
**NO 50º ANIVERSÁRIO
DA PUBLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.
NOTAS SOBRE AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO COMERCIAL.**

***ON THE 50TH ANNIVERSARY
OF PUBLICATION OF THE CIVIL CODE.
NOTES ON ITS RELATIONS WITH COMMERCIAL LAW.***

Miguel Pupo Correia ¹

Resumo: O autor procura demonstrar que a profunda inovação que o Código Civil de 1966 trouxe ao ordenamento de direito privado Português, revela sensibilidade ao contributo inovador do direito comercial, no século que o precedeu, absorvendo algumas soluções amadurecidas no âmbito deste ramo especial de direito, mas sem pretender unificar, nem substancial nem formalmente, o nosso direito privado; e que, sob este ponto de vista, não foi até hoje alterada significativamente a estratégia do legislador português, permanecendo o direito comercial com autonomia legislativa, bem como científica e didática.

Palavras-chave: Codificação; Código Civil; Código Comercial; Direito civil; Direito comercial.

Abstract: The author seeks to demonstrate that the profound innovation that the Civil Code of 1966 brought to Portuguese private law reveals sensitivity to the innovative contribution of commercial law in the century that preceded it, absorbing some mature solutions within the scope of this special field of law, but without intending to unify, either substantially or formally, our private right; and that from this point of view, the strategy of the Portuguese legislator has not been significantly altered until now, with commercial law maintaining Legislative, Scientific and Didactic autonomy.

Keywords: Legal coding; Civil Code; Commercial Code; Civil law; Commercial law.

¹ Professor da Universidade Lusíada; Advogado.

Sumário: I. Introdução. II. Autonomização legislativa do direito comercial face ao direito civil e vice-versa. III. Os trabalhos preparatórios do código civil. IV. O influxo do direito comercial no direito civil e seus reflexos no Código Civil.

I. Introdução.

1. Ainda tenho presente na memória aquele dia de fins de Outubro ou princípios de Novembro de 1966, em que, sendo secretário de um Ministro, me coube levar a assinatura ministerial o decreto-lei que aprovava o novo Código Civil, que veio a ser o Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

Compleudara a minha licenciatura dois anos antes e toda a minha formação jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra fora baseada no Código Civil de 1867 – o velho Código de Seabra –, embora o estudo de matérias matriciais do Direito Civil já desbravasse rumos para o entendimento do futuro Código Civil, então já em fase final de elaboração, em que se empenhara decisivamente o Ministro da Justiça Prof. Doutor João de Matos Antunes Varela, com a colaboração direta do Prof. Doutor Fernando de Andrade Pires de Lima (que foi meu Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Direitos Reais) –, na preparação dos dois sucessivos anteprojetos, chamados “revisões ministeriais”, que condensaram os estudos preparatórios do Código que promovera a Comissão nomeada em 1944 e coordenada pelo Prof. Doutor Adriano Vaz Serra, com a colaboração dos mais distintos civilistas portugueses daquela ilustre e fecunda geração.

Daí que me tenha então marcado a memória, ao sopesar o volumoso diploma que então passou pelas minhas mãos, uma como que intuitiva visão da profunda renovação estrutural que ele trazia ao Direito Civil Português, ou seja, aos próprios alicerces do Sistema Jurídico Pátrio.

2. Mas não foi certamente para narrar esta minha passageira vivência que me propus intervir neste evento: o meu propósito é antes tecer algumas considerações, necessariamente breves e porventura descoloridas, sobre as relações do Código Civil com o Direito Comercial, em especial sob duas perspetivas: o significado do Código Civil quanto à perspetiva do legislador português de 1966 sobre a autonomia do Direito Comercial como ramo jurídico; e que evolução representou o Código Civil quanto à absorção de inovações trazidas ao mundo do Direito Privado pelo Direito Comercial, no século que o precedeu.

II. Autonomização legislativa do direito comercial face ao direito civil e vice-versa.

3. A primeira destas questões conduz-me a recordar que se detecta no ordenamento jurídico português uma linha persistente de autonomização legislativa do Direito Comercial face ao Direito Civil, a qual remonta aos primórdios do movimento codificador do direito positivo.

Foi precisamente pelo Direito Comercial que se começou a codificação do nosso Direito Privado, com o Código Comercial de 1833, devido à autoria e voluntariedade de Ferreira Borges, e cujo pioneirismo, embora tenha motivado o seu rápido envelhecimento, não deixou de constituir uma preciosa aquisição para a construção do sistema jurídico nacional. Pondo termo ao estado caótico da nossa anterior legislação comercial, o Código de Ferreira Borges teve o mérito fundamental de dotar o nosso ordenamento jurídico de um corpo organizado de princípios e normas que procuravam regular com acerto e realismo as questões jurídicas originadas pelas actividades mercantis.

