

A REVISÃO GERAL DO CÓDIGO CIVIL, A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E O PROBLEMA DA CODIFICAÇÃO

Pelo PROF. DOUTOR BARBOSA DE MAGALHÃES (1)

O nosso Código Civil, velho de 81 anos, foi, principalmente se se atender à época da sua promulgação, um verdadeiro monumento jurídico, digno de admiração e respeito.

Tem tido os seus panegiristas e os seus críticos, uns e outros com os costumados exageros; mas, entre uns e outros, entre Dias Ferreira e Cunha Gonçalves, há muito lugar para um meio termo, no qual consiste, neste caso, a virtude, e que pode ser representada por José Benevides.

Dias Ferreira no seu *Elogio histórico do Visconde de Seabra*, proferido na antiga Associação dos Advogados de Lisboa, fazia grande apologia do Código Civil, prevendo que ele regeria durante séculos a nacionalidade portuguesa. Assim, para o ilustre comentador, o nosso Código era, como para Bigot Préameneu era o Código de Napoleão — arca santa digna de religioso respeito.

Cunha Gonçalves no seu *Tratado*, não poupa ao Código as suas censuras e os seus doestos, frequentemente exagerados e injustos, e rarissimamente lhe faz um encómio.

José Benevides, na conferência, que fez também na antiga Associação dos Advogados de Lisboa sobre *O direito privado social* (2) em 1896, dizia: — «De todos os códigos que conheço é este o melhor.

(1) Com esta admirável conferência do Prof. Doutor Barbosa de Magalhães iniciou a Ordem dos Advogados os seus trabalhos sobre a revisão geral do Código Civil. Não podia fazê-lo de forma mais auspiciosa. Publica-se o resumo da respectiva discussão na secção «Instituto da Conferência». (N. da R.).

(2) Publicado no vol. 11 de *O Mundo Legal e Judiciário*.

Simplesmente é relativo o ser melhor. Encontro em todos o mesmo critério individualista na regulamentação das relações de ordem económica, a mesma concepção do direito absoluto, a mesma noção absoluta de propriedade, a mesma noção de uma pretendida liberdade de contratar, que não existe. Enquanto os códigos das outras nações neo-latinas são influenciados pelo Código francês, de um modo directo, e a influência deste é enorme em todos os outros códigos posteriores, o nosso é o que a acusa menos, corrigindo-lhe em muitos pontos o casuismo e depurando nalguns a acção nefasta de reconstituição romanista dos seus primeiros comentadores. Ao passo que os outros copiam na distribuição das matérias a velha divisão das *Institutas* em pessoas, coisas e obrigações, o nosso código adopta uma divisão que é bastante como poder de sistematização lógica de um espírito, e que não é indiferente como facto no todo orgânico que, segundo a teoria clássica, um código deve ser».

Abel Andrade, em *A vida do direito civil* (1), achou sensatas estas considerações e sensatas são também mais algumas que ele próprio faz sobre o código.

Entre os panegiristas poderá colocar-se também José Tavares, que nos *Princípios fundamentais do direito civil*, publicados posteriormente aos Códigos Civis alemão, suíço e brasileiro, dizia : — «Nos confrontos dos diferentes sistemas de codificação do direito civil, o do nosso código é o que obedece a essa dedução mais lógica, e, além disso, tem a vantagem de dar uma perfeita ideia do conjunto da constituição e vida do organismo jurídico», e «também na sistematização das matérias, em cada uma das 4 partes do código, se observa geralmente uma ordem lógica, que permite facilmente relacionar umas com outras as diferentes instituições do direito civil»; e, embora, como não é de estranhar, lhe notasse alguns defeitos, considerava-o como um dos melhores monumentos da codificação do século 19.

Os mais jurisconsultos, que têm apreciado duma maneira geral o nosso código, têm-se mantido naquele virtuoso meio termo, em que me coloco também, rendendo aqui as minhas homenagens ao autor do projecto e à Comissão revisora, constituída por homens ilustres,

(1) Opúsculo IV, pág. 62.

dentre os quais é de justiça destacar Alexandre Herculano e Vicente Ferrer.

O autor do projecto, António Luís de Seabra, depois Visconde de Seabra, era um jurisconsulto filósofo, mais jurisconsulto do que filósofo. Em filosofia, além da sua formação jusnaturalista e de se ter deixado influenciar pelo sensualismo de Condillac e de Tracy, era um sequaz do sistema de Krause, então dominante em Portugal.

Como político era um liberal — pela liberdade combateu e sofreu o exílio; o seu espírito estava impregnado das doutrinas económicas e políticas da Revolução Francesa.

Era um individualista em política, em economia e, portanto, em direito.

As doutrinas ainda individualistas ou socialistas, quer de feição religiosa, ou espiritualista, quer arreligiosas, que surgiram na 1.^a metade do século 18, não o seduziram, nem demoveram, nem aos que com ele colaboraram na confecção do c. c., que não tem vestígios da influência dessas doutrinas, vindas da França, ou da Alemanha. A expressão — *direito social* — já era então empregada por alguns jurisconsultos da escola krausista, mas não tinha ainda o sentido próprio que mais tarde lhe foi atribuído.

O C. C. p. é, pois, um código de feição acentuadamente individualista, embora algumas das suas disposições fossem formuladas de forma a permitir certas restrições à liberdade individual, como as que derivam, não apenas da expropriação por utilidade pública e mesmo por utilidade particular, mas também das doutrinas do *abuso de direito e do não locupletamento à custa alheia*.

No entanto, houve quem, sem deixar de ter alguma razão, dissesse ser ele um *mosaico* (1) aplicando-lhe a expressão, que Vadalá-Papale applicara à generalidade dos códigos modernos; efectivamente, o Código Civil português sofreu as influências do direito canónico, do direito romano, dos jusnaturalismo do século XVIII, do liberalismo individualista da revolução francesa e das legislações e jurisprudências estrangeiras; mas não se pode deixar de reconhecer que o legislador português obedeceu a um critério científico e que, como disse o Prof. Jaime de Gouveia, nenhum dos sistemas filosóficos, que flores-

(1) Prof. Abel Andrade, *Comentário ao Cód. Civ. Port.*, t. 1.^o, introdução, pág. CLVII.

ceram no período de elaboração do Código Civil, informou o pensamento jurídico do legislador, apesar de não serem desconhecidos do Visconde de Seabra, que a alguns deles se refere no seu livro *A propriedade*, e deve acrescentar-se que no Código Civil já se fizeram sentir os importantes movimentos políticos e económicos, que se tinham produzido na Europa e na América durante a primeira metade do século 19 e designadamente o que se produziu em Portugal a partir de 1850, conhecido pelo nome de — *Regeneração*.

Além disto, o C. C. não é um diploma casuístico ; é um verdadeiro código, com princípios e normas de carácter geral e abstracto e que obedeceu a um plano original, diferente do do Código Civil francês até então seguido pelos outros códigos da Europa e da América e dos organizados por alguns notáveis jurisconsultos.

Se já durante a elaboração do Código se conheciam em Portugal as novas doutrinas filosóficas e sociais que lá fora, na França, na Itália e na Alemanha, foram surgindo, como sejam o socialismo e o positivismo, certo é que elas não exerceram desde logo a sua influência e, muito menos, no direito privado.

Só algum tempo depois, o positivismo e o socialismo tiveram adeptos entre os nossos jurisconsultos : — positivistas : os professores Teófilo Braga, Manuel Emídio Garcia, Henriques da Silva, António Cândido, Guimarães Pedrosa, Frederico Laranjo e Marnoco e Sousa e o advogado José Benevides ; — socialistas : os professores Teófilo Braga e Afonso Costa.

As alterações, que entretanto foram sendo feitas no Código Civil, eram de pouca monta, sem acusarem qualquer influência concreta, filosófica ou política, mas as ideias iam fazendo o seu caminho e, depois de 1889, foram-se introduzindo em Portugal as reformadoras da legislação civil sob o influxo do socialismo e da escola italiana do direito privado.

Em 1895, Afonso Costa, no seu belo livro *A igreja e a questão social*, defendendo as ideias da escola socialista colectivista (Benoit Malon), reclamava reformas em matéria de relações de família, de direito de propriedade e de protecção às classes trabalhadoras—ideias que continuou defendendo no seu livro *Princípios e escolas de criminologia moderna*, de 1896, e depois nas suas lições nas Faculdades de Direito de Coimbra e de Lisboa.

Também em 1895, Abel Andrade, na introdução ao *Comentário*

ao *Código Civil português* e, a seguir, de 1898 a 1899, nos seus opúsculos sobre *A vida do direito civil*, reclamava a reforma do Código Civil, baseando-se nas obras da escola italiana de direito privado e muito especialmente na de Cimbali, e também, nos ensinamentos da antropologia, da filosofia do direito e da sociologia, considerando o direito antropológico, evolutivo e social.

Em 1896, José Benevides, na conferência, que já citámos, reclamava também reformas da legislação civil, impostas pela tendência do «socialismo evolucionista», «que cresce e se define ao mesmo tempo que a reivindicação operária se avigora», e, acentuando que era à orientação da filosofia positiva que se deviam todos os progressos da sociologia propriamente dita e a nova orientação social do direito civil, com aplicação dos dados da psicologia, da economia, da antropologia e da estatística, proclamava a extinção do individualismo.

Referindo-se à corrente impetuosa das reivindicações operárias e à organização de forças socialistas, principalmente em França, dizia: — «São esta tendência da evolução social e este facto — a reivindicação económica e renovação filosófica, que o positivismo definiu —, os factores do meio em que se gera a tendência renovadora do Direito civil actual». E referindo-se também às doutrinas de Merkel, Dahn, Kirschman, Post e Petrone, sustentava ser a filosofia do direito uma ciência experimental e não ser essa orientação experimental nem a tentativa restrita de uma escola filosófica, nem a obra duma seita, mas a orientação científica de momento e a grandiosa e superior tendência de uma evolução.

E passava depois a propugnar concretamente certas reformas avançadas no direito de família, no direito das sucessões, no direito da propriedade e medidas de protecção às classes trabalhadoras.

Em 1901 foram reorganizados os estudos jurídicos na Universidade de Coimbra, mas essa reorganização foi de pouca monta; nela não tiveram repercussão as novas ideias sociais e reformadoras do direito privado; e por isso não evitou que continuassem as críticas que desde algum tempo se faziam ao ensino do direito, e a que responderam em 1907 Marnoco e Sousa e Alberto dos Reis no livro — *A Faculdade de Direito e o seu ensino*.

E nenhuma repercussão daquelas ideias se notou numa proposta

de lei para a reforma de alguns artigos do Código Civil, que foi apresentada em 1903.

Apreciada pela *Revista de Legislação e Jurisprudência* (1), que lhe apontou os erros e deficiências, não chegou tão mesquinha proposta a ser convertida em lei.

Proclamada a República em 1910, importantes reformas foram feitas no direito civil — tanto no direito de família, como no direito sucessório, como no direito de propriedade, sendo ainda de destacar os diplomas sobre o registo civil, sobre o inquilinato e sobre protecção aos menores abandonados e em perigo moral e pode dizer-se que com a lei dos acidentes de trabalho, em 1913, se iniciou entre nós a chamada legislação social, de protecção aos trabalhadores, e se deu o primeiro e sensível golpe na responsabilidade civil extra-contratual baseada no clássico conceito da culpa.

Criou-se neste mesmo ano a Faculdade de Direito de Lisboa e voltou então a falar-se na reforma do Código Civil, mas reforma profunda, em que ao direito individualista do Código se substituisse um direito social, havendo mesmo quem defendesse uma orientação socialista-colectivista. Esse alguém foi quem está agora aqui a cansar a vossa atenção; fê-lo na sua dissertação de concurso para a Faculdade de Direito de Lisboa sobre *Seguro contra accidentes de trabalho*; mas já antes, em 1896, quando frequentava o 3.º ano de direito, numa lição que deu sobre o Estado proprietário, industrial e capitalista, sustentou aquelas ideias perante o pasmo e indignação do respectivo Professor Assis Teixeira e o pasmo também de muitos dos seus discípulos.

Esse *atrevemento* teria concorrido para que, chegado ao fim do ano, o aluno não tivesse obtido a *distinção*, com que tinham sido galardoados os seus trabalhos nos dois primeiros anos e que voltou depois a alcançar.

Posteriormente, não obstante o Código Civil ter sofrido mais alterações e aditamentos do que os já indicados, e até em parte por isso mesmo, sucederam-se as reclamações de uma reforma total do Código Civil e de reformas parciais, tendo sido apresentados ao Parlamento alguns projectos e propostas de lei.

Entre aqueles projectos destacarei o que eu próprio apresentei

(1) Vols. 35, 36 e 37.

em 1921 (1) para que a sucessão legítima fosse limitada ao 4.º grau; dentre essas propostas, destacarei as que em 1923 foram apresentadas pelo então Ministro da Justiça Prof. Abranches Ferrão, uma autorizando o Governo a rever do Código Civil, Comercial e Penal e do Processo Civil e Comercial e outra contendo certas reformas sobre regimes matrimoniais de bens e tendentes algumas a colocar a mulher numa situação jurídica mais favorável (2).

Idênticas reformas foram reclamadas em 1924 no congresso feminista, que se realizou em Lisboa.

E não deve esquecer-se que em 1919 se promulgaram importantes diplomas extinguindo grande parte das restrições à capacidade civil da mulher, sobre matérias de águas e sobre responsabilidade civil resultante de acidentes causados por meios de transporte em circulação nas vias públicas, e que em 1927 foi remodelada a legislação sobre a propriedade literária e artística.

Em 1930 surgiu, com o decreto-lei n.º 19.126, uma reforma parcial do Código Civil, idêntica à proposta de lei de 1903; veio interpretar e alterar umas dezenas de artigos das várias partes do Código.

O seu 1.º defeito está logo no art.º 1.º, que enumerou esses artigos, sem dizer os que foram interpretados e os que foram alterados — o que tem dado lugar a discussões e a decisões divergentes.

Além desse e do outro fundamental defeito de ser uma reforma parcial, não resolveu outras muitas dúvidas, que na doutrina e na jurisprudência se tinham levantado sobre a interpretação e alcance de vários outros preceitos do Código, não actualizou devidamente alguns outros, adoptou algumas soluções francamente más e têm uma técnica defeituosa, tanto na redacção como pela triste ideia de, para manter a numeração dos artigos do Código, conter os *luminosos* preceitos dos art.ºs 312.º e 313.º, dispondo que as acções de interdição por demência e por prodigalidade serão propostas e seguirão nos termos da lei do processo.

A reforma foi criticada pelo Prof. José Gabriel Pinto Coelho

(1) *Diário das sessões da Câmara dos Deputados*, sessão n.º 63, de 17 de Maio de 1921, pág. 33.

(2) Nos *Diários do Governo* n.ºs 133 e 172, de 9 de Junho e 27 de Julho de 1923.

numa série de artigos publicados no *Diário de Notícias* (1) e o próprio autor do respectivo projecto—o notável advogado portuense Dr. António Pinto de Mesquita publicou um opúsculo a explicar a sua acção e a criticar algumas das alterações que no Ministério tinham sido feitas no seu trabalho e varrendo a sua testada quanto a alguns pontos (2).

