



Direito Comercial

necessidade e utilidade de uma revista

Pedro Pais de Vasconcelos¹

One of the most powerful influences on human activity is the driving force of trade. Governments may be overthrown, wars may break out, large areas of a country may be devastated, but somehow traders find ways of establishing and continuing business relations.²

I. Porquê esta revista

Esta revista surge agora porque não há em Portugal, hoje, nenhuma revista que tenha como tema e conteúdo o Direito

¹ Doutor em Direito; Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Lisboa; Presidente do Conselho Diretivo da AIDA PORTUGAL – Secção Portuguesa da Associação Internacional de Direito dos Seguros; Membro do Project Group; “Restatement of European Insurance Contract Law”

² ROY GOODE, *Commercial Law*, 3rd. Ed. Penguin Books, London, 2004, pág. 3.



Comercial. E já há muito tempo que não há. Ela vem preencher uma lacuna.

Esta revista fazia falta. Há hoje em Portugal duas revistas de direito de sociedades comerciais, ambas muito boas, mas naturalmente limitadas no seu âmbito material. Mas há muito Direito Comercial para além do direito societário, desde o que se pode chamar o Direito Comercial comum, até aos seus vários ramos especializados. Têm sido publicados textos de Direito Comercial, quer em manuais escolares, quer em artigos inseridos em obras coletivas ou em revistas jurídicas generalistas. Mas não é suficiente.

O surgimento simultâneo de duas revistas de Direito das Sociedades Comerciais, uma das quais por mim fundada e dirigida, conjuntamente com Jorge Coutinho de Abreu e com Rui Pinto Duarte, contribuiu para um desenvolvimento nunca antes visto do Direito das Sociedades Comerciais. Faltava o veículo, o suporte material da publicação. A possibilidade de publicação agiu como catalisador jurídico-científico e impulsionou, por sua, vez a iniciativa do estudo e da publicação de textos nessa matéria.

Mas o Direito Comercial geral e os seus demais ramos continuaram com uma manifesta dificuldade de desenvolvimento por falta de uma revista que lhes fosse dedicada e que impulsionasse a iniciativa do estudo e a produção em temas de Direito Comercial, a partilha do pensamento e o diálogo das ideias.

Na vida de relação no âmbito privado, o Direito Comercial ocupa manifestamente a maior parte. Todos os dias as pessoas comuns, não só os comerciantes, mas todos e cada um de nós intervêm num grande número de atos de comércio e de práticas mercantis, alguns mesmo sem uma clara consciência ou mesmo sem se aperceber



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

disso, desde o transporte urbano à bebida de um café ou à refeição, à aquisição de bens de consumo comuns e mais ainda um sem número de atos, comportamentos e práticas que integram o Direito Comercial e são por ele regidos. A relevância do Direito Comercial na vida do cotidiano, no funcionamento da economia, no ensino do Direito, nas decisões do Tribunais na advocacia e nos mercados é enorme.

Daí a justificação e a necessidade desta revista.

Esta revista é publicada online. Abandona o paradigma das revistas em papel. Fáz-lo intencionalmente. No século XXI, o papel como suporte material duma revista, é uma má opção, porque é cara e porque viaja mal. São muito caras a impressão, a armazenagem e a distribuição das revistas; diversamente, a impressão, a armazenagem e a distribuição das revistas online têm um custo relativamente baixo. Por outro lado, as revistas em papel têm dificuldade em viajar para longe; ao contrário, as revistas online chegam a todo o lado onde houver internet.

Esta revista, como é publicada com custos muito baixos, pode ser gratuita. Quem a quiser ler, pode fazê-lo sem ter de pagar o que quer que seja; basta abrir o seu site. Pode baixar (download) os seus conteúdos gratuitamente e armazená-los no seu computador. Até pode imprimir os textos que preferir ler em papel.

A publicação gratuita online possibilita a divulgação com um maior âmbito territorial e pessoal. Esta revista não é destinada a quem quiser ganhar direitos de autor, mas a quem prefere a divulgação. Todos os autores renunciam expressamente aos direitos de autor correspondentes aos textos publicados.



A Revista de Direito Comercial tem um número por ano. Os seus textos vão sendo publicados durante o ano. Em 31 de dezembro o número é fechado e continua online como já estava; no dia 1 de janeiro tem início o número seguinte.

Os textos a publicar são artigos de teoria e prática do Direito Comercial, decisões judiciais e seus comentários, leis, projetos legislativos e seus comentários, e ainda notícias de factos e eventos correlativos. Abrange primordialmente o Direito Comercial de língua portuguesa, Português, Brasileiro, Angolano, Moçambicano, Cabo-verdiano, Guineense, São-tomense, Timorense e de Macau, e pode também publicar Direito Comercial de outras ordens jurídicas.

Tal como entendido pela Revista de Direito Comercial, o Direito Comercial tem um conteúdo material amplo e não se confunde com o Direito Civil, do qual não constitui simplesmente um ramo. Importa, por isso, dizer umas breves palavras sobre o que é o Direito Comercial na perspetiva desta revista.

II. O Direito Comercial como realidade histórica

O comércio existe desde tempos imemoriais. Desde o tempo da troca direta, pode adivinhar-se que houve quem adquirisse aqui, por troca, para ir alienar, também por troca, a outra pessoa, possivelmente noutra lugar. A troca direta envolvia dificuldades na equivalência de valor e, muito mais tarde, surgiu a moeda, meio fungível de troca, que permitia acertar os valores efetivos e diferenciais das coisas trocadas e facilitou imensamente os negócios. A moeda é permutável por todas as coisas e até por si própria, é a mais fungível das coisas.