Porém, o surto de desenvolvimento industrial e comercial desencadeado pela evolução económica na segunda metade do séc. XIX veio a tornar rapidamente obsoleto o Código de 1833², daí resultando a nomeação, logo em 1859, de uma comissão de juristas para a sua revisão, que produziu um “Projecto de Código de Comércio”, mas não viu consumada a sua publicação, sendo extinta em 1868. Entretanto, fora publicada uma Lei das Sociedades Anónimas em 1867; e foi nomeada em 1870 uma nova comissão de reforma do Código Comercial, a qual, entre outros objectivos, pretendia suprimir as numerosas normas, definições e qualificações de direito civil comum, que Ferreira Borges inserira no Código de 1833, precisamente por ainda não existir à época um Código Civil.

Por último, foi da iniciativa de Veiga Beirão promover a elaboração de um novo projeto de Código Comercial, recorrendo a um conjunto de colaboradores recrutados entre os melhores especialistas da época - bem como ao apoio da Associação de Advogados de Lisboa, predecessora da actual Ordem dos Advogados -³: assim teve origem o Código Comercial de 1888, que ainda hoje vigora, apesar de muito amputado, como cúpula do nosso ordenamento jurídico-mercantil privado positivo.

Vale ainda referir que não se cingiu ao direito positivo, no séc. XIX, a afirmação da autonomia do Direito Comercial, a qual se manifestou também no tocante à jurisdição e ao processo comerciais.

Recordo que vinha já desde o séc. XVI a estruturação de uma jurisdição mercantil dotada de um regime processual específico. E no Código Comercial de 1833 constavam regras próprias sobre os tribunais de comércio e o processo comercial - no Livro III da Parte I: “Das Acções Comerciais e Organização do Foro Mercantil e Quebras” -, o que não foi mantido no Código de 1888, que apenas continha (Livro IV) o regime do instituto da falência, que se pode considerar como misto de direito positivo e adjetivo.

Em consequência, o movimento codificador estendeu-se também ao direito adjetivo, sucedendo-se no tempo os Códigos de Processo Comercial de 1895, de 1896 e de 1905, bem como os Códigos de Falências de 1899 e de 1935, os últimos dos

² Cfr. LUÍS BIGOTTE CHORÃO, “A Comercialística Portuguesa e o Ensino Universitário do Direito Comercial no Século XIX”, Ed. Cosmos, Lisboa, 1998, p. 71 e ss..

³ Vd. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “A Revista de Legislação e Jurisprudência – Contributo para a sua História”, Coimbra, 1975, p. 219 e ss., nota (561).

quais vieram a ser revogados e absorvidos pelo Código de Processo Civil de 1939⁴.

Os tribunais de comércio subsistiram até à sua extinção pelo DL n.º 21 694, de 24.9.1932; apenas sendo restaurados no último quartel do séc. XX, pela criação dos *tribunais marítimos* (L. n.º 38/87, de 23.12) e, mais recentemente, pela criação dos *tribunais de comércio* (L. n.º 3/99, de 3.1), e dos *tribunais de competência especializada para propriedade intelectual e para a concorrência, regulação e supervisão* (L. n.º 46/2011, de 24.6)

Em paralelo a esta evolução jus-positiva, também sob o ponto de vista científico e didático se afirmou a autonomia do Direito Comercial, pela aprofundada produção doutrinária e instituição do ensino universitário específico a que entre nós este ramo do direito deu origem ⁵.

III. Os trabalhos preparatórios do Código Civil.

4. Se pelo lado da legislação comercial se notam claramente, neste breve historial das codificações mercantis, sinais de que se pretendia marcar autonomia face ao Direito Civil, também o arranque da elaboração do primeiro Código Civil, confiada a António Luís de Seabra por decreto de 8.8.1850, não evidenciou qualquer propósito de absorção nesse código da matéria mercantil. Ao tempo, prevalecia o entendimento doutrinário no sentido da separação dos dois ramos do Direito Privado, apesar de algumas opiniões esparsas terem surgido ainda no séc. XIX a propugnar a unificação do direito privado⁶.