Claro é que esta reforma e mesmo algumas alterações mais feitas ao Código não fizeram parar as reclamações e indicações para a sua reforma, que continuava a impor-se cada vez com mais força.

Logo em 1934, o Prof. Cunha Gonçalves, numa série de lições sobre — *Reformas necessárias da legislação civil e comercial portuguesa*, proferidas no Instituto de Altos Estudos, da Academia de Ciências de Lisboa, indicava algumas sobre direito da família, sobre contratos em geral e alguns contratos especiais e reclamava a solução dos problemas da radiodifusão e do cinema, além de outras relativas ao direito comercial.

Em 1940, o Dr. Fernando Pinto Loureiro, antigo Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, num livro sobre *Individualismo e anti-individualismo no direito privado*, constatando que nos últimos 150 anos têm surgido novos problemas, que não podem ser resolvidos dentro dos princípios tradicionais do individualismo jurídico-privado, conclui que o direito social é o prolongamento lógico e necessário do direito individualista, dizendo: — «O direito social é o direito individualista do século 20: eis o que a história nos ensina.»

Em 1942, o Prof. Marcelo Caetano, referindo-se em o *Direito* (3) ao novo Código Civil italiano, «onde, segundo diz, em muitos passos se manifestam tendências ou afirmações que pertencem iniludivelmente ao futuro próximo da Europa», lembra que se comecem os trabalhos para a reforma do Código Civil; e lastimando que o chamado Estado Novo não tivesse ainda definido uma filosofia jurídica que informe as suas leis e a aplicação deles, de modo a poder-se ultrapassar a fase da elaboração oportunista e das soluções de inspiração ocasional, afirmava que as tendências do Direito moderno são incontestável-

(1) Nos n.ºs de 31 de Dezembro de 1930 e de 3, 6, 9 e 14 de Janeiro de 1931.

(2) *Observações sobre a reforma do Código Civil*.

(3) Vol. 74, pág. 162.

mente de acentuação do seu carácter social e público, tendendo a diminuir as desigualdades económicas, a tornar efectiva a função social da propriedade privada, a organizar mais fortemente as actividades produtoras no plano nacional e a subordinar os interesses particulares aos gerais.

Teria o Prof. Marcelo Caetano ficado plenamente satisfeito com as directrizes dadas no relatório do decreto-lei n.º 33.908 e com os discursos proferidos pelo Ministro da Justiça na abertura dos anos judiciais de 1943, 44 e 45?

Em 1944, o Desembargador Renato Gonçalves Pereira, dissertando sobre *As Novas Directrizes do Direito Português*, numa comunicação apresentada ao Congresso luso-espanhol para o progresso das ciências (1), pelo que respeita ao direito civil, referiu-se ao casamento como instituição, ao novo conceito da propriedade, às teorias da imprevisão, da lesão enorme e de não locuplemento à custa alheia, às novas doutrinas sobre a integração das lacunas e a interpretação da lei, e à protecção da criança, dizendo que «a feição mais simpática do Direito Social é o culto da criança, expresso na notável declaração dos Direitos da criança adoptada pela Sociedade das Nações».

No mesmo ano de 1944 começou o juiz Temudo Machado a publicar na *Justiça Portuguesa* (2) uma série de artigos em que reclama a reforma do Código de harmonia com a nova orientação, que denomina de *socialização do direito*, dizendo, todavia, que por tal expressão quer apenas referir-se à acomodação e adaptação de certas disposições reguladoras de determinados institutos de direito civil de carácter social, que actualmente em certa medida revestem.

Entretanto, nomeada, por força do decreto n.º 31.884, de 8 de Janeiro de 1942, uma comissão encarregada de rever a legislação dos serviços jurisdicionais de menores, incumbiu-se da parte civil o Professor Pires de Lima, que, decorrido algum tempo e depois de o submeter a algumas revisões, entregou no Ministério da Justiça um projecto sobre filiação, poder maternal, tutela de menores, emancipação e maioridade.

(1) Publicada na *Justiça Portuguesa*, vol. 13, e na *Rev. de Dir. e de Estudos Sociais*, vol. 3.º.

(2) Vols. 11, 12, 13 e 14.

O Ministério confiou-o «a diferentes entidades julgadas capazes de fornecer sugestões úteis para o seu aperfeiçoamento», e convidou o Autor a prosseguir no estudo da revisão do direito da família.

Pouco tempo depois esse Prof. entregou um outro projecto sobre a constituição do estado de casado.

Também em 1942, foi o Dr. Pires da Cruz encarregado de redigir um projecto sobre divórcio, em que se tomassem em consideração os estudos ultimamente feitos entre nós a propósito de uns projectos de lei apresentados à Assembleia Nacional, mas que nunca chegaram a ser por ela discutidos.

Esse projecto, segundo nos informa o opúsculo sobre *A revisão geral do Código Civil*, do Presidente da respectiva Comissão, foi várias vezes revisto por nada menos de 4 Professores: Manuel de Andrade, Pires de Lima, Paulo Cunha e Vaz Serra e dessas revisões resultou — oh! maravilha das maravilhas! — um outro projecto sobre declaração de morte presumida! Naturalmente a do próprio projecto...

Esta história faz-me lembrar a apreciação de Beldemónio ao drama — *A morta* — de Lopes de Mendonça: — o título, disse ele, dispensa a crítica...

Não conhecemos esses projectos e não nos consta que tenham sido publicados.

Há ainda a mencionar três projectos sobre o contrato de locação — um do Dr. José Pinto Loureiro (1), especialista na matéria, outro do Prof. Alberto dos Reis (2) e outro do Dr. José Gualberto de Sá Carneiro (3).

Este último foi apresentado à Assembleia Nacional, em Novembro de 1947, tendo sobre ele recaído um parecer da Câmara Corporativa, que o substituiu por outro, que começou a ser discutido no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, mas que não chegou a ser votado, nem discutido pela Assembleia Nacional (4).

(1) Em *Temos jurídicos: Estudos. Pareceres. Jurisprudência*, pág. 23.

(2) Referido no opúsculo acima citado *A revisão geral do Cód. Civ.*, mas não nos consta que tivesse sido publicado.

(3) No *Diário das sessões da Assembleia Nacional*, n.º 68, de 24-12-1946, e no livro do Dr. Tito Arantes *Inquilinato, avaliações*, pág. 7.

(4) Os dois pareceres e o relatório apresentado no Instituto da Conferência estão publicados no livro *Inquilinato; avaliações*, acima citado.

Na legislatura seguinte, o Governo apresentou uma proposta de lei sobre expropriações, direito de superfície, propriedade horizontal e inquilinato, a qual foi convertida na lei 2.030, de 22 de Junho de 1948 (1).

Entretanto, em 4 de Setembro de 1944, o decreto-lei n.º 33.908, precedido de largo relatório, em que se reeditam, reforçando-as, as já tão conhecidas e repetidas, mas nem sempre justas críticas ao Código Civil, autorizou o Governo a promover a elaboração de um projecto de revisão geral do Código, podendo, para esse fim, nomear um ou vários jurisconsultos, ou uma comissão, bem como os colaboradores necessários.

Logo em 10 de Outubro seguinte, a portaria n.º 10.756 confiou o respectivo trabalho a uma comissão de jurisconsultos; essa comissão foi nomeada, tendo por presidente o Prof., que como Ministro referendou o decreto-lei n.º 33.906, e por vogais os Professores Manuel Andrade, Paulo Cunha, Galvão Teles e Pires de Lima, tendo também sido nomeado, como colaborador do Prof. Manuel de Andrade, o Prof. Ferrer Correia.

*

* *

Um dos problemas, que logo se apresentou ao autor do decreto-lei n.º 33.908, foi o do novo Código ser apenas de direito civil, ou abranger também as matérias de direito comercial; e no respectivo relatório fazem-se, a tal respeito, algumas afirmações, que merecem reparo.

Assim, diz-se aí que — «a existência do Código de Comércio ao lado do Código Civil é devida à época napoleónica», mas certo é que já muito antes o direito comercial tinha existência autónoma. Acrescenta-se que naquela época se pensava ser o mundo do comércio dominado por regras próprias e independentes e que esta ideia foi aceite sem resistências durante o século 19. Mas, salvo o devido respeito, além de que nos países anglo-saxónicos, não se reconhecia legislativamente a existência autónoma do Direito Mercantil, já no fim daquele século, em 1893, o grande comercialista Vivante proferia a sua conferência sobre a *unidade do direito privado* (2), que, embora

(1) Os trabalhos preparatórios desta Lei podem ver-se no mesmo livro acima citado *Inquilinato; avaliações*.

(2) Publicada em introdução ao 1.º vol. do *Tratatto di diritto commerciale*.

seguisse uma corrente já anteriormente estabelecida e de que faziam parte muitos jurisconsultos conhecidos, como Montanelli, Pisanelli, Elero Carle, Precerutti, Cimbali, Bolaffio, Mortara, Tartufari, Thaller, Endemamn, Dernburg, Munzinger, Molengraff e Teixeira de Freitas—, produziu, no mundo jurídico de então, uma impressão enorme.

E nessa conferência, entre outras muitas curiosas informações, Vivante diz-nos que, quando da revisão do Código Comercial holandês, os respectivos trabalhos ficaram interrompidos por se ter levantado discordância entre os vogais da respectiva comissão sobre se deviam conservar-se regras especiais relativas a comerciantes e actos de comércio.

Lê-se, a seguir, no relatório: — «Não é esta a ocasião de dizer se o nosso Código Civil englobará o direito comercial».

E em harmonia com este adiamento, o decreto-lei, depois de autorizar o Ministro da Justiça a promover os trabalhos de um projecto de revisão geral do Código Civil, acrescenta que o projecto poderá englobar o direito comercial; e, caso se julgue preferível manter um Código Comercial independente, será applicável à revisão do Código Comercial o disposto acerca da revisão do Código Civil.

Não quis, pois, o Governo resolver esse problema, nem nesse decreto-lei, nem na portaria que se lhe seguiu, pois nesta se disse que a comissão se ocupará, por enquanto, apenas de matéria de direito civil, ficando para decidir ulteriormente a posição a tomar quanto à questão da fusão ou separação das matérias actualmente contidas nos dois códigos.

Adiou-se, pois, a resolução definitiva, mas resolveu-se que provisoriamente se trate apenas da revisão do Código Civil.

Não descortino qual seja a razão do adiamento, com que não concordo, pois dele só pode resultar o inconveniente de se tornarem necessárias grandes modificações no projecto, se se vier a decidir a elaboração de um código único, e receio muito que o querer mais tarde evitar esse trabalho, que será difícil e melindroso, seja poderoso motivo para não dar ao problema a solução de fundir num só projecto as matérias de direito civil e comercial.

Mas, pois que o problema ficou para ser resolvido definitivamente mais tarde, não se sabe quando, não se poderá considerar inoportuna a contribuição, aliás modesta, que para ele vem trazer quem

completou no ano findo 50 anos de advocacia e durante perto de 30 anos foi professor de direito comercial.

Antes, porém, que entramos propriamente no assunto, seja-me permitido fazer algumas considerações sobre o decreto e portaria referidos.

*

* *

Começo por estranhar que o determinado na portaria não tivesse sido logo incluído no decreto e que se não tivesse feito logo a nomeação do presidente e vogais da Comissão. Tinha-se poupado a publicação dum diploma e a quem tivera a ideia de mandar proceder à reforma é que melhor competia o resolver o processo a seguir para a elaboração do projecto e a escolha da pessoa ou pessoas com capacidade para o desempenho desse encargo.

A portaria optou pelo processo de se nomear uma Comissão, mas não nos indicou os motivos por que o preferiu ao processo de incumbir dessa missão um só jurisconsulto.

A falta foi suprida pelo presidente da Comissão, no seu opúsculo já citado, por forma que não podemos considerar feliz; pois, começando por afirmar que as vantagens daquele 2.^o processo são evidentes, porque garante, como nenhum outro, a unidade formal e substancial do trabalho, depois diz apenas o seguinte, em que não há afirmações perentórias: «Onde, porém, já porque se pretende um projecto mais minucioso ou menos demorado, já porque se julga superior às forças de um só homem a elaboração de todo o projecto (o que implicaria a posse de vastíssimos conhecimentos em matérias que nem sempre são afins), não se considere possível a adopção daquele sistema, forçado será recorrer a uma comissão, como fizeram, entre outros países, a França, a Alemanha ou a Itália e se fez agora em Portugal».

A primeira hipótese — de se pretender um projecto mais minucioso ou menos demorado, não se compreende bem, porque falta o termo de comparação para esse *mais* e para esse *menos*; na 2.^a dá-se a indicar que não se encontrou um homem com as forças suficientes para a elaboração do projecto, que implicaria a posse de vastíssimos conhecimentos.

Sabendo-se que, se não sempre, pelo menos algumas vezes, se

tem seguido nas nossas Faculdades de Direito o sistema de o mesmo professor acompanhar o curso regendo cada ano as respectivas cadeiras e cursos por que estão repartidas as matérias do Código Civil, não pode deixar de se estranhar que o legislador, mesmo sem recorrer à *lanterna de Diógenes*, não encontrasse esse homem de forças.

De resto, há ainda a notar, não só que havia ainda um 3.º processo, que foi o empregado por Veiga Beirão para a elaboração do Código Comercial de 1888, como também que o sistema de ser o projecto elaborado por um só jurisconsulto foi o seguido entre nós quanto ao Código Comercial de 1833, quanto ao Código Civil actual, quanto ao actual Código de Processo Civil e, quanto ao futuro Código Penal.

Faço estas observações, mas, por minha parte, prefiro o processo da nomeação de uma Comissão, não muito numerosa, mas, em todo o caso, mais numerosa do que a que foi nomeada e está a funcionar, pois entendo ser imprescindível que dela façam parte magistrados e advogados, como se tem feito exactamente nos países mencionados pelo presidente da Comissão, que, no seu referido opúsculo, nos informa que o problema foi ponderado e nos dá as seguintes razões de se terem excluído os «homens da prática»: — «certamente não faltam magistrados ou advogados, cuja contribuição fosse útil: mas, além de que todos os professores nomeados exercem ou exerceram advocacia, pareceu preferível que todos os membros da Comissão tivessem uma formação aproximada para se salvaguardar, na máxima medida, a unidade da obra. De resto, seria difícil obter de um advogado com larga clientela a colaboração indispensável nesta fase. Acresce que o projecto, uma vez concluído, deverá ser submetido à apreciação de todas as pessoas ou organismos competentes e terá ainda de ser revisto».

Sinceramente digo que não me convencem estas razões.

A estreita ligação entre a teoria e a prática só pode ser conseguida pela estreita e contínua colaboração entre professores e, não só advogados, como também magistrados.

De se considerar difícil obter de um advogado com larga clientela a colaboração indispensável nesta fase dos trabalhos, se deduz que os ilustres professores nomeados e que ainda exercem a advocacia,

têm pouca clientela, o que é de sentir, francamente o digo, dada a sua muita e conhecida competência.