Desde que há comércio, há modos e maneiras de comerciar. Esses modos de comerciar foram, paulatinamente e numa evolução longa, estabilizando tipos sociais de relacionamento entre as pessoas no comércio, entre as pessoas e as coisas no comércio e também os modos de resolver divergências e desentendimentos no comércio. Estes comportamentos tiveram tendência para se tipificarem, para se tornarem típicos. Primeiro, como tipos reais de frequência, como comportamentos que na realidade da vida se reiteram frequentemente do mesmo modo, nas mesmas situações, com o mesmo sentido. De tipos reais de frequência, ou tipos frequentes, evoluíram para tipos ideais, que transportavam já em si algo de dever-ser, de normatividade. Eram modos de comportamento reiterado que além de se repetirem deviam repetir-se e que era esperado que se repetissem. Foi-se formando a convicção de que, naquelas situações, as pessoas se comportariam desse modo, de tal modo que se foram criando expectativas de que assim acontecesse. Com o tempo, assim passou a tornar-se devido e passou a ser reprovável que assim não sucedesse. Cada um sabia que se deveria comportar assim e que os outros esperavam que assim se comportasse, e principalmente que era reprovável que assim não fosse. Assim se criaram os tipos ideais normativos de comportamentos no comércio, tipos correspondentes a modelos de comportamento frequente que se reiteram com a convicção de ser devida a sua observância.

Estes tipos de comportamentos no comércio começaram por ser tipos sociais. Quando surgiram, eram respeitados por convicção geral ou quase geral de obrigatoriedade, sem que fossem ainda impostos por lei do Soberano ou do Estado, mas antes por convicção da sua obrigatoriedade e da reprovabilidade do seu desrespeito.



Não eram ainda tipos legais mas, com o tempo e a evolução milenar, acabaram por ser recolhidos pelos legisladores nas leis e tornados obrigatórios e vinculativos, e por serem suportados e impostos pela soberania estatal.

Nem todos os tipos ideais normativos que existiam como tipos sociais se transformaram em tipos legais, se legalizaram por intervenção dos legisladores, mas assim sucedeu em relação a muitos deles. Mantiveram-se assim em coexistência no comércio tipos legais, legislados e impostos pelos Estados, e tipos sociais, não legais, vinculativos por convicção, por reiterada prática com convicção de obrigatoriedade, quer dizer, como costumes.

O Direito Comercial nasceu da prática como costume do comércio e do mercado e só após a sua consolidação foi sofrendo a intervenção dos legisladores e das leis. As intervenções dos legisladores tiveram qualidade desigual, umas melhores outras piores e orientaram-se por finalidades variadas. Sem aquele grau de convicção de obrigatoriedade se foram tipificando também os usos comerciais, tipicamente praticados no comércio, correspondentes também a modelos de atuação e de comportamento, espontaneamente praticados e respeitados mais por inércia do que por convicção de dever ser. Os costumes comerciais correspondem a tipos sociais normativos; o uso a tipos sociais de frequência.

A receção dos tipos sociais de comportamentos comerciais na lei e a sua normalização e generalização foi uma exigência da prática. Os mercados eram plurais e dispersos, e as práticas tipificadas constituíam costumes locais com âmbitos de vigência territorial e pessoal limitados. A sua dispersão levou os legisladores a querer harmonizá-los de modo a dar mais segurança e praticabilidade aos



negócios. O alargamento dos mercados consequente, por exemplo, da expansão do Império Romano, dos Descobrimentos, da integração europeia ou da globalização conduziram historicamente e continuam a conduzir a harmonizações dos tipos, das práticas, das legislações e das regulações comerciais. É da natureza das coisas que assim seja.

Mas a intervenção legislativa e estatal visou e visa também outros fins como, por exemplo, os de proteger os consumidores, ou o mercado, ou ainda de prosseguir políticas económicas, de controlar a economia, ou de contrariar as práticas comerciais. Com resultados variados.

Nem todos os tipos sociais de comportamentos e relações comerciais foram objeto de legislação e muitos mantiveram-se socialmente típicos e legalmente atípicos. Tanto no comércio em geral como nos diferentes mercados, existiram e existem, coexistem, tipos legais e tipos sociais de comportamentos e de relações comerciais. Quase sempre os tipos legais nasceram da compilação e da recolha na lei de tipos sociais que tinham vigência e que se revelou conveniente legislar, de modo a harmonizar, generalizar, e a conferir segurança na concretização. Mas a legislação dos tipos sociais nem por isso os fez desaparecer, eles ficaram e subsistiram, subjacentes aos correspondentes tipos legais, como fontes de sentido jurídico e critério de solução de questões não previstas na lei, de dificuldades de concretização e modelos de solução úteis, quando não mesmo necessários à correção, ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento da lei, e também à solução dos “*hard cases*” que nenhuma lei, por mais perfeita que seja, consegue completamente prevenir. Nos tratos e contratos, e nas relações do quotidiano, continua a ser as mais das vezes pelos tipos



sociais não legislados, mas bem conhecidos e assumidos no mercado, que as pessoas se regem. O comércio não é uma atividade de advogados, de juízes ou de juristas e nem sequer é necessário ter conhecimentos jurídicos para agir no mercado.

A atividade legislativa de captação dos tipos comerciais sociais não foi uniforme em todo o mundo, nem em todos os mercados. Em consequência, de mercado em mercado, de país em país e de região em região, mantiveram-se diferenças relevantes quanto ao âmbito material das práticas que foram legalmente tipificadas e das que não o foram. Há mercados mais regulamentados e outros em que os legisladores menos interferem, assim como há certos tipos sociais que em certos mercados se mantêm como tais e que noutros são legislados em tipos legais.

