v.g., usufruto, locação de estabelecimento.

Ainda em matéria de negócios sobre o estabelecimento regular-se convenientemente a responsabilidade do alienante e do adquirente por forma a permitir

uma tutela adequada dos interesses dos credores do alienante, para quem o estabelecimento constituirá as mais das vezes a mais sólida garantia da satisfação dos seus créditos.

Numa segunda parte, deve disciplinar a dinâmica da empresa, sendo que essa dinâmica se cumpre através da celebração de contratos quer com outros empresários quer com os consumidores, devem ser previstos e regulados os vários contratos de comércio. Os códigos de comércio incluem vários contratos de comércio, mas muitos deles foram ulteriormente regulados na lei civil, criando-se uma dupla disciplina para os mesmos contratos que em nada simplifica a vida jurídica. Por isso, e pelo que toca a esses contratos, do futuro Código apenas devem constar, se se entender que não devem ser regulados exclusivamente no Código Civil, as regras que revelem uma tutela de interesses mercantis, o mesmo é dizer pressuponham uma empresa.

Por outro lado, é necessário forçosamente incluir novos contratos, aqueles que, no decorrer dos últimos cem anos, vieram a ser os principais veículos das novas manifestações da vida mercantil, o mesmo é dizer aqueles que supõem (i.e., uma das partes é necessariamente um empresário, v.g., contrato de seguro; contratos bancários) ou pressupõem um empresário [i.e., cuja utilização muito embora não implique que uma das partes seja empresário, contudo a respectiva disciplina «...se desenvolveu no âmbito da actividade empresarial e que neste campo encontram a sua normal aplicação.» (G.Ferri, “Manuale di diritto commerciale”, 8ª ed., Turim, 1991, p. 644), v.g., venda sobre documentos; contrato de empreitada, vulgo designados contratos de empresa].

Na regulamentação dos contratos, cuja inclusão se decida fazer no futuro Código Comercial, é necessário ter em conta a matéria da formação do contrato, consoante se trate de contratos negociados pelas partes ou resultantes da utilização de cláusulas contratuais gerais. Caso em que haverá que fazer aplicação das regras constantes da lei nº 17/92/M, de 28 de Setembro, ainda que adaptadas à circunstância de se tratar de um contrato entre empresários ou entre um empresário e um consumidor. No primeiro caso, haverá que limitar o âmbito das proibições constantes da referida lei, porque se trata de profissionais que estão em posição de poderem conformar de modo diverso o conteúdo contratual, e depois porque entre empresários não faz sentido uma tutela muito apertada das condições gerais do contrato utilizadas, como no caso de estar em causa um consumidor.

São geralmente apontados pela doutrina os seguintes: o contrato de compra e venda, especialmente as denominadas vendas especiais, i.e., aquelas que determinam a adopção de esquemas standardizados (v.g., venda cif, fob, venda a peso, por amostra, por documentos, etc.), ou aparecem ligadas à possibilidade de conceder crédito aos clientes, consentida pela organização do crédito que a própria empresa recebe, à qual se ligam v.g., as vendas a prestações, a venda a contento; ou decorrentes da standardização dos produtos, a que se liga, v.g., a venda sob amostra, etc. (G.Ferri, *ibidem*). Dado que este contrato encontra regulamentação adequada no Código Civil, é de excluir a sua regula-

mentação no futuro Código, ou, em alternativa, importar para o futuro Código Comercial a disciplina que actualmente consta do Código Civil em tudo o que contenda com a utilização mercantil deste tipo contratual, v.g., as vendas especiais referidas; contrato de fornecimento (que o Código Comercial pressupõe no artº 230º, nº 2, mas que não está regulamentado; contrato estimatório (tão importante no comércio retalhista, especialmente livreiro, e não tem qualquer disciplina específica); contrato de comissão; contrato de comissão de transporte ou de expedição (o Código Comercial de 1888, ao contrário de alguns dos códigos seus contemporâneos, não distingue a comissão consoante o concreto contrato que está na sua base, limitando-se a destacar que a comissão tem por objecto a prática de actos de comércio, contudo, a disciplina posta supõe a comissão de compra e venda; sabido que, a par desta, a comissão mais importante é a que tem por objecto a celebração de um contrato de transporte de coisas (o contrato de *spedizione* do *Codice Civile* e o *speditionsgechäft* do HGB) parece adequado regular estas duas espécies do mandato sem representação, não impedindo o florescimento das demais espécies através da consagração de uma norma semelhante ao § 406 do HGB); contrato de agência; contrato de concessão comercial; contrato de franquia.