Mas não são só os advogados de larga clientela que podem contribuir eficazmente para a elaboração de um projecto de Código Civil, e nem sempre esses poderão dar eficaz colaboração, quer nesta, quer em outra fase dos trabalhos.

De resto, e além de que tal desculpa não abrange os magistrados nesta fase, em que o trabalho é feito principalmente no gabinete de cada vogal da Comissão, é que um advogado de larga clientela pode dar colaboração mais eficaz do que mais tarde nas demoradas reuniões de uma Comissão revisora.

E, quanto à formação aproximada, parece-me que todos, professores, magistrados e advogados, têm a mesma formação, todos são formados em direito...

*
* *

Entremos agora pròpriamente no estudo do problema da autonomia do direito comercial.

Surgido na 2.^a metade do século 19, tem continuado na tela da discussão, pode dizer-se, em todos os países, havendo sobre ele uma numerosíssima bibliografia, mesmo nestes últimos anos (1).

Entre nós, é que só há relativamente pouco tempo ele foi versado por alguns professores de direito comercial, divergindo as opiniões — Mário de Figueiredo (2) defende a autonomia de direito comercial com frouxos argumentos; Guilherme Moreira (3) e Cunha Gonçalves (4) combatem-na com argumentos valiosos; José Tavares (5) reproduz a afirmação do Ruggiero, que tem vindo a ser desmentida pelos factos, de que pode considerar-se definitivamente aceita, pela ciência e pela legislação, a divisão do direito privado em

(1) A bibliografia mais moderna pode ver-se indicada no artigo de Paolo Greco *Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, na *Rivista di diritto commerciale*, ano XLV, 1947, I, pág. 1.

(2) *Lições de direito comercial* coligidas, por Ed. Marques Ralha, 2.^a ed., 1937, pág. 13.

(3) *Instituições de direito civil*, vol. 1.^o, pág. 147.

(4) *Tratado de direito civil*, vol. 1.^o, pág. 74.

(5) *Princípios fundamentais do direito civil*, vol. 1.^o, pág. 110.

civil e comercial, mas não se pronuncia claramente sobre o problema (1).

Por minha parte, tenho sido a favor da fusão do direito privado e nessa posição continuo e por ela aqui venho pugnar.



Este problema — em que se põe em causa a divisão do direito privado — implica com este outro — a divisão do direito em público e privado; e poderá mesmo vir à baila o da unidade do direito.

Este último creio que se pode considerar hoje resolvido pela proclamação dessa unidade, mas ela não obsta a que, mesmo dentro do campo científico, se façam divisões, classificações, separações, que são, por vezes, vantajosas para o estudo da matéria, para a sua exposição sistemática e para o seu ensino.

Sim — o direito é uno; mas a sua divisão em público e privado tem sido e pode continuar a ser útil ainda durante algum tempo.

Assim o entendo, não obstante terem até agora falido todos os critérios e doutrinas para a estabelecer cientificamente e até sob o ponto de vista prático. E a dificuldade tem-se tornado cada vez maior, por que o direito público tem vindo cada vez mais a alargar o seu âmbito, não só ao lado do direito privado, mas invadindo os seus domínios. Tem sido e continua a ser uma verdadeira inundação.

Recordemos alguns dos campos do direito privado civil e comercial, que têm vindo a ser alagados pelo direito público:

Em matéria de direito da família, bastará notar que, no nosso país, ele está em parte constitucionalizado, pois a Constituição política, não só contém alguns princípios fundamentais, com que terá de conformar-se, se entretanto não forem modificados, a reforma do Código Civil, como ainda considera a família uma instituição de direito público, impondo-se ao Estado várias atribuições em ordem à sua defesa e atribuindo-lhe um direito público importante — o de eleger as juntas de freguesia.

(1) O Prof. José Gabriel Pinto Coelho, nas suas *Lições de dir. com.*, vol. 1.º, 1942, apresenta o direito comercial como um ramo do direito privado, mas não discute o problema da autonomia do direito comercial.

Há países onde se vai mais longe.

Noutros, em quase todos, a intervenção do direito público no direito da família toma outro carácter, ou outra direcção, mas é grande também — quando se tomam medidas tendentes a evitar o decrescimento da natalidade e até para a aumentar;—quando se exige, com maior ou menor rigor, o exame pré-matrimonial e se tomam legislativamente, ou se sustentam na literatura social e jurídica, outras medidas inspiradas pelo eugenismo; — quando se promulgam leis, como a francesa de 1943, sobre assistência à infância, a qual permite que os pais, que tenham filhos sem querer, os levem, desassombradamente, aos funcionários dessa Assistência para que, sem fazerem qualquer pergunta indiscreta, tomem conta deles; — quando se concedem os chamados abonos de família; — quando se põem a cargo de órgãos administrativos e jurisdicionais a protecção aos menores indigentes, abandonados ou em perigo moral; — quando esses órgãos se substituem aos pais no caso de indignidade e de incumprimento dos deveres inerentes ao exercício do pátrio poder; — quando o Estado impõe, não apenas a instrução obrigatória, mas uma educação por ele próprio dirigida e baseada em certos princípios políticos e sociais; quando tem lugar a tutela pública, exercida por órgãos do Estado, e quando mesmo na tutela, digamos, familiar, intervem a autoridade pública — o curador dos órfãos; e quando institui e regula o registo dos actos devidos ao estado civil.

E não tem faltado quem diga que o Estado herdou os antigos poderes do *pater-famílias*; quem considere o direito de família autónomo, separado do direito civil (Cicú, Ruggiéro e alguns autores alemães) e ainda quem o situe, não no direito privado, mas no direito público.

Em matéria de direito de propriedade, sendo esta geralmente, e até entre nós, constitucionalmente considerada função social, grandes são também as restrições e imposições do direito público: — pelo que respeita a expropriações por utilidade pública — pelo que respeita à requisição e ocupação de bens particulares pelo Estado, pelas autarquias locais e pelas pessoas colectivas de direito público; — pelo que respeita a servidões e encargos em prédios particulares também por utilidade pública, em nome da defesa militar, e em benefício dessas mesmas entidades e até de entidades de direito privado, que gozem de concessões de serviços públicos; —

pelo que respeita à proibição de certas culturas e do plântio de certas árvores; — pelo que respeita ao exercício, em prédios particulares, de indústrias perigosas ou insalubres; — pelo que respeita a restrições na exploração de certas espécies agrícolas, como a proibição da extracção da cortiça antes de atingir certa idade; — pelo que respeita a proibições, restrições ou condicionamentos no próprio uso e fruição dos prédios particulares, como, por exemplo, a restrição concernente à abertura de poços.

Além disto, a propriedade tem evoluído, durante o século 19 e o século actual, no sentido de se restringir o campo da propriedade individual e de se alargar o da propriedade colectiva — de sociedades, tanto puramente particulares, como mistas, isto é, em que o Estado, as autarquias locais e os institutos de direito público tem comparticipação no capital, de associações, fundações, sindicatos, grémios e do próprio Estado, das autarquias locais e daqueles institutos, sendo a intervenção do poder público cada vez maior nas relações de carácter privado resultantes da actividade que essas entidades exercem.

Em matéria de direito das obrigações, são total ou parcialmente regulados pelo direito público: — os transportes; as operações de bolsa; os seguros; os contratos de penhor; os depósitos nos armazéns gerais; o jogo; as lotarias; o exercício do comércio nos mercados e feiras; as sociedades comerciais, pelo que respeita à autorização prévia para a constituição de algumas delas, pelo que respeita à intervenção do Estado ou das autarquias locais na fixação de tarifas e noutros actos da respectiva exploração das que têm concessões de serviços públicos e pelo que respeita à fiscalização de todas, em geral; os espectáculos públicos, mesmo nas relações de carácter privado entre os empresários e os artistas; o mandato judicial; a exploração de hotéis e o contrato de hospedagem; as várias espécies de registo-civil, predial, comercial, de automóveis e aeronaves, de propriedade literária e artística, da propriedade industrial, marítima e de sociedades no Ministério do Comércio; o contrato de trabalho e todos os mais contratos, designadamente os colectivos, realizados pelos grémios, sindicatos e organismos de cooperação económica; em suma, o *dirigismo*, senão em todos, na generalidade dos contratos.

Não se devem esquecer os monopólios públicos e privados, as nacionalizações, que, num movimento irresistível, se tem estado a

fazer em numerosos países, o condicionamento quanto ao exercício de certas indústrias, o tabelamento de géneros alimentícios e de outras mercadorias, as proibições de importação e de exportação, as restrições e limitações impostas em matéria de construções, de funcionamento de oficinas e fábricas, e de higiene e estética nas casas de habitação.

Acrescente-se a tudo isto que até a circulação nas estradas e nas ruas das grandes cidades, quer por veículos, quer mesmo pelos peões, está sujeita a certas regras, que têm por fim salvaguardar a integridade física dos cidadãos e facilitar o trânsito, e ter-se-á um quadro, ainda incompleto, mas já bastante elucidativo, dá cada vez maior intromissão do direito público nas relações de carácter privado.

E note-se ainda que o direito processual interno, que era um dos ramos do direito privado, passou para o direito público. O direito processual internacional é que, por ora, continua, inconsequentemente, a pertencer ao direito internacional privado.

O quadro ainda não fica completo, mas a quem o quiser completar recomendo os livros de René Savatier — *Du droit civil ou droit public* e de Ripert — *Le déclin du droit*, cujo capítulo 2.º tem a epígrafe — *Tout devient droit public* (1).

De tudo isto me parece que resultará, num futuro não muito longínquo, uma outra arrumação dos fenómenos jurídicos.

Quando eu tirava o meu curso de direito na Universidade de Coimbra, de 1894 a 1899, estava na moda a classificação das ciências, pelo critério conteano da complexidade crescente e da generalidade decrescente, e por este mesmo critério se fazia a classificação das ciências sociais e a do direito, considerado fenómeno de garantia dos outros fenómenos sociais.

O sociólogo belga De Greef e os professores portugueses Emídio

(1) Podem consultar-se ainda as numerosas obras citadas por Villar y Romero no artigo *La transformación del derecho privado en derecho publico*, publicado na *Revista de Derecho Privado*, de Madrid, t. 27, 1943, n.º 315, pág. 411.

Garcia e Afonso Costa formularam classificações, que ficaram esquecidas quando aquela moda passou (1).

A velha divisão do direito em público e privado e a deste em civil e comercial continuaram, embora continuamente sacudidas pelo vendaval da crítica; mas, recentemente, o célebre professor alemão Hedemann (2), propulsor do decantado Código do Povo alemão, que regularia relações civis e comerciais, veio ressuscitar um novo ramo de direito, que figurava naquelas três referidas classificações: — o *direito económico* — o direito da economia política, constituído pelo conjunto de conceitos, em que a vinculação da economia à comunidade nacional encontraria a sua expressão jurídica, e tendo por fundamento a necessidade de submeter a economia a uma ordem planificada, que só pode obter-se com as armas, que o direito fornece.

Este direito económico, superando a distinção entre o direito público e privado, abrangeria quase todo este e grande parte daquele.

Não me repugnaria admitir este novo ramo de direito, se se fizesse uma completa classificação dos fenómenos jurídicos, o que me parece ainda prematuro.

Entretanto, não compreendo bem, apesar da explicação de Garrigues (3), como é que poderiam subsistir como autónomos esse direito económico e o direito comercial, quando este não poderia deixar de estar compreendido naquele, sendo uma das suas sub-divisões, e tenho para mim que a manutenção, para certos fins, da clássica divisão do direito em público e privado, será, por ora, conveniente e necessária, ao passo que a divisão do direito privado em civil e comercial, além de injustificada e injustificável, é desnecessária e inconveniente.

Considero inadmissível cientificamente, e mesmo pragmática-

(1) Podem ver-se expostas em De Greef, *Introduction à la sociologie*, t. 1.^o; Dr. Manuel Emídio Garcia, *Apontamentos de algumas prelecções* coligidas por Alípio Camelo e Abel Andrade, 1893, pág. 34; *Lições de organização judiciária*, por Afonso Costa, 1897, pág. 6 e 7; *Apontamentos das prelecções do Dr. Afonso Costa sobre ciência económica e direito económico português*, 1896, págs. 44 a 75; Cunha Gonçalves, *O problema da codificação*, págs. 55 e segs.

(2) *El derecho economico* (trad.), na *Revista de derecho privado*, de Madrid, vol. 27, 1943, pág. 278. Nesta mesma Rev. e vol. se pode ver um estudo sobre a vida e obra do Prof. Hedemann pelo Prof. Antonio Polo.

(3) *Tratado de derecho mercantil*, I-1, pág. 45.

mente, constituir um ramo autónomo de direito quando se lhe não podem atribuir essenciais características peculiares, quando não tem princípios gerais próprios, e quando nem doutrinal nem legislativamente se podem precisar os seus limites.

*

* *

A afirmação de que o direito comercial é um dos ramos do direito privado, diferente do direito civil, implicitamente implica esta outra: — que ele tem elementos distintivos, característicos, próprios.

E, efectivamente, os partidários dessa separação os têm indicado.

A doutrina clássica apontava os seguintes: — *universalidade, cosmopolitismo e simplicidade*.

Para mostrar a inexistência dos dois primeiros, bastará lembrar que o Código Civil francês foi adoptado em numerosos países, serviu de modelo, seguido de perto, em alguns outros e foi fonte próxima e abundante em outros mais. Mas deve acrescentar-se que os diplomas internacionais uniformizando o direito de instituições ou estabelecendo normas para a decisão de conflitos de leis têm recaído tanto em matéria comercial como civil.

Quanto à simplicidade das formas jurídicas, tem-se assistido à sua adopção relativamente a alguns contratos de natureza civil, ao mesmo tempo que se tem exigido mais formalidades para certos contratos de natureza mercantil; — bastará lembrar que, pela nossa legislação, as sociedades comerciais, excepto a conta em participação e a parçaria marítima, quando adoptar essa forma, têm de ser constituídas por escritura pública, e por escritura tem de se celebrar o arrendamento de prédios para estabelecimentos comerciais e industriais.

Postas de lado essas características, outras foram indicadas modernamente: — o de ser o direito comercial — equitativo, costumeiro, dúctil e progressivo.

Mas a equidade, que em algumas legislações é aconselhada ou permitida aos juizes, tanto pode ser aplicada no direito civil como no comercial.

No nosso antigo Código de Processo Comercial proclamava-se: — «o juízo comercial é essencialmente um juízo de equidade», mas essa

proclamação, que foi justamente criticada pelo falecido juriconsulto Dr. José Maria Barbosa de Magalhães, no 3.º volume da 3.ª edição do *Código de Processo Comercial Anot.* — crítica essa recordada no relatório do decreto-lei n.º 21.594, de 29 de Setembro de 1932, que extinguiu os tribunais comuns de comércio —, foi desprezada pelo actual Código de Processo Civil, que abrange, como se sabe, não apenas o antigo processo civil, mas também o antigo processo comercial.