Foi já na transição para o séc. XX que uma parte da doutrina - encabeçada por VIVANTE e que, entre nós, influenciou autores como GUILHERME MOREIRA, CUNHA GONÇALVES e BARBOSA DE MAGALHÃES - sustentou que não se justificaria persistir na tradicional autonomização do Direito Comercial e que preferível seria considerar o Direito Civil como disciplina jurídica uniforme de todas as relações de direito privado⁷. Consideravam esses autores que estaria já esgotado o papel catalisador do Direito Comercial na evolução do Direito Privado, em virtude de os princípios e regras por ele gerados ao longo dos tempos serem cada vez mais rapidamente absorvidos pelo Direito Civil; e porque

⁴ Uma segunda fase da evolução do instituto da *falência* foi iniciada pelo DL n.º 177/86, de 2.7, e mais tarde consubstanciada no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF). Numa terceira fase, procedeu-se à completa reformulação do instituto, ora redenominado de *insolvência* (desaparecendo de todo o termo tradicional “falência”), levada a efeito pelo DL n.º 53/2004, de 18.3, que aprovou o novo *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (CIRE), alterado e republicado pelo DL n.º 200/2004, de 18.8 e atualmente em vigor.

⁵ Vd. LUÍS BIGOTTE CHORÃO, obra cit.

⁶ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, “*Curso de Direito Comercial*”, vol. I, 9ª ed., 2013, p. 45 e seg., citando, na doutrina portuguesa VICENTE J. F. CARDOZO DA COSTA, “*Que he o código civil?*”, Lisboa, 1822, e, na italiana, MONTANELLI, em obra de 1847.

⁷ Sobre este tema, Cfr. FERRER CORREIA, “*Lições de Direito Comercial*”, vol. I, 1965, pp. 20 e ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU, obra cit., vol. I, 9ª ed., pp. 45 e ss.; PAULO OLAVO CUNHA, “*Lições de Direito Comercial*”, 2010, pp. 23 e ss.

os interesses e valores que historicamente explicaram a autonomia do Direito Comercial - a tutela do crédito, da confiança, da boa-fé, da rapidez dos negócios - teriam generalizado o seu alcance a todos os domínios da atividade humana, não havendo, por isso, já motivos para os considerar como exclusivamente informadores do regime jurídico-privado do comércio e de algumas outras atividades a este assimiladas. Daí resultaria a tendencial “comercialização” do Direito Civil, por vezes também referida como “comunização” ou “civilização” (no sentido de apropriação pelo Direito Comum ou Civil) de certos institutos nascidos no seio do Direito Mercantil, mas hoje utilizados também fora do respetivo âmbito, como os títulos de crédito cambiais, as formas ou tipos das sociedades comerciais, a falência ou insolvência, etc..

Influenciada pela conceção objetivista do Direito Comercial, esta corrente de pensamento sustentava que teria já ocorrido a total diluição da fronteira entre o aquele ramo e o Direito civil, tornando-se inviável um critério intrínseco e seguro para formulação de um conceito material de “ato de comércio”, já que cada vez mais atos e instituições de Direito Comercial se teriam tornado usuais no domínio das relações civis, tornando-se duvidosa a sua natureza ou pertinência a um desses ramos do Direito Privado.

Poderia até pensar-se que se deveria a esta corrente de pensamento a unificação legislativa pelo Código Civil Italiano de 1942 do Direito Civil e do Comercial. Mas, como bem fez notar FERRER CORREIA⁸, não foi assim: a unicidade desta codificação transalpina é um fenómeno extrínseco, de mera técnica legislativa, que em si mesma nada significa no tocante à autonomia conceitual e científica do direito comercial. E, realmente, no caso concreto do ordenamento italiano, o Direito Comercial manteve a sua especificidade científica e didáctica, tendo até os progenitores do Codice Civile pugnado a favor da autonomia do Direito Comercial, argumentando que, se é certo que os negócios de natureza e âmbito puramente civil exprimem interesses e valores semelhantes aos comerciais, todavia antepõem-lhes e sobrelevam-lhes outros valores, que diminuem a eficácia da tutela jurídica necessária às exigências da vida mercantil: é o caso do respeito pela vontade real dos sujeitos dos negócios jurídicos, da garantia da segurança através do formalismo negocial, da conveniência de permitir por tempo dilatado a arguição da invalidade das declarações de vontade, etc.. Com efeito, a ponderação destas exigências é diferente no Direito Civil e no Comercial, já que neste último têm com frequência de ser preteridas, a bem da fluidez da vida negocial.

E há-de reconhecer-se que as atividades mercantis apresentam necessidades que reivindicam mais intensa tutela jurídica sob aspetos tão significativamente relevantes como a eficaz tutela do crédito, a rapidez da celebração dos negócios sobre mercadorias e capitais, a fácil e célere circulação dos créditos e obrigações, a segurança e firmeza das transações. Daí que a lei comercial deva manter-se

⁸ “Lições...”, vol. I, 1965, p. 31 e ss.

diferenciada da civil na medida do necessário para atender a estas exigências nos diversos sectores da vida económica.