A legislação dos tipos sociais, a construção de tipos legais de atuações, relações e comportamentos comerciais tem vantagens e inconvenientes. É útil no que dá de harmonização e de certeza, e é pernicioso naquilo em que rigidifica e cristaliza os tipos, interrompe a sua evolução e impede a sua adaptação aos mercados e o seu desenvolvimento. As concepções dirigistas que assumem o Direito e a Lei como ferramentas de “*social engineering*” têm dificuldade em deixar as práticas e os tipos comerciais evoluir por si próprios. Ao tentarem aprisioná-los nos quadros formais da legalidade, acabam por criar dificuldades ao comércio e por levar os comerciantes e outros agentes do mercado a evitar a utilização de tipos legais desatualizados e desadaptados às necessidades e a criar novos tipos sociais extralegais com os quais continuam a comportar-se como lhes convém e que, num ciclo repetido, acabam, mais cedo ou mais tarde, por atrair a atenção dos legisladores e por dar lugar a novos



tipos legais. E assim vai continuando a evolução do Direito Comercial.

A evolução do Direito Comercial não é linear e, no mesmo tempo, no nosso tempo, coexistem tipos de comportamentos e de relacionamentos mercantis, uns primitivos e outros sofisticados, quer no mesmo mercado, quer em diferentes mercados, desde a troca direta à contratação eletrónica, cibernética e virtual.

O Direito Comercial só se compreende e só se torna operativo e sem distorções quando se não perca a perspetiva histórica dos seus institutos, das suas leis e dos seus códigos, dos seus tipos sociais e legais de posições, de relações jurídicas e também de conflitos.

Os grandes códigos do Direito Comercial, Códigos Comerciais propriamente ditos, *Restatements*, Códigos e Leis de Sociedades Comerciais, de Direito Bancário, de Seguros, do Mercado de Capitais, de Transportes, de Propriedade Industrial (melhor se lhe chamaria “propriedade comercial”), as grandes compilações de tipos sociais como, por exemplo, os “Incoterms” ou as regras da ISDA sobre derivados, para mencionar apenas alguns, e até as regulações e tratados internacionais, por exemplo, sobre transportes, não podem deixar de ser pensados sem uma perspetiva histórica e sem ter bem presente que os regimes atualmente em vigor não nasceram por acaso e correspondem ao culminar da evolução que ainda não terminou e que continuará a desenvolver-se no futuro.

O Direito Comercial é muito menos tributário de textos legais do que muitas vezes se pensa. O principal dos seus contributos é a autonomia privada, aquilo que as partes, os comerciantes entre si e com os não comerciantes, acordam nos seus tratos e contratos.



Secundariamente, os tipos sociais de posicionamentos, de comportamentos, de relacionamentos e até de modos de composição de divergências contribuem muito relevantemente para a disciplina do Direito Comercial. Também é relevante, embora não principalmente, a lei com que os Estados soberanos visam controlar e regular o comércio.

Finalmente, é imprescindível, quer na legislação quer na interpretação e na concretização do Direito Comercial o recurso à Natureza das Coisas. Tanto na redação das leis e outros instrumentos normativos, como na sua concretização, não podem deixar de ser tidas em conta as realidades físicas e as realidades sociais que as impulsionam, condicionam, influenciam ou mesmo impedem. Desde o banal número dos dias e das horas, as estações do ano, as condições climáticas, a resistência dos materiais, como as filosofias, as ideologias, as morais, as teorias económicas ou jurídicas, os costumes e os usos, são relevantes na redação das leis, na negociação e redação dos contratos, nos manuais ou instruções de uso dos equipamentos, máquinas e produtos nos mercados. Também na aplicação das leis, como na concretização dos contratos, como ainda nas decisões judiciais e arbitrais não pode deixar de ser tida em consideração a Natureza das Coisas como catalisador e dador de sentido. Nas suas componentes de *entia physica* e de *entia moralia* a Natureza das Coisas tem de estar sempre presente e desempenhar o seu papel.

Há leis que não são razoáveis e cujo cumprimento por vezes se revela mesmo impossível. Porque é que isto acontece? Principalmente porque na sua redação não foram tidas suficientemente em conta as realidades da vida, da economia, do mercado, da técnica, para já não falar da geografia, do clima e da



natureza. Há leis que copiam, transpõem ou imitam outras leis vigentes noutros países e noutros mercados, há leis que demoram tanto tempo a ser negociadas que quando entram em vigor já se alterou o quadro circunstancial para o qual foram pensadas,³ há leis que são desenhadas com intuitos de “*social engineering*” na perspetiva e numa conceção do Direito como instrumento de direção da sociedade e que acabam por ser descumpridas quando não puramente ignoradas, porque a sociedade evoluiu noutra direção que não a que aquele legislador histórico iluminadamente sonhou. Há ainda, e este é talvez o maior e o pior número, leis que são desenhadas por tecnocratas desconhecedores das realidades ou, pior ainda, como consequência nefasta das práticas de lóbi em benefício de certos interesses económicos. A desconsideração da atividade legislativa pela Natureza das Coisas ocorre com alguma frequência, quase sempre com consequência más.

Também há contratos mal negociados e mal minutados. Não é inédito que o texto contratual nem sequer corresponda à vontade comum das partes. Isto sucede por mais do que uma razão, principalmente pela má tendência para a prolixidade dos textos e pelo aproveitamento acrítico de modelos contratuais já existentes. Dificilmente um mau contrato deixará de prejudicar uma boa relação comercial.

³ Um dos casos mais manifestos desta desatualização genética são os regimes Basileia II e Solvência II, em aplicação nos setores bancários e de seguros, que foram meticulosamente projetados em e para um tempo de forte, mesmo excessiva, expansão da economia e que acabaram por entrar em vigor já depois do deflagrar da crise financeira, em tempo de forte recessão e mesmo de depressão, que estão a contribuir para agravar, com efeitos seriamente perversos.