Se neste Código se encontram preceitos mais ou menos equivalentes, como sejam os do art.º 655.º e 1.449.º, são eles aplicáveis tanto em matéria comercial como civil. E, já antes, a *Rev. de Leg. e Jur.* (1) aconselhava os juizes a «julgar as causas comerciais como as civis, conformando-se com as disposições da lei e nunca desprezando esta a título de uma suposta equidade, que não seria mais que o arbítrio do julgador».

Todavia, pelo art.º 2.º do dec. de 27 de Maio de 1911, ainda em vigor, as Tutorias de Infância, que aplicam normas reguladoras de relações familiares, são tribunais essencialmente de equidade.

Costumeiro era-o, em verdade, o direito comercial na primitiva fase da sua evolução, como o foi também o direito civil, mas mesmo em época mais adiantada, em alguns países, como a Inglaterra, tão costumeiro era um como o outro.

Depois, o costume foi cada vez mais perdendo importância, quer como fonte directa do direito mercantil, quer como seu subsidiário. Sem ir ao extremo, a que chegou Vivante em 1930 (2), de considerar os usos como uma fonte arcaica, de relegar para um museu, pode afirmar-se, no entanto, que, actualmente, a diferença, aliás puramente qualitativa, é bem pequena já, e, como nota Ascarelli (3), talvez hoje os costumes efectuem no *direito agrário*, uma função maior do que no direito comercial.

As fontes formais do direito comercial são as mesmas do direito

(1) Vol. 37, pág. 70.

(2) *I contratti tipo nell'ordinamento fascista*, apud *Commercio*, 1930, n.º 10 e 11; pág. 3, citado por Alberto Asquini, *L'unità del diritto commerciale i moderni orientamenti corporativi*, in *Studi di dir. com. in onore de Cesare Vivante*, vol. 2.º, pág. 523.

(3) *A evolução do direito comercial. A unificação do direito das obrigações*, na *Revista de direito comercial*, do Rio de Janeiro, vol. 11, págs. 15 e segs., *signanter* pág. 36.

civil — a lei e o costume. Num e noutro, os usos legislativos só são de aplicar quando a lei expressamente o determine; e, quanto aos usos interpretativos, ou integradores das lacunas da lei, tanto podem aplicar-se em direito civil como em direito comercial.

Quanto à ductilidade e à progressividade, também só quantitativa é a diferença entre um e outro.

Dúcteis, maleáveis, devem ser, tanto quanto possível, as normas de direito substantivo, para permitir ao julgador, sem violação da sua letra, applicá-las a novos factos e satisfazer novas necessidades.

Progressivo é todo o direito. Um ramo de direito pode, em certa época, progredir mais de que qualquer outro e todos os ramos do direito tem as suas épocas de estabilidade, de estagnação, de crise e de desenvolvimento.

Se a evolução do direito comercial desde a idade média se produziu mais acentuada e aceleradamente do que a do direito civil, certo é que, antes, fora este que em Roma progredira extraordinariamente, muito mais do que o direito comercial, ainda então sem existência autónoma. E, nos últimos tempos, todas as instituições jurídicas, tanto de direito privado, como de direito público, tanto de direito interno, como de direito internacional, têm passado por profundas remodelações.

Os conhecidos livros de Duguit — *Les transformations du droit public* e *Les transformations du droit privé* — que ainda não têm 30 anos, estão absolutamente atrasados.

O nosso Código Comercial de 1888, embora muito mais novo do que o Código Civil, também já está tão envelhecido como ele, e tanto um como outro de há muito necessitam de reforma. Os respectivos ramos de direito têm progredido ambos através de numerosos e importantes diplomas e, se, em verdade, o direito comercial fosse mais progressivo que o civil, menos se justificaria que entre nós se faça a reforma do Código Civil e se deixe para mais tarde a do Código Comercial.

Vem a propósito notar que no nosso Código Comercial actual, o livro 4.º, sobre falência, já foi todo revogado e substituído por várias vezes, estando agora as respectivas disposições incorporadas no Código de Processo Civil, e que o livro 3.º, sobre o comércio marítimo, já foi objecto de um projecto de reforma, que, elaborado há já alguns anos pela Comissão Permanente de Direito Marítimo

Internacional, dorme o sono dos justos em alguma sepulcral gaveta ministerial—o que prova que nem sempre o direito mercantil é tão progressivo como o pintam...

Mas, além desta indicação de elementos, que se dizem característicos do direito mercantil, vários argumentos têm sido aduzidos para sustentar a sua autonomia.

Há, em primeiro lugar, o argumento derivado da história:—o direito comercial, na idade média, separou-se do direito civil e constituiu-se como ramo de direito independente por força da sua natureza peculiar e da necessidade de regular por forma especial as relações comerciais, facilitando o exercício da actividade mercantil e impulsionando a sua expansão.

Mas o direito comercial, que, ao princípio, era caracterizadamente subjectivo, um direito profissional, o direito dos comerciantes, foi evoluindo no sentido de se tornar um direito objectivo, não apenas dos comerciantes, mas do comércio, abrangendo nas suas malhas todos os que estabeleciam relações comerciais, primeiramente apenas com os comerciantes e depois com quaisquer pessoas; e mais:—passou a regular os actos de comércio, fossem quais fossem as pessoas que os praticavam, acrescentando-se às categorias de actos objectivos e subjectivos a dos actos de comércio unilaterais ou mistos e a dos actos de comércio — *pela teoria do acessório*.

Além deste enorme alargamento do âmbito do direito comercial, outro não menor se foi dando também, abrangendo actos de outras indústrias além da comercial, a da pesca, a mineira e a transformadora.

Os limites entre o direito comercial e o civil foram-se assim alterando no sentido da comercialização de muitos actos da vida civil!

A vida civil está hoje tão intimamente ligada à vida comercial, uma e outra interpenetram-se tanto que é impossível separá-las.

Comprando géneros alimentícios, objectos de vestuário, ou móveis ou utensílios para a sua casa, metendo-se num eléctrico, ou num taxi, indo tomar qualquer coisa a um estabelecimento de bebidas ou a uma casa de chá, indo ao cinema ou ao teatro, o cidadão, embora não seja comerciante, pratica continuamente actos de comércio.

Se precisa de dinheiro e aceita uma letra, se vai obter dinheiro de uma casa de penhores, se vai a uma companhia de seguros segurar

os móveis da sua casa ou a sua vida, se vai ao alfaiate mandar fazer um fato, ou ao sapateiro encomendar ou comprar um par de sapatos, se vai a um desafio de futebol a uma tourada, a um concerto musical, pratica continuamente actos de comércio.

Se vai depositar as suas economias num banco, se vai receber um cheque, se toma lugar num vapor para ir a Cacilhas, ou num comboio para ir a Cascais ou num avião para ir ao Porto, a Paris ou ao Rio de Janeiro, se vai tirar o retrato, se dá de arrendamento um prédio ou parte dele para instalação de um estabelecimento comercial, se mete um filho no colégio, continuamente pratica actos de comércio.

Se se lembra de comprar qualquer coisa, não para seu consumo ou de sua família, mas para revender, se compra ou vende uma acção ou uma obrigação de uma companhia, se pelo caminho de ferro, ou por uma camioneta, ou por um navio, envia uma encomenda para qualquer parte, se toma de aluguer uma bicicleta, se compra um livro, ou mesmo um jornal, pratica actos de comércio.

Se faz um contrato de empreitada com uma empresa para a construção da sua casa de habitação, se, tendo de ir para fora do país, comprar dinheiro estrangeiro, ou mesmo se comprar moedas portuguesas de ouro, se, para servir um parente ou um amigo, puser a sua assinatura como fiador numa letra, se aceitar um cheque em pagamento de qualquer dívida civil, se emprestar dinheiro a um comerciante, em nome individual ou colectivo, pratica actos de comércio.

Se compra um ou mais imóveis para revender, se contrata com uma companhia fornecedora de água ou de gás e electricidade, se vende a edição de um livro, ou o manda compor e imprimir e pôr à venda, pratica actos de comércio.

Esta enumeração, aliás incompleta, é bastante elucidativa no sentido de patentear a interdependência e interpenetração das relações civis e comerciais, que impõem a sua unificação jurídica, quer doutrinal, quer legislativamente.

Aquele fenómeno da comercialização de actos da vida civil foi-se realizando quer porque passaram a ser comerciais actos que antes eram civis, operando-se assim uma invasão do direito civil pelo direito comercial, quer porque muitos actos, que pela lei eram comerciais, passaram a ser praticados na vida civil, e aqui o fenómeno tem

sido de apropriação, pela vida civil, de actos até então do domínio da lei comercial:— e, assim, por exemplo, muitos empréstimos de natureza civil, entre indivíduos não comerciantes, passaram a ser representados por letras, pagamentos de dívidas civis passaram a ser feitos por cheques, sociedades civis adoptaram formas comerciais e passaram a ser sujeitas às disposições da lei comercial, excepto as relativas à falência, mas esta foi, nalgumas legislações, tornada extensiva aos não comerciantes, e noutras, como a nossa, instituiu-se para eles a insolvência, instituto idêntico, quase inteiramente regulado pelas mesmas disposições.

Acrescente-se a tudo isto que várias normas do Código Comercial têm sido, por analogia, applicadas a matérias civis:— as dos art.^{os} 97.^o, 467.^o e 469.^o, entre outros, e que tanto a propriedade literária e artística como a propriedade industrial abrangem matéria civil e comercial.

Assim se foram alargando os limites do direito comercial, e confundindo-se com os do direito civil e se foram atenuando as diferenças entre um e outro.

Se em certa altura da evolução económico-jurídica houve factores importantes a impor a sua separação, desde algum tempo para cá têm-se acumulado factores no sentido de impor a sua fusão.

O argumento, que da história se pode tirar, é, pois, contrário à autonomia do direito comercial. E adiante mostrarei ainda como as tendências legislativas são no mesmo sentido.

Apresenta-se também, como fundamento dessa autonomia, a necessidade de distinguir os comerciantes dos que o não são.

Todavia, para fazer tal distinção, não se faz mister de um direito só para eles comerciantes, nem actualmente isso seria admissível, embora possa e deva haver preceitos peculiares ao exercício da profissão de comércio, como os pode e deve haver, e há, peculiares ao exercício de outras profissões.

Mas a distinção entre comerciantes e não comerciantes, mesmo sem falar nos chamados *comerciantes milicianos*, nos que exercem o comércio sem capital e sem estabelecimento, com o dinheiro dos outros, às esquinas das ruas, ou nos passeios das praças, ou nos cafés, e sem falar nos que operam no *mercado negro*, tem-se tornado cada dia menor, e porisso mais difícil de fazer.

O argumento é tão fraco que não pode manter-se em pé.

Não é mais forte, mas é mais interessante, o que consiste nesta outra diferença assinalada entre os dois direitos comercial e civil: — aquele é individualista; este é socialista, ou melhor, para não amedrontar as pessoas timoratas em questões sociais, de carácter acentuadamente social.

Mas que o direito civil se socialise é, como vimos, reclamação que vem de longe e que actualmente tem sido repetida em todos os tons, desde os tons graves das pessoas remediadas até aos tons agudos, das pessoas necessitadas.

O difícil é determinar até onde há-de ir o — *acentuadamente social*; mas as dúvidas, as dificuldades, as discussões e lutas aparecem tanto na regulamentação das relações civis, como na das comerciais.

Ir até onde? O individualismo está ultrapassado definitivamente. O socialismo, a que distância está?

Os mais prudentes ponderam — depende a solução das tradições, do carácter e das condições económicas de cada povo.

Mas eis que o povo de tradição e carácter mais afincadamente individualistas — o inglês — é um dos que actualmente vai à frente no caminho das socializações.

Que dizem a isto os mais prudentes?

Mas esse geral e irresistível fenómeno da *socialização* deve ser acompanhado da libertação da pessoa humana — libertação da tirania, da miséria e do medo — e da sua dignificação.

Dispondo-se a sofrer restrições à sua liberdade, para que a colectividade lhe proporcione um mais elevado nível geral de vida e mais e melhores meios de conseguir o seu pleno desenvolvimento moral, intelectual e material, o homem não pode, nem deve, todavia, perder os seus fundamentais e essenciais direitos, sem os quais esse nível de vida e esse desenvolvimento não poderão existir.

*

* *

Rebatidos os fundamentos invocados para sustentar a autonomia do direito comercial, é caso para perguntar aos sustentadores: — têm mais alguma coisa a alegar em sua defesa, em defesa da sua tese?

Em 1893, o grande comercialista Vivante, o vivificador do direito comercial na Itália — país onde, pode dizer-se, esse direito nasceu — fez a sua já acima aludida conferência sobre — *a unidade do direito*

privado —, que deu brado nos meios científicos, estando ainda de pé, a meu ver, os seus proficientes e criteriosos argumentos e considerações.

Todavia, e não obstante ainda a autoridade incontestada do Mestre, nem todos se convenceram; a discussão do problema continuou, mas tomou uma feição mais científica.

Um outro comercialista notável, Alfredo Rocco (1), destacou-se pela maneira como encarou o problema, dando-lhe aliás solução oposta.

Para descer à substância das coisas, diz Rocco, é preciso verificar se no âmbito das relações económico-privadas existe uma categoria de relações que necessite de uma disciplina jurídica especial, e, ao menos em grande parte, diversa. É preciso, portanto, ver:

1.º — qual seja a estrutura da indústria comercial propriamente dita e quais as exigências, que ela põe ao direito e que determinaram a formação dum direito especial;

2.º — se, actualmente, a uniformidade da vida económica atingiu tal grau que as exigências antigamente próprias da indústria comercial se tornaram comuns a todas as relações económico-privadas.

A análise, ainda que superficial, do fenómeno económico do comércio dir-nos-á o que exige a indústria comercial da legislação, para que possa desenvolver-se convenientemente, mostrando-nos quais as características que deve ter um ordenamento jurídico, que pretenda favorecer esse desenvolvimento.

A indústria comercial, continua o ilustre jurisconsulto, reclama do direito:

a) — a maior simplicidade de forma na constituição das relações jurídicas,

b) — a mais eficaz tutela do crédito».

Quanto a essa maior simplicidade, já acima disse o bastante para a destituir da categoria de característica do direito comercial.

Quanto à tutela do crédito, tendo que ela deve ser e pode dizer-se que é tão eficaz nas relações civis como nas comerciais.

Para só falar na nossa legislação, lembrarei: — que os preceitos do Código de Processo Civil sobre tal matéria são aplicáveis tanto às relações de natureza comercial como às de natureza civil; — que

(1) *Princípios de direito comercial* (trad. port.), págs. 61 e segs.

foi estabelecida a insolvência como instituição correspondente à falência dos comerciantes; — e que a taxa legal do juro é a mesma no direito civil e no comercial, sendo de notar que a disposição relativa à taxa de juro em matéria mercantil está no § único que o decreto n.º 19.126 aditou ao art.º 720.º do Código Civil. Pelo Código Civil italiano de 1942, a taxa de juro é também a mesma tanto em direito civil como em direito comercial.

O termo de *graça* que, segundo algumas legislações, o julgador podia conceder em matéria civil, que não em matéria comercial, foi totalmente abolido naquele código italiano. Como é sabido, na legislação portuguesa, nem na civil, nem na comercial, é concedida essa faculdade ao juiz.