E daí decorre também a autonomia científica que continua a manifestar-se quanto ao Direito Comercial.

IV. O influxo do direito comercial no direito civil e os seus reflexos no Código Civil.

5. Foi à luz de considerações desta natureza – que, naturalmente, aqui se mencionam muito sinteticamente ... – que, no início dos trabalhos preparatórios do nosso actual Código Civil foi posta de lado a solução unificadora adoptada pelo legislador italiano, como referiu FERRER CORREIA, que veio a fazer parte da comissão de juriconsultos nomeada em 1944 e presidida por VAZ SERRA, para a revisão do nosso Direito Civil ⁹⁻¹⁰.

No entanto, a evolução económica e social ocorrida na sociedade portuguesa no decurso do século precedente à vigência do Código Civil de 1966 – que teve como uma das linhas inspiradoras responder às exigências de uma sociedade industrial, como elucidou ANTUNES VARELA ¹¹ – teria forçosamente de reflectir-se na importação para o seu âmbito de princípios, institutos e regras oriundos do ordenamento privatista da vida económica, tradicionalmente tutelado pelo Direito Comercial.

Surpreende-se esta realidade em diversos locais no Código Civil de 1966 ¹², de que se referem, a mero título exemplificativo:

- (i) Diversas modalidades do *contrato de compra e venda*, tais como: compra e venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes (arts. 211º e 880º); de bens de existência ou titularidade incerta (art. 881º); de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição (arts. 887º a 891º); de bens alheios (arts. 892º e ss.), de bens onerados (arts. 895º e ss.) e de coisas defeituosas (arts. 913º e ss.); compra e venda a contento (arts. 923º e 924º) e sujeita a prova (art. 925º); venda a prestações (arts. 934º a 936º); venda sobre documentos (arts. 937º e ss.);
- (ii) A introdução do *contrato de mandato sem representação* (arts. 1180º e ss.), que o Código de Seabra omitia, tendo a doutrina recorrido à integração através do regime do contrato de comissão (arts. 266º do C. Com.);
- (iii) A **inserção no regime do contrato de arrendamento** de normas especiais para tutela dos interesses da empresa comercial, distinguindo-o dos contratos de *cessão de exploração* (art. 1085º) e de *trespasse de estabelecimento*

⁹ Cfr. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma da Legislação Comercial Portuguesa”, in ROA, 44.º, p. 10; e ANTUNES VARELA, verbete “Código Civil”, in “Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado”, vol. 1, p. 931.

¹⁰ E, mais recentemente, pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

¹¹ Obra e vol. cit., p. 934.

¹² As referências são aqui feitas aos artigos da versão inicial do Código Civil de 1966.

- comercial ou industrial* (art. 1118º);
- (iv) A defesa do consumidor, não só nas modalidades específicas do contrato de compra e venda já acima mencionadas, mas também em outras normas, de que são exemplos a proibição da capitalização de juros, o denominado anatocismo (art. 560º), e as prescrições presuntivas (arts. 316º e 317º);
- etc.

É de se notar que, apesar de terem sido numerosas as alterações introduzidas no Código Civil no meio século que já leva de vigência, foram muito escassas as que tiveram incidência em disposições relacionadas com as matérias mercantis; quando muito, poderão assinalar-se as relativas às matérias de juros, negócios usurários e cláusula penal (Decretos-Leis nº 200-C/80, de 24 de Junho, e nº 262/83, de 16 de Junho), e às várias reformas da matéria do arrendamento urbano (que, aliás, deixaram subsistir no essencial a especialidade do regime dos supramencionados contratos relativos ao estabelecimento comercial).

6. A opção autonomizante do ordenamento jus-positivo do Direito Comercial tem sido mantida pelo nosso legislador nacional, ao longo das vicissitudes por que vai passando a vida política.

Bem sintomática desta orientação é o facto de logo após a publicação do Código Civil, ter sido nomeada em 1966-1967 pelo Ministério da Justiça uma comissão com o encargo de estudar uma revisão do direito das sociedades comerciais¹³. E em 1977 o mesmo Ministério incumbiu uma comissão presidida por FERRER CORREIA de redigir um anteprojeto de um novo Código Comercial¹⁴, a qual, sem ter conseguido atingir essa finalidade, todavia produziu trabalho relevante, a saber: o projeto do que veio a ser o Decreto-Lei nº 363/77, de 2 de Setembro, que revogou as normas do Código de 1888 consideradas ofensivas dos princípios da C.R.P. de 1976 de não discriminação de sexos e da igualdade dos cônjuges, tendo ainda modificado outros preceitos; e um anteprojeto de reforma da lei das sociedades por quotas (que foi fonte importante do Código das Sociedades Comerciais de 1986); e estudos preliminares de definição das grandes linhas do novo direito comercial português.