III. O Direito Comercial e o Direito Civil

1. A diferença histórica entre o Direito Comercial e o Direito Civil

O Direito Comercial nasceu do *jus honorarium* e do *jus gentium*. O *jus gentium* desenvolveu-se do relacionamento dos *cives* romanos com os estrangeiros, principalmente no mediterrâneo, após as guerras púnicas, quando Roma passou a dominar o *Mare Nostrum*. O *jus civile*, era demasiado rígido e formal para se conseguir aplicar às relações comerciais com estrangeiros; o *praetor peregrinus*, foi admitindo *actiones* e criando deste modo regras e critérios diferentes do *jus civile* para o relacionamento mercantil entre romanos e estrangeiros.

Durante séculos, o comércio floresceu no mar e na terra. Com a queda do Império do Ocidente, na Idade Média, a fragmentação política não prejudicou a continuação e desenvolvimento dos usos e costumes do comércio, adotados por comerciantes nas suas praças, num misto de *jus mercatorum* subjetivo e de *lex mercatoria* objetiva que regeu o comércio durante os séculos subsequentes. O Direito Comercial na Idade Média é sobretudo estatutário e local, por vezes com projeção alargada pela excelência do seu conteúdo e pela adoção espontânea pelos mercadores, dos quais constituem um exemplo marcante os *Rôles d'Oléron*. Com o Renascimento, a formação do Estado moderno, já na Idade Moderna, veio permitir intervenções sistemáticas do poder dos soberanos sobre o



comércio, de que são exemplo a *Grande Ordonnance de Colbert* e bem assim as que a antecederam.

Os estatutos mercantis continham a codificação de regras, usos e costumes que se tinham historicamente sedimentado no comércio e que eram diferentes dos civis. Vigoravam sobretudo no direito do comércio marítimo, nos seguros, nas operações de banca e na compra e venda, na preposição e na comissão, na limitação da responsabilidade e na insolvência. As sociedades comerciais só surgiram mais tarde, no século XVII, embora houvesse já embriões de socialidade na comenda e na *societas unius rei*.

No século XIX, a codificação francesa vem consagrar em separado o Code Civil (1804) e o Code de Commerce (1808). A lógica anti-estatutária da Revolução Francesa induz no Code de Commerce um sentido fundamentalmente, embora não exclusivamente, objetivo, assente nos *actes de commerce*. O regime francês exerce uma enorme influência na Europa, embora se mantenha nas monarquias do centro, anti-revolucionárias, como na Alemanha, o sistema subjetivista, na esteira do *Allgemeines Landrecht* de 1794, e que ainda está no *Handelsgesetzbuch* de 1897. O Código Comercial português de 1888, ainda em vigor, adotou também o sistema objetivista e, no seu artigo 1º é claro: *A lei comercial rege os atos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*. Não obstante, o regime não é exclusivamente objetivo e mantém uma importante componente subjetiva, na segunda parte do artigo 2º, ao qualificar como atos de comércio *todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar*. O Direito Comercial português é misto de objetivo e subjetivo, embora com domínio do objetivo, como um direito que é



do comércio, mas também dos comerciantes. O fascismo italiano, em 1942, substituiu a dualidade dos Códigos Civil e Comercial, de 1865 e 1882), por um *Codice Civile* unitário que, numa linha anti-liberal reacionária, tentou regressar ao tempo das corporações, sem conseguir, todavia, eliminar a separação entre o Direito Comercial e o Direito Civil, no ensino e na cultura do Direito.

2. A diferença material entre o Direito Comercial e o Direito Civil

(a) A Lei Comercial e o Direito Comercial

A separação do Direito Comercial e do Direito Civil não é apenas de raiz histórica e cultural e, para além de substancia é também jurídico-formal. O artigo 3º do Código Comercial é eloquente:

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

Este preceito, que tem valor imperativo, estabelece uma hierarquia de fontes do Direito Comercial: em primeiro lugar o texto da lei comercial, depois o seu espírito, finalmente pelos casos análogos e, só depois de esgotadas todas estas fontes, é lícito recorrer ao Direito Civil.



A distinção entre Direito Comercial e Direito Civil é indiscutível. O Direito Comercial tem a sua matéria na lei comercial, no espírito do Direito Comercial e na analogia. Embora seja relativamente frequente a aplicação direta do Direito Civil, *rectius* do Código Civil na resolução de questões com naturezas mercantis, nem por isso essa prática é menos incorreta.

Porque o Direito Comercial e o Direito Civil são radicalmente diferentes (no sentido de raiz, de fonte, de fundamento e de origem), são diferentes o seu sentido, o seu método também, a sua problemática também e a sua economia também.

O Direito Civil rege as relações entre as pessoas comuns e as suas posições na sua vida privada, mas fora do comércio; o Direito Comercial rege as relações entre comerciantes e entre comerciantes e civis, no comércio, e as correspondentes posições jurídicas. Esta distinção convoca a distinção entre comércio e vida privada não comercial, e também entre comerciantes e não comerciantes (civis).

O Código Comercial evita recorrer a uma definição objetiva de comércio, necessariamente difícil, falível e defeituosa, e prefere substituir-lhe a enumeração do que são atos de comércio objetivos, quer dizer, de atos que são comerciais independentemente de serem celebrados por comerciantes no exercício do comércio, de atos e práticas que são comerciais, quer sejam celebrados por ou entre comerciantes ou não, quer ocorram dentro ou fora do comércio. Como uma tal enumeração é necessariamente incompleta, o artigo 4º da Carta de Lei que põe o Código Comercial em vigor manda que:



Toda a modificação que de futuro se fizer sobre matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adiçãoamento dos que forem necessários.