Depois de formular outras considerações, Rocco concluía que era prematuro afirmar então que as exigências da indústria comercial se tenham feito sentir, não só em algumas, mas em todas, ou na grande maioria das categorias de relações económico-privadas, e que não era possível prever se isso viria a suceder: — a questão, dizia, depende do arranjo económico da sociedade futura. Se se acentuar a tendência para a socialização e estadualização dos meios de produção, então, mais do que de direito civil e de direito comercial, se deverá falar de absorção, pelo menos parcial, dum e doutro por parte do direito administrativo. Em qualquer caso, a unidade do direito privado não pode ser o efeito de um acto de autoridade do legislador, mas deverá resultar da homogeneidade, que ninguém poderá dizer se virá a resultar da ulterior evolução da vida económica.

Duma maneira geral concordo com estas considerações, mas vou mais longe, pois me parece que há elementos para afirmar que a organização económica da sociedade se vai transformando no sentido da maior socialização dos meios de produção.

É difícil prever o futuro, mas há a previsão empírica e a previsão científica. A previsão científica incumbe aos homens de ciência, que, em harmonia com os dados por esta fornecidos, formulam doutrinas, fundam escolas e dão lugar à formação de partidos políticos, que pretendem pôr em execução essas doutrinas.

Evoluindo a organização económica naquele sentido, claramente que a evolução do direito se fará, alargando-se o direito administrativo à custa do direito civil e, principalmente, do direito comercial; e então menos fundamento haverá para essa divisão do direito privado.

Também Rocco tem razão ao afirmar que a unificação não pode resultar dum acto do legislador, mas sim da forma como a evolução se for produzindo, pois não é por leis e decretos que se adaptam os fenómenos sociais à nossa vontade.

Mas é certo que o legislador bem pode — e mesmo lhe cumpre, por vezes — influir na evolução dos fenómenos sociais, retardando-a, ou acelerando-a, e orientando-a dentro de certos limites.

Diz ainda Rocco :

«Afirmada a razão de ser do direito comercial como um complexo autónomo de normas, não está ainda demonstrada a autonomia do direito comercial como ciência.

«Para que um corpo de doutrina tenha razão de existir e seja considerado como ciência autónoma, é necessário e suficiente :

— que seja bastante vasto, a ponto de merecer um estudo adequado e particular ;

— que contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informadores doutras disciplinas ;

— que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objecto das investigações».

Vejamos se estes elementos se verificam no direito comercial para que ele possa ser considerado como ciência autónoma.

Quanto ao 1.º, há a notar que o direito comercial abrange mais ou menos matérias, segundo as diversas legislações. Mas mesmo supondo-o constituído pelas geralmente abrangidas pelos seus quadros e que, portanto, este 1.º elemento se verifica, há que ver se se verificam também os dois restantes, pois é necessária a cumulação dos três. E dos três é este 1.º o menos importante.

Quanto ao 2.º, o próprio Rocco sentiu a dificuldade de indicar os princípios gerais do direito comercial, mas mencionou os seguintes : a) «o dinheiro presume-se sempre frutífero ; b) as obrigações presumem-se sempre contraídas solidariamente ; c) nenhuma prestação se presume gratuita ; d) a prova em matéria comercial é livre ; e) são válidos os contratos a favor de terceiros».

O princípio de que o *dinheiro é sempre frutífero* não está consignado na nossa legislação comercial, como o não está em outras

legislações mercantis; ao contrário, pelo art.º 102.º do nosso código, só são devidos juros quando convencionados ou nos casos especiais fixados na lei.

A consignar-se legalmente esse princípio, terá de ser tanto no direito comercial, como no civil, e assim se estabeleceu no Código Civil italiano de 1942 (art.º 1.282.º).

O princípio de que nas obrigações conjuntas a solidariedade passiva se presume, também não é privativo do direito comercial, como se vê dos seguintes factos, dentre muitos outros:

a) — pelo antigo código da Prússia, como pelo Código Civil alemão, art.º 427.º, esse princípio aplica-se também em matéria civil;

b) — no Código suíço das obrigações (art.º 143.º), como no projecto do Código franco-italiano das obrigações (art.º 130.º), a solidariedade passiva nem em direito comercial nem em direito civil se presume;

c) — como dizem Planiol e Ripert (1), se a situação dos devedores solidários é legalmente a excepção, de facto pode ser considerada como a regra, pois que, sendo a solidariedade entre devedores a mais forte garantia pessoal e o mais poderoso meio de crédito, o credor não deixa de a estipular, não só quando contrata com muitos devedores, mas também quando, tratando com um só, pede uma fiança;

d) — o Código Civil italiano de 1942 consignou o princípio de que a solidariedade passiva se presume tanto em direito comercial como em direito civil (art.º 1.294.º) e dispôs que, tanto num como noutro, o fiador é obrigado solidariamente com o devedor principal ao pagamento da dívida (art.º 1.944.º); e,

e) — sem necessidade de discutir agora se o princípio de que a solidariedade passiva se presume deve ou não estender-se às relações civis, sempre direi que, entre os fundamentos expostos no relatório do Ministro da Justiça italiano, citado no opúsculo do Presidente da Comissão portuguesa encarregada de elaborar um projecto de Código Civil, e os que, segundo informa o mesmo opúsculo, adoptou essa comissão para não seguir tal doutrina, me pronuncio abertamente a favor daqueles.

(1) *Traité pratique de droit civil français*, vol. 7.º, pág. 371.

O princípio de que *nenhuma prestação se presume gratuita* já começou a ter aplicação em direito civil e a tendência é no sentido de ser ela cada vez maior, como o demonstrou Josserand numa notável conferência, que fez na Faculdade de Direito de Lisboa (1).

No Código Civil italiano de 1942, o princípio foi total ou parcialmente posto de lado em relação aos contratos de mandato, de empréstimo e de depósito.

O princípio da *liberdade da prova*, ou melhor, o princípio de que o tribunal julga os factos alegados pelas partes com liberdade de critério e de apreciação, se estava consignado na legislação italiana, não o está noutras legislações; e outras há como a portuguesa, em que ele vigora tanto para as questões comerciais como para as civis (Código de Processo Civil, art.º 655.º, 791.º e 1.449.º). E no próprio Código de Processo Civil italiano de 1940, art.º 116.º, para umas e outras ele está também consignado.

O princípio — se princípio é — da validade dos contratos a favor de terceiros é tanto de direito comercial como de direito civil. Está expressamente consignado, por exemplo, no Código Civil alemão, art.º 328.º, e no Código Civil brasileiro, art.º 1.098.º, e entre nós, no intuito de evitar dúvidas a tal respeito, se estabeleceu na nova redacção dada pelo decreto 19.126 ao art.º 646.º do Código Civil que — «o cumprimento dos contratos feitos em benefício de terceiros pode ser exigido pelos beneficiados».

Não há, pois, princípios gerais de direito comercial, isto é, que sejam próprios e exclusivos dele.

Ao contrário todos os grandes princípios dominadores do direito privado são comuns à matéria civil e comercial: — o da igualdade da lei; o da sua não-retroactividade; o da não-invocação da sua ignorância ou do seu desuso; o da sua aplicação restrita quando faça excepção às regras gerais; os relativos à interpretação da lei e dos negócios jurídicos; os relativos ao ónus da prova; o da autonomia da vontade; o da boa fé; o do não locupletamento à custa alheia; o do abuso de direito; o da lesão enorme; o de estado de necessidade; o da teoria da imprevisão; os da responsabilidade civil contratual e extra-contratual; o de ser a propriedade uma função social; e, no

(1) Publicada no livro *Évolution et actualités*.

restrito âmbito do nosso direito civil, os consignados nos art.^{os} 13.^o, 14.^o, 15.^o, 692.^o e 695.^o do Código todos são de aplicar em matéria comercial.

Excepções a todos ou a alguns deles tanto as há, ou pode haver, em maior ou menor quantidade, ou de maior ou menor importância, em matéria comercial como em matéria civil.

Quanto ao terceiro elemento, Rocco diz que «o estudo científico do direito comercial implica investigações de 4 ordens:

a) — o estudo técnico e económico das relações sociais por ele reguladas;

b) — o estudo histórico-comparativo;

c) — o estudo exegético das normas; e

d) — o estudo sistemático dos princípios do direito comercial, da sua coordenação com as normas e princípios gerais de todo o direito positivo.

Rocco conclui que o direito comercial tem um método próprio e, portanto, possui o terceiro elemento necessário para ser considerado como ciência autónoma.

Ora não parece que o direito comercial deva ter um método diferente, pois tanto ele como o civil, e até os outros ramos de direito, têm de ser estudados sob todos os aludidos aspectos.

Sobre os três últimos nenhuma dúvida pode haver; sobre o primeiro — o técnico e económico — que Vivante e Rocco consideraram indispensável, e com razão, no estudo do direito mercantil —, é que, à primeira vista, pode parecer que é próprio dele.

Mas não é assim; no direito civil também há institutos, cujo estudo científico tem de ser feito sob o aspecto técnico e económico, como o das sociedades, o do usufruto e outros, que tanto podem ser comerciais como civis, e pode considerar-se doutrina assente que só o estudo aprofundado dos factos sociais permite conhecer devidamente a significação e alcance gerais das instituições jurídicas — é, afinal, a *jurisprudência dos interesses*, sendo bem entendido que esses interesses não são apenas nem materiais nem individuais e que este método abrange o recurso à história e ao direito comparado.

Quer dizer: — o método para o estudo do direito comercial é o mesmo que para o estudo do direito civil. Já o reconhecia o notável comercialista Thaller, na sua lição sobre o método em direito comercial, pronunciada no Collège Libre des Sciences Sociales, em

1910 (1), dizendo que esse método é o da observação, o construtivo — *jurisprudência de conceitos* — e o exegético, interpretativo dos textos.



Últimamente, na Alemanha e na Itália, talvez no intuito de acentuar a autonomia do direito comercial e certamente para lhe dar uma feição nova, formulou-se a doutrina da *empresa*, considerando esta a base — o fundamento económico-jurídico do direito mercantil. E nesta orientação se tem elaborado obras didáticas de direito comercial, como a do ilustre Mossa, e a ela não foi estranho o Código Civil italiano de 1942.

Mas o que é a empresa?

Como é sabido, o nosso Código Comercial trata das empresas no seu art.º 230.º, sem aliás dar uma noção do que seja empresa; mas, se por um lado considera empresas tanto as pessoas colectivas — as sociedades — como as pessoas singulares, por outro só como tais considera, para os efeitos da determinação do âmbito do direito comercial, as que se propuzerem a prática dos actos nesse art.º 230.º enumerados.

Mas é esta empresa, tal como se deduz do art.º 230.º do nosso Código, que é apresentada agora como fulcro do direito mercantil?

A empresa pode ser considerada quer sob o aspecto económico, quer sob o aspecto jurídico; quer sob o aspecto estático, quer sob o aspecto dinâmico, funcional; quer sob o aspecto subjectivo, quer sob o aspecto objectivo, patrimonial; e sob o aspecto subjectivo, ainda há a considerar os sub-aspectos individual e o colectivo.

Desta diversidade de aspectos, por que pode ser encarada, resultam confusões, pontos de vista exclusivistas e as divergências, que se notam, designadamente nos jurisprudencistas, ao formular-se um conceito de empresa.

O Código Civil italiano de 1942 tomou a empresa, não como fulcro de todo o seu sistema, mas apenas dando-lhe relevância dentro do livro que dedica ao direito do trabalho.

(1) *Les méthodes juridiques*, pág. 131.

Dizendo, no art.º 2.082.º, que é empreendedor, ou empresário, o que exerce profissionalmente uma actividade económica organizada com o fim da produção, ou da troca de bens ou de serviços, e depois no art.º 2.086.º que ele é o chefe da empresa, implicitamente nos dá um conceito de empresa, sob o ponto de vista subjectivo, mas, se confrontarmos esses artigos com os art.ºs 2.083.º, 2.188.º e 2.195.º, fica duvidoso esse conceito.

Porisso Garrigues (1) nota que até agora falta um conceito legal de empresa e que os juristas nas várias doutrinas, que tem formulado, movendo-se dentro do campo da economia, não conseguiram ainda dar-nos um conceito jurídico unitário de empresa.

Objectivamente, a *empresa* confunde-se com o *estabelecimento*; é, como ele, uma universalidade, ou de facto ou de direito, consoante as respectivas disposições legais; sob o ponto de vista subjectivo, a empresa pode ser constituída por uma só pessoa, ou por uma entidade colectiva.

O aspecto estático da empresa interessa mediocrementemente, mas a lei não pode deixar de o considerar.

Sob o seu aspecto económico, a empresa é a organização de um complexo de elementos — que podem resumir-se em trabalho e capital — tendentes a uma exploração com o fim de obter lucros. Mas, mesmo sob este aspecto, não é indiferente que a empresa pertença a uma pessoa singular, ou a uma pessoa colectiva, como o não é se a considerarmos sob o seu aspecto jurídico.

E, mesmo dentro do campo económico, a empresa pode ser propriamente comercial, ou industrial, compreendendo a indústria transformadora e as indústrias extrativas — mineira, piscícola e agrícola.

Ora toda e qualquer empresa de natureza económica cai dentro do âmbito do direito comercial?

Dar-se-á então uma maior comercialização dos actos da vida civil. E, assim, estaríamos muito mais próximos da unificação.

Se as empresas agrícolas e as outras empresas, quando não exercidas em certas condições, continuam a ser civis, em que é que a noção de empresa serve para distinguir o direito civil do comercial? Onde está a novidade?

(1) Ob. cit., I-1, págs. 28 e 29.

Se o conceito económico de empresa não pode servir para fazer essa distinção, haveria que recorrer a um conceito jurídico, mas, diz Garrigues, «a falta de um concepto legalmente acuñado, no puede darse un concepto jurídico unitário de la empresa. La empresa és un conjunto de elementos patrimoniales (cosas, derechos) y de relaciones de puro hecho. Pero no goza todavia de autonomia jurídica».

Mas a empresa, neste último sentido, pode ser uma universalidade de direito e, portanto, tem autonomia jurídica. E, se se considerar sob o aspecto subjectivo, tem sempre personalidade jurídica.

Por outro lado, a empresa tanto pode ser comercial como civil, pois que uma sociedade civil é uma empresa; de forma que, ou continua a excluir-se do direito comercial as sociedades civis e então nada temos de novo, ou todas as sociedades civis passam a ser comerciais — como se sabe, já grande número de sociedades civis têm adoptado a forma comercial para a sua organização e ficam geralmente sujeitas à legislação mercantil — e então estar-se-á perante mais um caso em que o direito civil é comercializado.

E, à medida que o direito comercial vai alargando o seu domínio, vai perdendo força para se manter autónomo.

Os próprios, que defendem ainda essa autonomia, reconhecem que ele perdeu a natureza que tinha quando nasceu e na primeira fase da sua evolução: — de ser um direito dos comerciantes e um direito profissional, passou a ser o direito dos actos de comércio — e agora, diz-se, tem que voltar a ser um direito profissional, excluindo os actos de comércio praticados por não-comerciantes.