Apontados também, como devendo ter a sua regulamentação no Código Comercial, são o contrato de corretagem e os contratos de bolsa, mas como quer um quer outros pressupõem o funcionamento de uma Bolsa de Valores que não existe, nem se vê que venha a existir no futuro, dada a atracção exercida pela Bolsa de Hong Kong, devem os mesmos ser excluídos do futuro Código. O mesmo já não deverá suceder com o contrato de reporte, regulado nos artºs. 477º ss do actual Código Comercial, que, andando normalmente associado à existência de uma Bolsa, é frequentemente utilizado pelos Bancos, para concederem empréstimos aos seus clientes, ficando com a garantia da propriedade dos títulos que previamente lhes foram transmitidos: o Banco, para a concessão de um empréstimo com garantia, compra os títulos de crédito pelo montante do empréstimo e, simultaneamente, obriga-se a vendê-los ao vendedor/mutuário, no termo do prazo do empréstimo, pelo valor do empréstimo e respectivos juros (G.Ferri, 1991, p. 807).

São também considerados como devendo ter regulamentação num Código Comercial moderno os contratos sobre as criações industriais, v.g., licença de patente, licença de marca, etc., mas isso suporia a inclusão da regulamentação da propriedade industrial no Código Comercial, o que, como vimos acima, se afigura duvidoso; os contratos publicitários; contratos turísticos (de hospedagem e com agências de viagem), contrato de transporte; o depósito em armazéns gerais; contratos editoriais (estes contratos que supõem também em regra uma empresa - a editora - também não serão objecto de regulamentação no Código Comercial, ficando remetidos para o Código de Direito de Autor); contrato de estacionamento; contratos bancários (depósito; abertura de crédito; antecipação bancária; desconto; aluguer de cofres; locação financeira; feitoria).

Desta elencação, apontada, como se disse, pela generalidade da doutrina como os contratos a incluir num Código Comercial (Fernando Sanchez Calero, 1986, p. 251; Joaquim Garrigues, 1987, p. 33; G.Ferri, 1991, p. 13, 14), nem todos poderão eventualmente vir a ser incluídos no futuro Código Comercial; de todo o modo, são estes que merecem essa inclusão.

Por outro lado, verifica-se a necessidade da diversificação dos instrumentos de garantia, daí que se deva aproveitar para regulamentar a alienação fiduciária em garantia, a garantia autónoma ou independente, a garantia flutuante (*floating charge*). A par da manutenção do penhor mercantil e da introdução do penhor sobre a empresa, criar-se-á uma maior gama de opções em matéria de garantias, em ordem a tutelar mais eficazmente o crédito e por conseguinte incentivar o desenvolvimento da actividade empresarial.

Nesta sede da contratação (e não só), dever-se-á ter em conta os ordenamentos jurídicos que nos são próximos (com particular destaque para o italiano, onde muitos destes contratos se encontram regulados, seguindo-se assim na senda do Código Civil de 1966, que em sede de contratos em especial teve sempre à vista a disciplina vigente na Península Itálica) e, sempre que isso se revele aconselhável, o ordenamento desta zona do mundo.

Por outro lado, depara-se-nos a nível do tráfico internacional um renascimento de um direito comercial uniforme, onde assumem particular relevância os trabalhos desenvolvidos sob a égide da UNIDROIT (v.g., lei modelo sobre EDI; Convenção sobre *International Factoring*) e da UNCITRAL (v.g., Convenção sobre a Compra e venda Internacional de Mercadorias; Convenção sobre Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit), bem como da Câmara de Comércio Internacional (CCI), v.g., os incoterms, ou as Regras Uniformes sobre Créditos Documentários.

O Código Comercial deverá pois ter na devida conta os resultados dos trabalhos desenvolvidos sobre os auspícios das entidades que, a nível internacional, buscam um enquadramento jurídico que, porque comum aos vários interessados, potencie as trocas internacionais.