Este preceito não se limita a uma manifestação de fé na codificação, muito mais do que isso, contribui para a delimitação material do Direito Comercial naquilo em que diz que toda a modificação legal que se vier no futuro a fazer na matéria do Código se considera como integrante da matéria do Direito Comercial, mesmo que de legislação avulsa ou extravagante. Em França, as leis de sociedades e outras leis extravagantes foram integradas no *Code de Commerce* em 2007, com uma numeração de artigos própria. Teria sido fácil fazer o mesmo no direito português, mas a tendência dominante não tem sido essa. Há, por isso, um grande número de leis que estão formalmente fora do Código Comercial embora pertençam aos seus temas materiais. Essa pertinência é de tal modo forte que as próprias editoras as costumam reunir em maior ou menor número com o Código Comercial nas edições que fazem de lei comercial.

Há zonas de enorme relevância na vida jurídica mercantil que, embora tenham inúmera legislação extravagante, são obviamente de Direito Comercial como toda a legislação de direito bancário, de direito dos seguros, de direito dos transportes, de direito das sociedades comerciais, de direito dos títulos de crédito, da compra e venda mercantil incluindo as vendas à distância, de direito da concorrência, de direito dos mercados de capitais e, sem ser exaustivo, ainda o direito da insolvência. Todas estas matérias têm



ou tiveram a sua matriz no Código Comercial. Outras existem que como as relativas aos sinais identificadores no comércio, formas, marcas, logótipos, patentes, etc., conhecidas por propriedade industrial, que melhor se deveria chamar de propriedade comercial. Tudo isto, além, também das atividades – empresas – mercantis enumeradas no artigo 230º do Código Comercial. É enorme o âmbito material do Direito Comercial.

(b) O espírito do Direito Comercial

Em caso de falta de regulação material, nestas matérias, não se pode, desde logo, recorrer ao Direito Civil. Segundo o artigo 3º do Código Comercial, na falta de texto de lei comercial, deve recorrer-se *ao seu espírito*.

O que é o espírito da lei comercial? Não há nenhuma lei que o diga, que o defina, que enumere o que aí se contém. Não cabe à lei dizer qual é o espírito do direito comercial e ainda bem que nunca teve essa triste ideia, porque ao ser objeto de lei, deixaria de ser o espírito e passaria a ser a letra da lei. Além de que seria inevitavelmente deturpado, desviado e desatualizado. Ao procurar discernir o espírito do Direito Comercial, o jurista já não pode limitar-se a “ler leis”, como fazem os maus juristas, e tem de pensar, tem de estar informado, tem de conhecer o que é o comércio, os usos e os tipos de comportamentos e de posições no comércio, o modo como as coisas e as pessoas são e os modos como as coisas funcionam e como as pessoas agem no comércio e no mercado e em cada mercado: tem de discernir.



i. O espírito lucrativo

O primeiro vetor do espírito do Direito Comercial é a lucratividade. O comércio e os comerciantes movem-se pelo lucro. O comércio não é altruísta assim como os comerciantes não se movem pela caridade. Investem no comércio os seus bens e o seu trabalho, a sua argúcia e os seus conhecimentos, para ganharem dinheiro. Nem sempre ganham e nem todos ganham, mas todos têm essa esperança que é alimentada pelos casos de sucesso. Há sempre alguns comerciantes que ganham, alguma vez, e é isso que motiva os outros e lhes mostra que é possível. O comércio cria valor, cria emprego e vantagens para os outros, mas o intuito do comerciante não é o enriquecimento alheio, é o benefício próprio.

ii. O espírito especulativo

A especulação é outro dos vetores do espírito do Direito Comercial. A especulação é tanto mal vista quanto mal entendida. A Constituição da República, na alínea c) do seu artigo 99º, firma como objetivo da política comercial, entre outros, *o combate às atividades especulativas e às práticas comerciais restritivas*. Em cumprimento deste mandamento constitucional, o artigo 35º do Decreto Lei nº 28/84, de 20 de janeiro, tipifica e pune o crime de especulação como segue:

- 1 - Será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem:*
 - a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos;*
 - b) Alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os*



- preços que do regular exercício da atividade resultariam para os bens ou serviços ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor;*
- c) Vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço;*
 - d) Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas.*
- 2 - Com a pena prevista no número anterior será punida a intervenção remunerada de um novo intermediário no circuito legal ou normal da distribuição, salvo quando da intervenção não resultar qualquer aumento de preço na respetiva fase do circuito, bem como a exigência de quaisquer compensações que não sejam consideradas antecipação do pagamento e que condicionem ou favoreçam a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais.*
- 3 - Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.*
- 4 - O tribunal poderá ordenar a perda de bens ou, não sendo possível, a perda de bens iguais aos do objeto do crime que sejam encontrados em poder do infrator.*



5 - A sentença será publicada.

Da própria definição legal do tipo de crime ressalta que se trata de condutas desonestas que visem e consigam perturbar e falsear a formação de preços fixados ou regulados pelo Estado ou «pela entidade vendedora ou prestadora do serviço» ou ainda com o falseamento de pesos e quantidades de mercadorias vendidas em género.

Resulta também deste regime que nem toda a especulação é ilícita, apenas a especulação desonesta ou desleal, e só constitui crime o comportamento previsto na norma incriminadora. Do mesmo modo, pelo facto de ser ilícita a concorrência desleal não se pode concluir pela proscricção da concorrência. Tal como a concorrência não pode ser feita de todo e qualquer modo, também a especulação tem limites de licitude.

Mas o que é, afinal a especulação?

É a assunção de um risco económico, através de um investimento de presente, na expectativa de um retorno de futuro, que poderá ser superior ou inferior ao investimento inicialmente feito. Acontece na compra e venda mercantil – na compra para revenda seguida da revenda, ou de fundos públicos ou de títulos de crédito negociáveis, ou de bens imóveis (artigo 463º do Código Comercial), ou no reporte (artigo 477º) ou no aluguer, ou no transporte ou nas operações de banca ou de bolsa.