Mas as tendências legislativas não são neste sentido, felizmente, porque a experiência nos mostra a necessidade de submeter integralmente à mesma legislação os actos de comércio, abrangendo, portanto, todas as pessoas que os praticam, comerciantes e não-comerciantes.

O conceito de empresa, tomada ela em toda a sua amplitude no campo económico, abrange todas as indústrias, algumas das quais têm estado totalmente, e outras parcialmente, fora do âmbito do direito comercial.

Ora, se se tomar o conceito de empresa como fulcro — ideia fundamental — do direito mercantil, todas essas indústrias ficam submetidas e menos razão há, assim, por virtude dessa extensíssima comer-

cialização dos actos da vida civil, para manter a distinção entre o direito civil e o comercial.

O direito comercial baseado no conceito, ou melhor, na entidade — empresa — seria um direito que tomaria o capitalismo, que está em manifesta decadência, como sistema futuro da organização económica.

E o tal mundo novo, em que tanto se tem falado, seria um regresso ao ominoso passado.

O legislador do Código Civil italiano de 1942 parece ter visto isto, porque, se deu à entidade *empresa* um lugar saliente na organização económica, não regulou a concentração das empresas, sendo aliás certo que também a não proibiu, ou por qualquer outra forma a evitou, e deu também lugar saliente ao *trabalho*.

«A queste quattro parti corrispondenti alla repartizione tradizionale del diritto civile, dizia o relatório do Ministro da Justiça Grandi, si aggiunge oggi una quinta parte che predomina sulle altre e contiene la *disciplina del lavoro*, espressione schietta della civiltà del nostro tempo, la quale tutela e difende il diritto del singolo il qual opera e produce nell' interesse della Nazione. È la prima volta che il lavoro si inquadra nella legislazione civile di un popolo come fulcro del diritto, come centro motore della vita dello Stato e domina l'intero campo dei rapporti giuridici...».

A *empresa*, considerada em toda a sua amplitude, excede os limites do direito comercial, e invade, não apenas o direito civil, mas até o direito administrativo, pelo que respeita à intervenção do Estado, fiscalizando a sua actividade, às sociedades mistas e às explorações de natureza económica feitas pelas autarquias locais, pelos institutos públicos personalizados e pelo próprio Estado.

Há mesmo quem afirme (1) que no conceito de empresa não tem que entrar a ideia de lucro e quem entenda que os próprios empregados numa obra de caridade e o pessoal mercenário de uma instituição religiosa, dependem, sob o ponto de vista da legislação do trabalho e das respectivas autoridades, de uma empresa.

O conceito de empresa não pode, portanto, servir de base ao

(1) Vide Eugenio Perez Botija — *Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el derecho del trabajo*, na *Revista de Derecho Mercantil*, de Madrid, vol. 5.º, n.º 13, pág. 13.

direito comercial e tanto isto é assim que aquele código, em que ele foi tomado, não propriamente como base, mas como ideia predominante na regulamentação de certas relações económicas, foi até agora o único que unificou legislativamente os dois ramos de direito.

Não admira, pois, que se tenha reconhecido a necessidade de a essa ideia de *empresa* — *de direito das empresas* — se ajuntar uma outra — a de que os actos praticados pelas empresas são praticados em grande quantidade — *em massa*, como dizem os italianos e os espanhóis e, como também nós, os portugueses, podemos dizer, e só estes, portanto, são regulados pelo direito comercial, ficando para o direito civil os actos isolados, embora de natureza comercial.

«Para que el Derecho mercantil, diz Garrigues (1) vuelva a ser lo que há sido, un derecho para el comercia, ha de salir de la encrucijada en que actualmente se encuentra. Para ello tendrá que passar de la concépcion afrancesada, que inspira nuestro código di comercio vigente, del derecho mercantil como derecho de los actos de comercio, a la concépcion más realista del derecho mercantil como derecho de las empresas en forma comercial. El punto de enlace de una concépcion com otra nos lo ofrece la observación de que el derecho mercantil se ocupa preferentemente de los actos realizados en masa».

Preferentemente, diz Garrigues ; portanto, o direito comercial regula também actos isolados ; e nem todos os actos praticados em grande quantidade caem no seu âmbito.

Mas, adiante, Garrigues diz que ficam forado direito comercial os actos isolados de comércio — ele só abrange os actos em massa praticados pelas empresas.

Ora, quando eu compro uma gravata pratico um acto civil, que é, ao mesmo tempo, um acto isolado quanto a mim, e, em relação ao comerciante que ma vendeu, um acto em massa, isto é, pertencente à série de actos que ele pratica no exercício da sua actividade profissional.

Segundo tal doutrina, o acto da compra da gravata seria, pois, regulado pela lei civil e a venda da mesma gravata seria regulado pela lei comercial.

(1) Ob. e vol. cit., pág. 16.

Um tal sistema, da *cisão jurídica*, é altamente inconveniente, sendo a todos os títulos preferível o que as legislações, e entre elas a nossa, tem geralmente adoptado — o da *unidade legislativa*.

Em tal doutrina, sai-se dos domínios do *ser* para passar ao do *dever ser*; mas este *dever ser*, meramente opinativo, — desprezando a observação dos factos sociais, os ensinamentos da evolução do direito comercial e as tendências legislativas, representaria, não um progresso, mas um regresso.

Tais ideias constituem mesmo mais um elemento denunciador da progressiva dissolução do conceito do direito mercantil notada e afirmada por Nussbaum (1), pois que, se até agora o direito comercial já não era pròpriamente e ùnicamente direito de comércio, no futuro ainda menos o seria.

Continuar-se-ia no campo do arbítrio, que já tanto se tem manifestado na determinação do âmbito do direito comercial, que na Alemanha, por exemplo, não compreende o direito cambiário, o direito dos seguros e o direito marítimo, e que na Rússia e na China não abrange as próprias sociedades comerciais, que são reguladas nos respectivos Códigos Civis.

Falhadas todas as teorias económicas e jurídicas formuladas para caracterizar os actos de comércio, chegou-se a esta conclusão — o âmbito do direito comercial é variável e incerto; varia de umas para outras legislações e, dentro de cada uma, é de difícil determinação, seja qual for o sistema legislativo usado — ou o da simples definição, ou o da simples enumeração, ou o misto, ou ainda um sistema especial, como o do Código português, que, na 1.^a parte do art.º 2.º, adoptou uma fórmula de enumeração implícita e na 2.^a parte do mesmo artigo fez uma indicação constituída por uma regra, de alcance difícil de determinar, seguida de duas excepções de determinação ainda mais difícil e que têm dado lugar a inúmeras dúvidas e dificuldades.

Como disse Rocco (2), «a norma directiva e delimitativa entre os dois direitos não pode consistir numa pura e simples devolução

(1) Handelsrecht, I, pág. 138, cit. por Garrigues, ob. e vol. cit., pág. 15.

(2) Ob. cit., pág. 43.

para o conceito económico de comércio. Este conceito é demasiadamente incerto e discutido... É incerto e não basta. Em nenhum momento da evolução do direito comercial, o conceito *económico* do comércio coincidiu com o conceito *jurídico* da *matéria* do comércio ou seja das relações reguladas pelo direito comercial».

Estas palavras, escritas em 1927, continuam sendo verdadeiras, apesar dos esforços de tantos jurisconsultos para encontrar essa norma delimitativa dos dois ramos do direito privado.



Depois destas objecções de carácter geral não haveria necessidade de impugnar as características das operações em massa, que têm sido indicadas para justificar, não apenas algumas disposições legais peculiares ou especiais, mas a existência de um ramo de direito que as regule autônomoamente.

No entanto, ainda refutarei as principais considerações com que se tem pretendido sustentar tal doutrina.

Diz-se que as operações em massa exigem uma regulamentação *típica*, isto é, que prescindia do elemento pessoal de cada caso, suprimindo o direito de discussão para objectivar a relação jurídica em benefício de maior rapidez de conclusão e execução de negócios, e acrescenta-se que a tudo isto é completamente alheia a vida civil; mas essa regulamentação típica, que já existe para os títulos de crédito, para certos contratos de transporte e para os seguros, abrange os contratos celebrados pelos particulares com as respectivas empresas.

Que os títulos geralmente emitidos em massa exigem preceitos próprios, que os tornem aptos para a circulação e lhes dêem segurança e garantias, é óbvio, mas esses títulos têm servido e continuarão a servir tanto para a vida comercial como para a vida civil. E a letra, mesmo quando seja emitida isoladamente por um indivíduo não-comerciante, não deve beneficiar desses preceitos e não devem as relações dela derivadas pertencer ao direito comercial?

Apresenta-se também como característica dos negócios em massa a necessidade de uma disposição especial relativa à reivindicação de

móveis; mas essa disposição encontra-se já no art.º 534.º do nosso Cód. Civ.

Indica-se ainda como manifestação do carácter impessoal do direito mercantil a limitação legal do quantitativo das indemnizações no caso de incumprimento contratual, em opposição ao princípio civilista que impõe ao devedor a necessidade de reparar, não só o valor dos prejuízos sofridos, mas também o dos danos emergentes. Mas Garrigues, que faz tal indicação, limita-se a dar dois exemplos, o da limitação da indemnização devida em certo caso pelo transportador, estabelecida no art.º 371.º, § 3.º, do Código Comercial espanhol, e a da indemnização das despesas da conta de ressaque em matéria de letras estabelecida no art.º 527.º do mesmo Código.

Mas tais preceitos, que aliás são de importância secundária, não se encontram noutras legislações, como na nossa, nem tão pouco se encontra a 2.ª na Lei Uniforme. Por outro lado, há limitações na indemnização por perdas e danos, que não são aplicáveis apenas aos negócios realizados em massa, como, por exemplo, a estabelecida no art.º 138.º do nosso Código da Estrada.

A maior frequência dos casos, em que, na compra e venda comercial, os objectos se não encontram na presença dos contratantes, como nas operações de bolsa e nas compras sobre amostras, não se pode considerar como característica dos negócios em massa e do direito comercial.

Na vida civil também se fazem frequentemente compras e vendas sem que os objectos estejam presentes; e as disposições da lei comercial relativas a compras e vendas sobre amostras ou de coisas de qualidade conhecida em comércio, como são as do art.º 469.º do nosso Código Comercial, têm sido applicadas por analogia à compra e venda civil. Ainda que o novo código seja apenas de direito civil, deverá conter disposições idênticas a essas e certo é que no projecto já elaborado pelo Prof. Galvão Teles sobre a compra e venda elas lá se encontram.

Ainda sobre esse contrato se indica a disposição de algumas legislações especiais, que estabelece um prazo curto de caducidade para a reclamação do comprador por vícios ou defeitos da coisa vendida, mas doutrina é essa que deve adoptar-se, quando o não esteja já, nas legislações civis; e naquelle projecto do Prof. Galvão Teles é ella adoptada.

A propósito, observo que nesse projecto se declara que ficarão revogados os art.^{os} 466.º e 467.º do Código Commercial. Se o futuro código for só de direito civil, não será ele o lugar próprio para se fazer tal revogação.

Invocam-se ainda, como correspondendo à rapidez própria dos contratos em massa, as disposições da lei commercial relativas à incorporação de coisas em certos títulos, que funcionam como se fossem as próprias coisas, tais, por exemplo, a guia de transporte e o conhecimento de depósito nos armazéns gerais.

Está-se no domínio dos títulos de crédito, que, em geral, se aplicam tanto às relações comerciais como civis, e neles se dá sempre essa incorporação de coisas, compreendendo nesta expressão os direitos.

Essa incorporação dá-se também nos títulos de crédito imperfeitos ou títulos de identificação, usados continuamente na vida civil e aos quais não pode, a meu ver, deixar de referir-se o novo código, embora seja só de direito civil.

Em suma, que os contratos em massa tenham necessidade de algumas normas especiais não se nega; o que se opõe é que a especialidade de tais normas não basta para justificar a autonomia do direito commercial, tanto mais que na vida civil também se celebram contratos em massa e que os praticados no exercício do comércio respeitam frequentemente à vida civil. E é de observar ainda que, ao passo que se têm multiplicado os actos em massa, também se têm multiplicado as especulações comerciais isoladas e que actos em massa têm vindo cada vez mais a ser praticados pelo Estado, pelas autarquias locais e pelos institutos de direito público personalizados.

Para outros autores, como Ascarelli, os actos praticados em massa, geralmente praticados por empresas de diversa natureza, não apenas sociedades comerciais e civis, mas também associações, corporações, sindicatos, grêmios, etc., necessitando de uma disciplina própria, dão lugar à criação de um direito especial novo.

Esse autor concluiu assim o seu estudo sobre a *evolução do direito commercial e a unificação do direito das obrigações*: — «unificação do direito commercial no direito geral das obrigações; — disciplina separada, em sede de leis especiais, dos problemas que tanto na esfera do direito commercial como fora, são suscitadas por

fenómenos económicos de produção em massa e pela organização das categorias» (1).

Assim estamos em face de uma nova arrumação dos fenómenos jurídicos, que põe em causa a própria divisão do direito em público e privado.

Por sua vez, outros autores assinalam a autonomia do direito do trabalho, que em vários países tem leis especiais, algumas até com a denominação de códigos, e tribunais e processo privativos.

O próprio Ascarelli se refere a este novo direito especial, que abrange relações civis e comerciais, actos praticados em massa e actos isolados, praticados com carácter accidental, actos praticados por pessoas colectivas e por pessoas singulares.

E a nossa comissão de reforma do código reconheceu essa especialidade, mas decidiu que o direito do trabalho «seja tratado na parte especial das obrigações (contrato de trabalho) e no capítulo da responsabilidade civil (acidentes), e ainda que a regulamentação a incluir no código se cifre em muito pouco, relegando-se o mais para uma legislação especial».

Não é esta a ocasião oportuna para discutir este sistema, mas sempre direi que o seu ecletismo não se justifica e que, a ser seguido, produzirá inconvenientes e dificuldades.

Não me repugna aceitar nesta altura a autonomia do direito do trabalho, porque dos estudos da evolução jurídica destaco esta ideia — nela se tem vindo a produzir fenómenos de desintegração e integração — o direito comercial desintegrou-se do civil para obter uma disciplina diferente que lhe facilitasse o progresso e a expansão, e volta, séculos passados, a integrar-se nele, depois de ter conseguido esse objectivo; — idênticamente o direito do trabalho tem vindo a desintegrar-se do direito civil e do comercial e continuará até conseguir um estádio superior e voltará depois a ocupar o seu lugar no direito dos contratos.

Não considero, pois, justificada, nem justificável, a autonomia do direito comercial.

E considero-a mesmo inconveniente, sob o ponto de vista científico e pedagógico.

(1) Na já cit. *Rev. de dir. com.*, do Rio de Janeiro, vol. 11, 1941, pág. 15.

Na lei comercial encontram-se disposições que fazem excepção aos princípios e às normas consignadas na lei civil, mas essas excepções podem pôr-se a par das que a própria lei civil estabelece; e, assim, o direito comercial não se pode considerar um direito de disposições excepcionais, e nem mesmo de disposições especiais, se considerarmos, com Rocco, que direito geral só pode verdadeiramente chamar-se a todo o complexo sistemático do direito.