A atenção do futuro Código sobre esses trabalhos não só deverá ter em conta o campo concreto de intervenção (que nos alerta para a necessidade sentida da uniformização de determinados instrumentos contratuais, maxime porque regra geral se trata de contratos ditos atípicos ou inominados, v.g., Franquia (*franchising*); Feitoria (*Factoring*); Garantias Autónomas), mas também a concreta disciplina proposta, por forma a que a regulamentação dos mesmos instrumentos no Código, respeitando as nossas tradições, não se afaste muito desses modelos.

Por outro lado, a regulamentação destes instrumentos permitirá criar um «ambiente jurídico amigável» para os investidores, incluindo os estrangeiros, na medida em que a disciplina proposta seja semelhante à vigente mais ou menos de modo uniforme em todo o lado, mas também servir de travão a práticas do mais puro colonialismo jurídico, como as que se verificam em sede,

justamente, dos novos fenómenos contratuais, surgidos as mais das vezes do lado de lá do Pacífico, e que são utilizados preferencialmente por empresários provenientes dessas paragens, mas com propostas de regulamentação convencional (v.g., franquia) em manifesta contradição com as imposições legais dos seus países de origem.

Numa terceira parte devem ser regulados os títulos de crédito. Devendo incluir-se uma teoria geral dos títulos de crédito, a qual, muito embora chegassem a ter sido elaborados trabalhos preparatórios por Vaz Serra ("*Títulos de Crédito*", in BMJ n.ºs. 60 e 61), acabou por não ser integrada no Código Civil de 1966, com o argumento de que a matéria caberia ao futuro Código Comercial (António Pereira de Almeida, "*Direito Comercial - Títulos de crédito*", AAFDL, 1988, p. 13). O certo é que o futuro Código Comercial acabou, em Portugal, por não ter futuro.

Por outro lado, diploma algum recuperou essa proposta de disciplina, que indiscutivelmente situaria o nosso ordenamento jurídico na dianteira das legislações europeias sobre a matéria.

Nesse sentido, deverá recuperar-se o citado trabalho do Prof. Vaz Serra e com base nele elaborar-se a disciplina geral dos títulos de crédito que há-de fazer parte do futuro Código Comercial. Duas razões o justificam: a primeira, a que já fizemos breve menção, porque se trata de um inestimável e valiosíssimo estudo sobre a matéria dos títulos de crédito; a segunda, o facto de o estudo do Prof. Vaz Serra se encontrar publicado e nessa medida permitir colmatar, embora apenas parcialmente, uma das grandes e inelutáveis deficiências dos trabalhos de reforma do Código Comercial: a falta de trabalhos preparatórios. As contingências decorrentes das limitações de tempo para a apresentação do Projecto, cortaram cerce qualquer veleidade de preparação de trabalhos preparatórios.

Para além da teoria geral dos títulos de crédito, deve o futuro Código integrar a disciplina constante das actuais Leis Uniformes sobre letras, livranças e cheques, a exemplo do legislador francês, evitando a questão da ratificação do tratado internacional respectivo, ainda que sem prejuízo da adesão de Macau aos mesmos.

A penúltima parte do futuro Código Comercial deve incluir os princípios e preceitos do instituto da falência (direito falimentar material).

A matéria da falência está hoje regulada no Código de Processo Civil, inspirada por uma filosofia de liquidação a benefício dos credores (Vasco Soares da Veiga, "*Direito Bancário*", Almedina, 1994, pp. 291 ss); será a altura ideal para se reequacionar esse entendimento, no sentido de o instituto passar a ser concebido essencialmente como um mecanismo de saneamento de empresas viáveis e só em última instância de liquidação de patrimónios.

Finalmente as disposições penais: nesta última parte do Código, enquadrar-se-ão as várias normas de carácter sancionatório, nomeadamente as relativas às sanções contra a concorrência desleal, ao direito penal societário, etc..

A estrutura que aqui se defende, tem em conta a ideia fundamental que a actividade mercantil é essencialmente obra de profissionais, e por isso corresponde, na feliz formulação de Rodrigo Uria (1991, p. 11), à curva gráfica que descreve essa actividade desde que o sujeito a inicia até que desaparece.