É particularmente visível a especulação nas empresas comerciais enumeradas no artigo 230º do Código Comercial: no contrato de transformação, o transformador aceita uma contrapartida por uma



transformação que lhe poderá dar um resultado positivo (lucro) ou negativo (perda), ou no fornecimento, em que ajusta um preço pelo fornecimento e vai depois obter o respetivo objeto por um preço que poderá ser lucrativo ou deficitário, ou no agenciamento de negócios ou leilões, ou na exploração de espetáculos públicos, ou na edição, ou nas empreitadas, ou na atividade transportadora. Há sempre um investimento inicial, que algum tempo mais tarde pode realizar-se em lucro ou em perda. A especulação é ainda notória no seguro, em que o segurador aceita assumir um risco do cliente (tomador ou segurado) mediante um prémio, podendo ganhar ou perder consoante o sinistro. E não é muito diferente o que se passa com as operações de banca e as operações de bolsa.

A especulação, o investimento, o tempo e o risco estão sempre ligados.

Todo o comerciante especula mais ou menos, a mais longo ou a mais curto prazo, com maior ou menor risco e com bom ou mau resultado. O comércio é uma atividade inerentemente especulativa.

iii. O espírito concorrencial

O comércio é concorrencial.

Há experiências históricas de regimes de organização económica corporativa ou socialista antiliberal em que os preços são fixados administrativamente sem recurso à concorrência. Assentam em modelos económicos em que uma teoria objetiva do valor dá critério à definição de um *justo preço* que se pretende corresponder a um justo valor objetivo de cada um dos bens transacionados.

Em regime de economia liberal, diversamente, os preços são determinados no mercado em termos de oferta e de procura, em concorrência. Se o mercado for perfeito, isto é, se tiver a necessária



liquidez, fungibilidade, informação, transparência e liberdade, o valor dos bens transacionados corresponde ao encontro entre o valor para quem adquire e o valor para quem aliena. Num regime de mercado perfeito, como o idealizado pelos economistas do liberalismo clássico, a oferta e a procura, em livre concorrência, permitiria uma formação perfeita dos preços. Neste sistema evitar-se-iam as distorções provocadas por intervenções estatais.

Na prática, verificou-se que, por um lado, os mercados nunca são perfeitos na sua totalidade e, por outro, há preços que não podem deixar de sofrer manipulações estatais por razões sociais e políticas. Verificou-se também que as economias sem mercados não conseguem fixar preços com a perfeição que lhe permitam funcionar com um mínimo de eficiência.

Na atualidade, os regimes económicos de quase todo o mundo, são mistos de mercado e de intervenção estatal. Dependendo das políticas económicas de cada país, os respetivos mercados funcionam com maior ou menor intervenção estatal da fixação dos preços, sem prejuízo do funcionamento dos mercados em concorrência nas zonas da economia consideradas não socialmente sensíveis. Coexistem assim regimes de livre concorrência, com regimes de preços administrativos.

Ao contrário do pretendido pelos regimes económicos antiliberais, a concorrência não é destruidora de valor, mas é criadora de valor porque permite afastar do mercado as empresas menos eficientes e selecionar as soluções que melhor contribuem para satisfazer as necessidades económicas das pessoas. No sistema jurídico-económico português, a integração na União Europeia envolveu a transição de um sistema tendencialmente corporativo antiliberal, com forte intervenção estatal, para um sistema de base



liberal assente no mercado livre embora com áreas e setores de intervenção social.

Mas o Direito Comercial é o direito do mercado, do mercado livre e concorrencial. No exercício do comércio, é a concorrência. A concorrência quanto mais perfeita melhor, rege os comportamentos no mercado e afasta os agentes e os processos menos eficientes e os substitui pelos mais eficientes.

O espírito concorrencial é uma das principais componentes do espírito do Direito Comercial.

iv. A profissionalidade

Os comerciantes são profissionais, exercem o comércio como meio de vida, para ganharem dinheiro. Não são amadores, não o fazem por prazer ou por entretenimento, assim como não são altruístas e não o fazem desinteressadamente.

Como profissionais, os comerciantes não merecem grande proteção no exercício do comércio. Eles sabem o que fazem, ou deviam saber. E se não sabem, o problema deve ser deles.

Mas no comércio não intervêm apenas os comerciantes e daí a distinção entre negócios B2B (*business to business*) e B2C (*business to consumer*). O *direito do consumo*, que visa fundamentalmente a proteção dos consumidores em relação aos comerciantes é também direito do mercado e, como tal, Direito Comercial. Os consumidores merecem proteção porque são tipicamente menos informados, menos experientes e até menos frios na tomada de decisões económicas. A sua proteção é fundamental para manter, no mercado, a confiança sem a qual o comércio estiola ou mesmo acaba por cessar.

No mercado, também os comerciantes podem intervir como consumidores, quando intervêm como tais. Isto sucede com



frequência e com clareza no caso dos comerciantes individuais, quando estão no mercado fora do âmbito do seu comércio, a comprar ou a vender, ou a praticar outros atos numa posição de adquirentes de bens ou serviços em consumo, isto é, fora do seu comércio. O mesmo sucede também com comerciantes societários ou outros não individuais quando agem fora do âmbito da sua atividade própria. A simples qualidade de comerciante não exclui, sem mais e só por si, a posição jurídica de consumidor. Mas importa não confundir: quando um comerciante adquire, por exemplo, bens tipicamente de consumo, como por exemplo combustíveis, energia ou mesmo alimentos no âmbito do seu comércio, pratica atos de comércio subjetivamente comerciais e não age como consumidor.

O Direito Comercial, como direito do mercado, abrange também o Direito do Consumidor.

v. A empresarialidade

O espírito do Direito Comercial está fortemente informado pelo ambiente empresarial em que é exercido o comércio.