Mas, se nos enfeudarmos à acepção, que tem sido dada à expressão *direito especial*, temos de considerar que o direito comercial, pelo sistema geralmente seguido, só contém, ou quase só contém disposições especiais, que aliás tanto podem ser gerais como excepcionais.

Ora, para bem poder interpretar, e aplicar as relativas a determinado instituto jurídico, é frequentemente, senão sempre, preciso recordar a regra, ou princípio geral, e ainda por vezes as disposições especiais correspondentes da legislação civil.

Estudar a mesma instituição jurídica — as sociedades, por exemplo, dividindo a respectiva matéria, os respectivos princípios e normas, por dois ramos de direito, obriga a uma duplicação de trabalho, quer se trate da elaboração de obras doutrinárias, quer de obras didácticas.

O ensino do direito comercial não só se não pode fazer convenientemente sem o conhecimento completo do direito civil, como ainda tem de ser feito recordando e repetindo os princípios e regras deste direito.

Por outro lado e pior ainda: — não se referindo logo todas as disposições especiais, não se podem expor, explicar e apreciar os respectivos princípios e regras gerais.

Não se pode conhecer bem a compra e venda — o contrato mais importante e frequente da vida mercantil. — sem conhecer os princípios, normas e preceitos contidos na lei civil e na lei comercial; e se não se estudarem ao mesmo tempo, isto é, num só ramo de direito, haverá deficiências, repetições e dificuldades.

Anteriormente ao decreto-lei n.º 21.758, de 22 de Outubro de 1932, que estabeleceu o regime da insolvência no direito civil, quando se tratava de incapacidades, nem sequer se fazia referência à falência, ou só se lhe fazia uma referência ligeiríssima, como a que lhe fez Gui-

Iherme Moreira, nas suas *Instituições de Direito Civil* (1), dedicando-lhe apenas 10 escassas linhas; actualmente, não se pode tratar das incapacidades sem abranger a resultante da insolvência; e não se pode tratar desta sem referências grandes ao regime idêntico, mas com diferenças importantes, da falência.

E como expor e apreciar as matérias dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros independentemente das disposições que a tal respeito se contêm no regime da insolvência, que é, neste particular, o mesmo que o da falência?

Como se há-de medir o alcance da regra de que o património do devedor é garantia comum dos seus credores — regra que deve ser inserida no Código Civil e não no Código de Processo Civil, — se não se estudar a limitação da responsabilidade dos comerciantes, estabelecida em quase todas senão todas as legislações, em relação aos proprietários de navios, e sob certas condições permitida já, pelo menos, numa legislação — a do Principado do Lichstenstein — a todos os comerciantes em nome individual, e ainda a estabelecida para algumas sociedades?

Não se pode tratar dos sujeitos das obrigações sem tratar das obrigações de sujeito activo indeterminado — dos títulos de crédito —, sendo de notar que, nalguns países, como na Alemanha e no Brasil, os títulos ao portador são disciplinados nos respectivos Códigos Civis; em matéria de privilégios, as disposições do Código Civil têm de ser conjugadas com as do Código Comercial; não se pode, estudar devidamente a matéria de hipotecas sem incluir nesse estudo as de navios e de automóveis; o penhor não pode ser convenientemente estudado apenas à face das disposições da lei civil, mas também à face das disposições do Código Comercial e dos vários diplomas, designadamente os relativos ao crédito agrícola e às casas de penhores; não se pode tratar do direito de retenção sem referir as disposições que no Código Comercial o conferem; não se pode expor a doutrina do Código Civil sobre solidariedade, sem fazer referência às disposições do Código Comercial sobre ela, quer a solidariedade

(1) Vol. 1.º, pág. 200.

perfeita, quer a imperfeita, que tem o seu lugar em matéria de letras e de sociedades comerciais; a separação de patrimónios como garantia das obrigações só pode ser bem compreendida à face das disposições que a estabelecem na legislação civil e comercial; — em matéria de sociedades, é impossível, ao tratar das sociedades civis, deixar de tratar das que podem assumir forma comercial, assim como se não pode tratar das sociedades comerciais sem expor os princípios e regras gerais sobre sociedades contidos no Código Civil, a começar pela própria definição do contrato de sociedade; não se pode, em direito civil, tratar dos regimes matrimoniais dos bens e dos direitos e obrigações dos cônjuges sem tratar dos direitos que para a mulher advém do exercício de qualquer profissão e designadamente a de comerciante, a de autora de trabalhos literários, científicos ou artísticos, a de profissional do teatro, do cinema e de outras actividades, que, como essas, são consideradas comerciais por algumas legislações, a nossa entre elas; no estudo de contrato de trabalho não se podem dissociar as relações civis das comerciais, quer na sua regulamentação legal, quer no seu estudo; a matéria dos acidentes de trabalho tanto é civil como comercial; seria repetição imperdoável estudar no direito comercial todo o regime da falência e no direito civil todo o regime da insolvência, que é quase o mesmo; não se justifica e é defeito grande que se trate da responsabilidade extra-contratual sem se expor a doutrina sobre avarias, que poderá ser aplicada em certos casos alheios ao direito marítimo; como expor a teoria geral dos contratos sem, pelo menos, fazer referências bastante elucidativas, a concordatas, moratórias e acordo de credores?

Como conhecer bem a doutrina legal sobre as sanções aplicáveis à ilegalidade dos actos jurídicos* — inexistência, nulidade e anulabilidade — sem ter presentes as disposições da lei comercial, designadamente sobre a inexistência de sociedades comerciais irregulares?

Em matéria de compra e venda civil já se tem aplicado por analogia, e bem, disposições da lei comercial.

A renda ou censo consignativo pode actualmente conceber-se em que seja integrada na matéria dos seguros de vida?

No novo Código não pode deixar de ser regulado o nome civil — o nome de família dos cidadãos — e naturalmente haverá toda a conveniência em que seja aí também regulada a firma dos comerciantes e o nome literário e artístico.

A classificação das coisas no novo Código deverá abranger a das simples e compostas e tratar das universalidades; ora convirá que logo aí se trate do estabelecimento comercial e dos navios.

Até agora, no ensino do direito comercial, ao tratar-se da firma, havia que fazer referência à doutrina sobre o nome civil e também, embora mais ligeiramente, ao nome literário e artístico, e ao tratar-se do estabelecimento e dos navios havia que estudar aquela classificação de coisas e a doutrina das universalidades.

É de notar que é nos códigos civis que se encontra a distinção entre coisas *no comércio* e *fora do comércio*; ora aquelas tanto podem ser objecto de relações comerciais como civis e estas não podem ser objecto nem de umas, nem de outras.

A distinção entre as coisas, que têm valor de *uso* e as que têm valor de *troca*, pertence aos dois ramos de direito, porque umas e outras podem também ser objecto daquelas duas ordens de relações jurídicas.

Porque é que só no direito comercial se hão-de estudar as operações sobre dinheiro, considerado como uma mercadoria, se ele pode ser também objecto de operações de natureza civil?

O novo Código deverá regular a celebração de actos jurídicos por correspondência postal, telegráfica e telefónica e natural e conveniente será que logo aí se encontrem todas as normas gerais e especiais que respeitem a todos esses actos, quer civis, quer comerciais.

Finalmente, o sistema dos códigos comerciais de conterem apenas as disposições que se considerem próprias do direito mercantil, remetendo continuamente o intérprete e o julgador para os códigos civis, é defeituoso, dando lugar a dúvidas e dificuldades.

Assim, entre nós, frequentemente se discute a aplicação de preceitos do Código Civil ao direito comercial e mesmo do Código Comercial ao direito civil em matéria de registo, de sociedades e de quase todos os contratos que têm a sua disciplina num e noutro Código.

Estando separados os dois ramos de direito, haverá lugar, quer nas obras de doutrina quer nas obras didácticas, a deficiências, ou a repetições, ou a umas e outras. Geralmente, em direito civil, haverá deficiências e no direito comercial haverá repetições.



Resta-me falar das tendências legislativas que se tem manifestado no sentido da unificação do direito privado.

Começaram pela abolição da jurisdição mercantil realizada em 1888 na Itália, no país onde tinham aparecido os primeiros tribunais comerciais.

E já antes, em 1875, o Brasil tinha tomado essa medida.

Seguiram-se outros países e, entre eles, o nosso em 1932.

A não existência dos tribunais comerciais comuns e, consequentemente, a unificação do processo civil e comercial, revelam por forma eloquente a tendência para a unificação do direito privado.

Quando o decreto-lei n.º 21.694 extinguiu entre nós aqueles tribunais, discordei da medida, fazendo este raciocínio simplista: — se tem de haver nalgumas comarcas mais de um tribunal, é conveniente, senão mesmo natural, que uns sejam civis e outros comerciais, para assim se atender ao princípio da especialização. Ao mesmo tempo recordava-me da argumentação com que Ferreira Borges defendeu a jurisdição comercial no seu interessante opúsculo — *Das Fontes, especialidade e excelência da administração comercial*.

E havia ainda um motivo de ordem pessoal, que me fez receber mal essa reforma — é que estava a trabalhar na 4.ª edição do livro de meu Pai, o *Cód. de Proc. Com. Anot.*, e ficou assim sendo inútil esse trabalho, perdendo o livro grande parte da sua actualidade e, portanto, do seu interesse.

Mas, à medida que fui vendo desaparecer a discussão sobre a competência civil ou comercial dos tribunais, fui-me convencendo da vantagem de tal reforma.

Quem percorrer as colecções de acórdãos e as revistas jurídicas dos anos anteriores e posteriores ao decreto n.º 21.694 verá imediatamente que a discussão sobre a comercialidade de muitos actos, de que emergiam as questões *sub-judice*, que anteriormente era frequente, passou a ser raríssima.

E porquê? Porque tal discussão, geralmente, apenas era suscitada pela necessidade de determinar a competência do tribunal civil ou comercial, em que a acção fora proposta.

Fora desse caso, apenas para a aplicação, ou não aplicação dos

art.^{os} 100.º e 101.º do Código Comercial e, mais raramente ainda, para decidir se alguma das partes era ou não comerciante.

Reconheci assim que bastante tinha lucrado a administração da justiça com a extinção dos tribunais comerciais.

E reconheci então melhor, sob o ponto de vista pedagógico, a unidade do direito privado.

Quando estudei direito comercial na Faculdade de Direito de Coimbra, vi que muito tempo se perdia a determinar o âmbito do direito comercial pela determinação dos actos de comércio. Apesar de ser então precisa essa determinação para o efeito da competência, custava-me ver perder tanto tempo com esse problema, aliás difícil. E quando depois tomei conta da regência de direito comercial na Faculdade de Direito de Lisboa, procurei reduzir ao mínimo indispensável o tempo a gastar com ele. Consegui reduzir a poucas lições o seu estudo, mas nas aulas práticas sentia a necessidade de me demorar durante alguns dias a pôr casos aos alunos para se chegar ao conhecimento, tão completo quanto possível, dessa questão de limites entre os dois ramos do direito privado.

Tendo ficado muitíssimo reduzidas as discussões nos tribunais sobre a comercialidade dos actos de que emergiam as acções, passei a lastimar perder tanto tempo com um problema que, afinal, ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, tinha um interesse prático pouco importante. E sentia não poder antes dedicar algum tempo gasto com os actos de comércio a estudar com os meus alunos outras matérias, tanto mais que os 7 meses, a que fica reduzido o ano escolar, são absolutamente insuficientes para ensinar toda a matéria do direito comercial.

Junte-se a essa perda de tempo com os actos de comércio a que resultava de estar a recordar ou mesmo a dar a conhecer os princípios, regras e preceitos da lei civil que têm de ser aplicados em direito comercial ou que tem relação íntima com as disposições da legislação mercantil e poder-se-á fazer ideia de quanto a unificação do direito privado será conveniente sob o ponto de vista pedagógico.

E voltando ao fenómeno da unificação da jurisdição civil e comercial, direi, com Tullio Ascarelli, não só que ela manifesta toda a sua importância quando se conjuga com a falta de uma distinção rigorosa, na classe dos advogados, entre os cultores do direito civil e do direito comercial, mas também que ela «tende inevitável e neces-

sariamente a recompor em unidade os princípios fundamentais da ordem jurídica».

No direito substantivo, a unificação tem vindo a fazer-se no campo do direito das obrigações, em vários países em que havia a distinção entre direito civil e comercial.

Começou pelo Código suíço das obrigações de 1881.

Em 1911 foi revisto esse Código e a sua 5.^a parte é constituída pelo direito das obrigações tanto civis como comerciais. A manutenção deste sistema depois de 30 anos de experiência revela os seus bons resultados.

O Código Civil soviético de 1923 regulou a matéria das obrigações civis e ainda abrangeu institutos de direito comercial, como as sociedades anónimas.

Outros Códigos das obrigações, unificando-se, nessa parte do direito privado, o direito civil e o comercial, foram sendo sucessivamente promulgados: — em 1907 o tunisiano; em 1914, o marroquino; em 1926 o da Turquia; em 1932 o do Líbano; em 1933 o da Polónia.

Há a mencionar ainda o projecto franco-italiano do Código das Obrigações redigido por notáveis juristas dos dois respectivos países e o ante-projecto brasileiro de um Código de Obrigações.

Se em França, por agora, se trabalha na elaboração de dois novos Códigos de direito civil e comercial — o que, pelo menos, em parte se explica pelo desejo de manter a tradição napoleónica, na Holanda está em elaboração um projecto que compreende tanto o direito civil como o direito comercial.

Dele foi encarregado o Prof. Meijers, que, falando sobre a reforma do Cód. Civ. holandês numa sessão da Société de Législation Comparée, de Paris, disse, em certa altura, o seguinte:

«Autre question: Le Code civil droit-il comprendre également le droit commercial? Je ne m'arrêterai pas longtemps à cette question, parce que les faits sont tout autres chez nous qu'en France. La réponse à cette question, souvent discutée, dépend du seul fait: veut-on avoir une juridiction spéciale pour les commerçants et les actes de commerce ou vent-on les soumettre au juge ordinaire? Chez nous c'est une tradition ancienne, et qui correspond à notre caractère, de ne pas donner aux marchands un autre juge que le juge ordinaire. En outre, nous ne faisons pas de différence entre les commerçants et

les non-commerçants quant au droit de faillite. Par ces motifs, le droit commercial peut entrer très facilement chez nous dans le droit général du Code Civil, de même, comme c'est le cas aujourd'hui, en Suisse et en Italie. Le droit anglo-saxon du reste, ne connaît pas non plus un droit spécial pour le commerce» (1).

E, estando a presidir à sessão o Presidente da Comissão de reforma do Cód. Civ. francês, o Prof. Julliot de la Morandière, referiu-se ao problema, fazendo as seguintes interessantes considerações :

«Il a un autre point. Chez nous, nous séparons le Code Civil et le Code de commerce. C'est notre tradition, et nous avons, en même temps que la commission de révision du Code Civil, ouvert une autre commission sous la présidence de notre collègue Escarra, pour l'étude de la réforme du code de commerce, mais il va falloir évidemment une liaison entre les deux, parce qu'il ne peut pas y avoir un abîme absolu dans les principes généraux du Code de commerce et du Code civil, et il doit y avoir une adaptation des principes généraux du Droit civil au Droit commercial» (2).