Já no artigo 230º do Código Comercial, a empresa protagoniza o exercício mercantil, ao lado do comerciante. O comércio é exercido de modo empresarial. A empresarialidade foca-se em objetivos concreta e claramente estabelecidos, objetivos que são de natureza económica e lucrativa e numa organização, mais ou menos sofisticada, de afetação de meios para os prosseguir.

Os objetivos, no comércio, são vários e são normalmente especializados em certos setores do comércio e do mercado. Podem ser mais amplos ou mais restritos, mas são determinados, não são vagos. Os meios utilizados são organizados e estruturados do modo mais eficiente possível, para evitar e reduzir redundâncias e perdas.



A eficiência dos meios para alcançar os objetivos é o critério da ação.

A empresarialidade das empresas e da sua atividade constitui um critério de ação e de decisão no Direito Comercial. Nessa lógica, os atos, os tratos e os contratos, todo o agir no comércio e no mercado deve ser orientado, na concretização do Direito Comercial tendo em consideração a empresarialidade.

vi. Simplicidade, celeridade e aparência

O mercado tem de ser eficiente, quanto mais eficiente melhor.

Para tanto, precisa de ser simples e rápido. A imagem de Hermes, deus dos mercadores, tem asas nos tornozelos e no capacete, em alusão à celeridade. Para ser rápido, tem de ser simples e para ser simples tem de ser rápido. Quem mais cedo chega ao mercado e melhor lhe satisfaz as necessidades é que mais lucra e melhor é sucedido. O tempo é dinheiro.

Para tudo isto, o mercado tem de funcionar sobre aparências. Não há tempo para verificar o que as pessoas e as coisas efetivamente são, o mercado contenta-se com o que parecem. A concretização jurídica em Direito Comercial assenta muito intensamente e muito frequentemente na aparência e a aparência merece uma tutela forte sempre que necessária para assegurar a eficiência do mercado e do seu comércio.

vii. A confiança

O espírito do Direito Comercial assenta, também, na confiança. O mercado funciona sobre a confiança e pressupõe a confiança para funcionar. Quando se perde a confiança, estiola e pode mesmo extinguir-se. Isso é notório, hoje, no mercado de capitais cujo



funcionamento deficiente está a afastar os pequenos investidores particulares que, em consequência de más experiências, receiam perder as suas poupanças e que perderam a confiança no seu funcionamento.

A confiança é necessária no mercado, quer objetiva quer subjetivamente.

Objetivamente, é necessário que as coisas sejam merecedoras de confiança. As coisas, nos mercados, são o objeto do comércio, mesmo que coisas incorpóreas. São as mercadorias, incluindo bens de consumo, bens transacionáveis e software ou serviços. As coisas têm de ser aquilo que aparentam ser e os agentes do mercado têm de poder confiar que as coisas são isso mesmo, aquilo que aparentam ser e aquilo como são apresentadas. O mercado não funciona, ou funciona mal, se tiver de ser o adquirente a verificar se as coisas têm as características, as qualidades e as quantidades que lhes são atribuídas. A regra «*caveat emptor*» é inimiga do mercado.

Subjetivamente, é necessário que as pessoas mereçam confiança. Os comerciantes estabelecidos na praça devem merecer «fé e crédito». A fé e crédito do comerciante é merecida e obtida com base na probidade e na solvabilidade. Só é fiável o comerciante que é sério, honesto e cumpridor dos seus compromissos, e que além dessas qualidades pessoais, tenha ainda «os cabedais» necessários, o património suficiente ou correspondente ao volume do seu negócio de modo que não venha, mesmo contra a sua vontade, a ver-se impossibilitado de cumprir, o comerciante «de palavra de honra». A fiabilidade do comerciante demora muito tempo a construir e destrói-se em pouco tempo. No mercado, naquela praça, «sabe-se» quanto vale cada comerciante, quanto



crédito e quanta confiança merece, uns mais outros menos. Quem perde a fé e o crédito no mercado sai do mercado.

Também assim sucede com os consumidores. No mercado de consumo, é crucial aferir a capacidade de endividamento e de crédito dos consumidores e o grau de esforço de que são capazes. Há índices usualmente utilizados para avaliar qual é a percentagem do rendimento disponível pelas famílias que pode ser comprometido no crédito ao consumo sem causar a sua insolvência. Quando estes limites são excedidos, como sucedeu na recente crise do crédito «*sub prime*» a consequência expectável é o incumprimento em massa e a insolvência tanto dos que concedem como dos que beneficiam do crédito.

3. Direito Comercial como direito da empresa

O Direito Comercial é também um direito das empresas, das empresas comerciais.

A referência à empresa surge já no Código Comercial de 1888, no artigo 230º.

Mais de cinquenta anos depois, o *Codice di Commercio* italiano de 1882 foi revogado e substituído pelo *Codice Civil* de 1942 que tentou unificar Direito Comercial com o Direito Civil, numa atitude antiliberal, própria do regime fascista, suprimindo a dualidade Direito Civil / Direito Comercial própria do liberalismo que tinha sido formal e legislativamente consagrada por Napoleão na sequência da Revolução Francesa. Surpreendentemente, o mesmo veio a



sucedem no Brasil com o atual Código Civil brasileiro de 2002, fruto da influência anacrônica da influência italiana consequente da forte imigração de refugiados italianos na sequência da segunda Guerra mundial. Nem assim terminou a autonomia do Direito Comercial, quer em Itália quer no Brasil.

A concepção do Direito Comercial como direito de empresa corresponde a uma perspectiva que, embora útil, não deixa de ser redutora, porque o comércio é feito com empresas e por empresas, mas não se esgota nas empresas. Não há comércio sem consumo e o consumo também integra o Direito Comercial embora tipicamente não seja empresarial.

A tendência recente é de deixar de referir o comerciante na linguagem do mercado para o substituir pelo empresário. É uma evolução semântica que vem já de longe, desde que se substituiu o «mercador» pelo «comerciante». Os comerciantes de hoje intitulam-se a si próprios «empresários». O empresário é um comerciante e o comerciante é um empresário.

Mas a sinonímia não é total. O comerciante é um sujeito de direito, uma pessoa que age no direito, que tem personalidade jurídica e que pode ser individual, mas também pode ser uma pessoa coletiva, por exemplo, uma sociedade. Diversamente, empresa não é um sujeito de direito e não tem personalidade jurídica, é um ente económico. Na linguagem corrente, é frequente a referência à empresa e às empresas como agentes do e no mercado. Esta referência é natural e tem um sentido. Os comerciantes ou empresários são pessoas jurídicas que agem no Direito, enquanto as empresas são realidades económicas que agem no mercado. Todas as empresas têm dono que são ou não



comerciantes, mas são eles e não as correspondentes empresas que têm personalidade jurídica e agem no Direito. Os comerciantes / empresários são sujeitos de Direito Comercial; as empresas são agentes do mercado.

É útil trabalhar o Direito Comercial sobre a empresa e com a empresa, mas a perspectiva da empresa não abrange todo o Direito Comercial.

Neste tema estamos a usar o termo empresa no seu sentido de organização económica de meios e fins que age no mercado e não no de estabelecimento, nem no de projeto ou atividade mercantil.

4. Direito Comercial como direito do mercado

O Direito Comercial é também o direito do mercado.

Não há comércio sem mercado. O mercado é o espaço onde o comércio é exercido. Pode ser uma aldeia ou uma feira, assim como pode ser o mercado dos valores mobiliários, o mercado bancário, ou o mercado da energia. O mercado pode ser pequeno, geograficamente ou materialmente, pode ser maior, pode ser enorme e até mundial. Mas é sempre um espaço onde se exerce o comércio, um espaço local, geográfico ou um espaço material ou temático, mas é sempre um espaço, é o «locus» onde se exerce um certo comércio. Os limites do mercado podem ser certos ou fluidos, são definidos pela concorrência. O mercado termina onde termina a concorrência. As mesmas mercadorias podem ser comercializadas em locais afastados sem concorrência entre si; quando assim



sucedam, não há um, mas dois mercados. No mesmo local podem também ser comerciadas mercadorias por comerciantes sem que haja concorrência, por exemplo, porque os intervenientes não disputam os mesmos compradores. O mercado é um espaço de concorrência.

Os mercados são regulados pelo Direito Comercial. A regulação dos mercados, as normas que os disciplinam podem ser de diversa natureza. Podem ser de direito consuetudinário, v. g., os usos e costumes da praça; podem ser de direito público administrativo, v.g., os chamados «mercados regulamentados». A regulação do mercado é Direito Comercial, pode ser Direito Comercial consuetudinário como pode ser Direito Comercial administrativo, seja qual for a sua estrutura é substancialmente Direito Comercial. Os crimes do mercado, por exemplo, de concorrência desleal, são Direito Comercial criminal e o regime das suas coimas é Direito Comercial contravençional.

O mercado tem uma regulação estrutural e uma regulação material. A primeira rege as estruturas do mercado, as bolsas as instalações e as instituições que lhe são próprias, com o fim de evitar as distorções e assegurar o seu funcionamento quanto mais perfeito melhor; a segunda rege o seu funcionamento interno, os atos os tratos, os contratos que são celebrados entre os seus agentes, os atos e as atividades mercantis, os direitos e obrigações comerciais. Não é importante distinguir se certas regulações são de direito de mercado estrutural ou substancial, porque tal classificação não é relevante na concretização.

O regime da concorrência, quer da publicidade, quer da concorrência desleal, quer da concorrência propriamente dita, por



exemplo, são predominantemente substanciais; já o direito da propriedade industrial – que melhor devia ser chamada «propriedade comercial» – tem matérias francamente substanciais, por exemplo, as marcas, e matérias estruturais, por exemplo, o registo da propriedade industrial.

A perspetiva do Direito Comercial enquanto direito do mercado é relevante principalmente naquilo em que traz para o seu seio o sentido do mercado, da proteção ou tutela do mercado, de como o comércio funciona em mercado e que é no âmbito do mercado que agem os comerciantes / empresários, as empresas, os consumidores / clientes, são praticados os atos de comércio e exercidas as atividades mercantis, onde é exercida a concorrência e a publicidade.

Finalmente, a insolvência – a falência, a bancarrota, a quebra – é ramo ou sub-ramo do direito que rege a saída do mercado pelas empresas que, por esta ou aquelas razões – perderam o suporte patrimonial necessário para a continuação da sua atividade e que, por isso, saem do mercado e se extinguem. Está estruturado na lei como direito processual, sobre o tema dominante do processo de insolvência, mas abrange outras matérias de natureza substancial não processual, como por exemplo os índices da insolvência, a resolução dos atos prejudiciais à massa, a qualificação da insolvência, o regime da responsabilidade do insolvente e o regresso do insolvente ao mercado. É do Direito Comercial. Abrange também – e mal – a insolvência civil dos não comerciantes, mas só residualmente, porque a grande maioria das insolvências são comerciais e a sua principal problemática está na insolvência das empresas mercantis.



IV. A perspectiva temática da revista

Esta é a perspectiva temática de fundo da Revista de Direito Comercial. Deixa-se claro logo no primeiro texto.

Tal não significa, contudo, que seja aqui adotada uma linha de *pensamento único*. Tal corresponde a um dos piores vícios do pensamento jurídico, e não só do pensamento jurídico. A revista está aberta a outros conteúdos e modos de pensar.

Pedro Pais de Vasconcelos