Na doutrina, têm continuado, alimentadas por civilistas e comercialistas ilustres, as duas correntes — autonomista e fusionista, sem que possa dizer-se qual delas prepondera actualmente.

Devo dizer que, se a conferência de Vivante defendendo a unidade do direito privado produziu enorme impressão, não menor causou mais tarde a defecção do Mestre. Quando Presidente da Comissão de reforma da legislação comercial italiana, Vivante, não só não insistiu na fusão do direito comercial com o civil, mas concordou com a elaboração de um projecto de um novo código de comércio, que deixou intacto o conteúdo dos dois Códigos, Civil e Comercial.

Como explicar a sua attitude? Ele próprio explicou-a assim: — «o estudo da matéria dos dois ramos de direito é muito diverso. Se se devesse esperar que o estudo da teoria geral das obrigações e dos contratos amadurecessem contemporaneamente, ter-se-ia que renunciar à reforma do código do comércio: a diversa velocidade

(1) No *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, ano 71, n.º 2, págs. 199 e segs., *signanter* pág. 208.

(2) *Bulletin* cit., pág. 215.

com que se elabora o conteúdo dos dois códigos provavelmente oporia sempre grande obstáculo para unificá-los» (1).

A explicação fundou-se, como se vê, numa probabilidade, que os factos desmentiram.

Por isso, Waldemar Ferreira (2) nos apresenta outra explicação. Ao sustentar, com o seu costumado brilho, a autonomia do direito comercial, e notando, com Jean Escarra, que ela foi reforçada, nos dois últimos decénios, pelo renascimento do direito profissional ou corporativo, disse: — «Tudo leva a crer que, embora nunca o houvesse dito, o óbice entravador da doutrina unificadora de Cesare Vivante, quando chegou a ponto de realizá-la, foi oposto pelo corporativismo extremado do fascismo, a que aderiu, mas que, movido pela política racial, o proscreveu no esplendor do seu imenso renome científico».

Não me repugna acreditar que esse óbice fosse o pensar Vivante que a autonomia do direito comercial era contrária ao novo direito corporativo e o não querer ele, visto que tinha aderido ao fascismo, ir contra a respectiva doutrina.

Certo é, porém, que foi o próprio governo fascista que alguns anos mais tarde verdadeiramente iniciou o movimento legislativo unificador, não apenas na parte relativa às obrigações e contratos, mas também nas restantes matérias comerciais, excluídas as relativas à falência e à navegação marítima.

Recordo-me, a propósito, que tendo-me encontrado em 1930 com Vivante no 2.º Congresso Internacional de Direito Comparado realizado na Haia, em conversa, ele se mostrou entusiasmado pelo discurso que dias antes Mussolini fizera exaltando a guerra. Confesso que fiquei admirado e contristado, mas, pouco tempo volvido, Mussolini fazia outro discurso, em que quase inteiramente se desdizia.

Acontece isto muitas vezes aos políticos..., que, por vezes também, levam alguns jurisconsultos a reboque...

Mas certo é que o regime corporativo reforçou, não a autonomia do direito comercial, mas a intromissão do direito público no direito privado.

(1) *Progetto preliminare per il nuovo Codice di Commercio*, ed. Ulrico Hoepli, Milão, 1922, pág. 200.

(2) *Instituições de direito comercial*, 2.ª ed., 1.º vol. pág. 103.

A queda do fascismo ocasionou a queda do corporativismo, e se ocasionou também a alteração e revogação de alguns artigos do Código Civil de 1942, não destruiu a unificação do direito privado, que não é contrária ao regime social e político, que sucedeu ao fascismo.

Em Portugal, onde vigora o corporativismo de associação, se se passar, segundo se pode depreender do que foi anunciado, para o corporativismo do Estado, que considero um caminho, embora mau, para o socialismo, ainda maior será essa intromissão.

*
* *

Concluo pois, que :

— a autonomia do direito comercial é injustificada, injustificável e inconveniente ;

— que dia a dia se vão confundindo os limites, aliás incertos e variáveis, que até agora se tem procurado estabelecer, quer doutrinai, quer legislativamente, entre o direito civil e o comercial ;

— que as tendências legislativas são para a unificação do direito privado.

Duas observações suscita esta última conclusão.

É a primeira que a unificação não importa que se prescinda de diferenças de disciplina em relação a várias matérias.

É a 2.^a que dela se não pode deduzir a resolução do problema da codificação neste particular ; quer dizer que não implica a elaboração de um só código de direito privado.

Tal dedução será, pelo menos, precipitada.

Que se afirme que não deve haver dois códigos — um de direito civil e outro de direito comercial, está certo, mas tal afirmação não é suficiente sob o ponto de vista da codificação.

O direito privado unificado pode legislativamente ser dividido por vários diplomas, vários códigos, dada a extensão das suas matérias e a necessidade, que se irá sentindo, em grau diferente quanto a algumas delas, da sua mais instante ou mais frequente regulamentação.

Como diz Tullio Ascarelli: «É evidente que o problema não concerne a uma unificação formal, ou seja a uma reunião no mesmo

código de normas ainda que diferentes. Isto poderia oferecer mesmo vantagens práticas, deixaria, porém, o problema substancialmente inalterado.»

Há, pois, um problema de codificação a resolver.



O problema da codificação não foi discutido entre nós quando da discussão travada entre Savigny e Thibaut e os seus respectivos sequazes, adversários e partidários da codificação.

Logo na Assembleia Constituinte de 1821 surgiu a ideia da elaboração de códigos — do civil, do comercial e do penal.

A ideia manteve-se entre nós sem contradita e sucessivamente foram sendo promulgados vários outros códigos.

A demora na promulgação do Código Civil não foi devida, como se sabe, a qualquer resistência à ideia codificadora, mas ao insucesso de várias tentativas para a elaboração do respectivo projecto.

Nessa altura era indiscutível a divisão do direito privado em civil e comercial e ainda não surgira qualquer ideia de regular em diplomas separados uma ou outra parte, ou uma ou outra instituição, de um ou de outro desses ramos de direito.

Mais tarde é que, além dos Códigos principais — civil, comercial, administrativo, penal, do processo penal, outros muitos começaram a aparecer : — o do registo predial, o do registo civil, o de justiça militar, o de justiça da armada, o penal e disciplinar da marinha mercante, o do processo criminal militar, o das execuções fiscais, o da propriedade industrial, o do notariado, o da estrada, o da caça, o de falências, o eleitoral ; e, se um ou outro foi desaparecendo, como estes três últimos, outros foram vindo — o das custas judiciais, o do processo nos tribunais de trabalho, o da contribuição predial, o das pensões, não falando em alguns outros, já antigos, contendo legislação especial para as províncias ultramarinas

Esta moda dos códigos foi seguida também noutros países, como na Rússia, onde existem, além de um Código da família, o Código agrário, o Código mineiro, o Código florestal, o Código veterinário, entre outros ; e em algumas legislações há um Código de trabalho.

Contra ela se pronunciou Cunha Gonçalves, queixando-se dos

Governos da República quando é certo que foi a monarquia que a iniciou, combatendo também a ideia de Ihering, mais tarde renovada por Alejandro Alvarez, de se fazer separadamente a codificação das várias instituições jurídicas, e preconizando um *Código de direito privado*, embora pela sua extensão deva ter mais de um volume para ser manuseado com facilidade, pois haveria entre esses volumes uma ligação íntima, uma unidade de pensamento, que não existiria nestes, como há entre os diversos volumes dos comentários de um código (1).

Não vejo inconveniente que a um diploma de relativa extensão e importância se dê o nome de código; haverá até nisso praticamente algumas vantagens; mas não é propriamente isso o que importa; o que importa é decidir se todas essas matérias devem ser incluídas num código de direito privado, ou se todas ou algumas delas devem ser objecto de diplomas especiais.

É um problema de política e de técnica legislativa, e que deve ser solucionado com uma orientação pragmática.

Assim, o contrato de trabalho é um contrato especial, que bem pode ser regulado num diploma próprio, chame-se-lhe, ou não código; e até convém que o seja, porisso que, dada a importância, que ultimamente lhe tem sido atribuída e o rápido progresso, que tem tido, estando todavia ainda em fase de crescimento, haverá necessidade de mais brevemente serem remodeladas as respectivas normas.

Quanto à propriedade literária e artística, para cuja remodelação legislativa foi há mais de três anos nomeada uma comissão, e à propriedade industrial, há também toda a conveniência em que façam objecto de diplomas especiais, porque são matérias ainda numa fase de excepcional desenvolvimento e a sua regulamentação no direito interno deve periodicamente pôr-se a par com as correspondentes convenções internacionais, que estão frequentemente a ser renovadas.

Outra matéria que com vantagem terá uma regulamentação em diploma especial é a do contrato de locação. É sabido como tem vindo a ser regulada desde 1910 por sucessivos diplomas e como as condições sociais, desde então até agora, tem sido de molde a justificar, ou

(1) *Tratado de direito civil*, 1.º vol., pág. 113; *O problema da codificação*, pág. 62.

melhor, a impor sucessivas reformas, estando-se ainda longe duma situação normal, quer sob o ponto de vista económico geral, quer sob o ponto de vista restrito do inquilinato.

O projecto elaborado pelo Prof. Galvão Teles, segundo a própria declaração do autor, nas palavras com que precede a respectiva publicação (1), «apenas se inclui a regulamentação julgada conforme com a natureza desse contrato, em circunstâncias normais; todos os desvios, mais ou menos anómalos, ditados por um condicionalismo económico que pode desaparecer, deixaram-se para a legislação especial em vigor, que subsistirá enquanto o mesmo condicionalismo o exigir. Não podia seguir-se, acrescenta o autor, orientação diversa na feitura de um código, que por sua natureza aspira à permanência».

Sem querer agora discutir o sistema, nem a respectiva justificação, apenas notarei que julgo preferível que um só diploma especial regule o contrato de locação a dividir a disciplina do contrato por 2 diplomas — o Código Civil e a lei especial.

Passando ao campo, que até aqui tem sido do direito mercantil, são conhecidas as tendências que se têm manifestado para elaborar códigos privativos de certas matérias, como os títulos de crédito, os seguros, as sociedades e a navegação marítima e aérea.

Vem aqui, a propósito, lembrar a consideração de Cunha Gonçalves, que à 1.^a vista pode parecer mesquinha, de que o Código de direito privado deve ser dividido em vários volumes para permitir o seu fácil manuseamento.

O Código Civil italiano de 1942 tem nada menos de 2.969 artigos; as disposições sobre a lei em geral, que o precedem, estão contidas em 31 artigos; o decreto complementar, que contém disposições atinentes à sua actuação e disposições transitórias, tem 256 artigos, e o Código da Navegação Marítima e Aérea tem 1.331 artigos, sendo de notar que este Código abrange disposições de direito privado, de direito público, direito processual, penal e disciplinar. É pois um código completo da navegação, em que a distinção entre o direito público e privado foi abandonada.

Finalmente, a matéria de falência e insolvência, quando não se

(1) Na *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, ano V, pág. 173 e segs.; e no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 13, pág. 5 e segs.

queira proceder ao trabalho difícil, mas possível, de separar as disposições de direito substantivo das de direito adjectivo, deverá, em meu entender, ser destacada do Código de Processo Civil e ser objecto de um diploma especial, como já foi entre nós e tem sido e é noutros países. A legislação sobre falências tem estado continuamente a ser remodelada em quase todos os países, como o tem sido no nosso, notando-se ultimamente tendências novas, que, total ou parcialmente, poderão ter acolhimento num futuro diploma sobre a matéria.

*
* *

Chegado a esta altura, depois de tanto ter cansado a atenção de V. Ex.^{as}, tenho de concluir apresentando a minha opinião sem mais considerações a fundamentá-la, além das que já anteriormente expuz.

Em 1.^o lugar, entendo que a unificação do direito privado deve ser feita legislativamente na parte geral e nas partes relativas ao direito das obrigações, ao direito da família e ao direito das coisas.

Mas, relativamente ao direito marítimo e ao direito aéreo, 4 soluções se apresentam: 1.^a dividir as respectivas matérias pelas partes acima indicadas do novo código; — 2.^a — incluí-las no Código Comercial se se mantiver a separação do direito privado; — 3.^a — constituir com elas um Código da Navegação Marítima e Aérea, ou apenas de direito privado; ou — 4.^a — também de direito público, seguindo o exemplo dado pela Itália.

Devo dizer que as minhas preferências são pela 1.^a solução, e seguidamente pela última.

Quanto aos contratos de trabalho e de locação e à propriedade literária e artística e à propriedade industrial, já acima dei a minha opinião.

Quanto à falência e à insolvência, também já acima a dei, mas devo acrescentar que, ou incluídas as respectivas matérias no Código de Direito Privado, ou disciplinadas num diploma especial, próprio, haverá que não deixar de lado as disposições relativas à falência dos bancos e casas bancárias.

Em 2.^o lugar, deixaria para diplomas especiais:

a) — as matérias relativas ao registo civil, ao registo predial, ao registo comercial, e ao de automóveis, mas incluiria no Código de

Direito Privado os princípios e normas gerais, reservando para o respectivo diploma, ou diplomas, apenas as disposições de carácter regulamentar, além das de direito administrativo;

b) — quanto ao actual Código de Notariado, excluiria dele, passando-o para o Código de Direito Privado, tudo o que se refere a espécies e força probatória dos documentos, traslados e certidões, e à forma dos actos jurídicos;

c) — finalmente, deixaria ainda para diplomas especiais as matérias relativas às águas, à caça, à pesca e à indústria mineira, a algumas das quais não vejo a menor referência no opúsculo do Presidente da Comissão de reforma do Código Civil, como a não vejo a algumas das outras matérias acima indicadas.

Pois todos estes problemas deviam, no meu modo de ver, ser *ab initio* postos e solucionados pela Comissão.

Para eles e especialmente para o concernente à inserção no novo código das normas relativas à matéria comercial, com as restrições que acima indiquei, ousou pedir a sua douda atenção, esperando que dos seus esforços resulte um projecto que, honrando as nossas Faculdades de Direito, possa ser uma base de discussão digna da obra legislativa de tão grande responsabilidade e importância como será o novo Código.

E, para terminar, permita-se-me que apresente a expressão, aliás platónica, do meu desejo de que o novo Código tenha uma orientação tão acentuadamente social quanto possível e que, sem pôr de lado as tradições do nosso direito, que não sejam incompatíveis com o espírito moderno, aproveite todas as inovações, que a doutrina e o direito comparado lhe indiquem e que, por sua vez, não sejam incompatíveis nem com aquela orientação, nem com esse espírito, nem tão pouco com as condições especiais do nosso País.

Em suma: que o novo Código seja um monumento jurídico, que patenteie os progressos da ciência jurídica em geral e, em particular, da ciência jurídica portuguesa.

BARBOSA DE MAGALHÃES