Apesar de essa comissão se ter extinguido de facto¹⁵, em conferência proferida em 1983 na Ordem dos Advogados¹⁶, FERRER CORREIA deu conta da importância da pesquisa efetuada, desde logo expondo um concreto e bastante discriminado esboço sistemático de um projeto de código, centrado em torno da conceção do *direito de empresa*, em cuja estrutura avultam: os

¹³ ANTUNES VARELA, obra e vol. cit., verbete “Código Comercial”, p. 947.

¹⁴ *Idem, ibidem*; e FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma...” cit., *passim*.

¹⁵ Veio a ser nomeada nova comissão de revisão da legislação mercantil, igualmente presidida por FERRER CORREIA, por despacho nº 13/85 do Ministro da Justiça Rui Machete (*D.R.*, II série, nº 48, de 27.2.1985, *apud* LUIS BRITO CORREIA, “Direito Comercial”, AAFDL, 1º vol., 1987/88, p. 89), da qual, todavia, não resultou a almejada publicação de um novo Código Comercial.

¹⁶ “Sobre a projectada reforma...” cit..

estatutos jurídicos do *empresário mercantil individual*, das *sociedades comerciais*, o regime substantivo da *falência*, o regime da *empresa ou estabelecimento* (quer como objeto de direitos e negócios jurídicos; quer no tocante à sua tutela jurídica, pela proteção da sua identidade e meios de ação, tais como os chamados bens de propriedade industrial e a disciplina da concorrência); e regime dos chamados *atos de comércio objetivos*, quer por caracterizarem intrinsecamente as atividades mercantis (compra e venda comercial, transporte, seguros, etc.), quer por terem assento relevante neste ramo de direito, por acessoriedade ou por origem histórica (mandato, operações de bolsa, títulos de crédito).

Na esteira desse desbravamento cultural, outros diplomas legais têm vindo a acentuar a importância do conceito de *empresa* para a delimitação material do nosso mais recente ordenamento mercantil: os agrupamentos complementares de empresas (L n.º 4/73, de 4.6, e DL n.º 430/73, de 25.8); o novo Código das Sociedades Comerciais (DL n.º 262/86, de 2 de Setembro), precedido por poucos dias do diploma instituidor do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (DL n.º 248/86, de 25.8), a que veio acrescentar-se depois a introdução no Código das Sociedades Comerciais da *sociedade unipessoal por quotas*, (DL n.º 257/96, de 31.12); o novo Código de Registo Comercial (DL 403/86, de 3.12), etc.

Na mesma linha se têm vindo a suceder reformulações significativas no regime da falência, onde é de notar que o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) (Lei n.º 16/92, de 16.8) definia o seu campo material de aplicação com fulcro na *empresa*, conceito que veio a ser reenquadrado pelo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) (DL 53/2004, de 18.3) como fator diferenciador da aplicabilidade de certos aspetos do regime do instituto da *insolvência*.

Contudo, são de há muito assinaladas¹⁷ as dificuldades com que se depara a conceção do direito de empresa, que nos impedem de a aceitar em todas as suas implicações.

Na verdade, a empresa, para lá do campo jurídico-privado, polariza normas e institutos pertencentes a outros ramos de direito público ou misto: direito administrativo, fiscal, do trabalho, da segurança social, etc.; pelo que o *direito de empresa* tende a não ser apenas um conjunto de regras e institutos de direito *privado*, antes se mostra propenso a englobar múltiplos temas normativos de direito *público*, de ramos diversos e, mais ainda, a comportar institutos de carácter misto, como o da *defesa da concorrência*.

Além disso, o conceito de *empresa comercial* deixa sempre de pé a questão de saber onde é que acaba a matéria puramente civil e começa a matéria económica (ou *comercial lato sensu*).

Enfim, não pode abandonar-se uma margem de pragmatismo que leva

¹⁷ FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma...” cit. p. 11.

a manter no âmbito do direito comercial certos institutos que não pertencem apenas ao mundo das atividades comerciais e das empresas, porque, como já referi, se tornaram de uso comum e corrente, se “civilizaram” (v.g., a *insolvência*, os *títulos de crédito*). O que significa que o direito comercial sedimentou matérias próprias, à margem de uma conceção teórica acerca do seu âmbito material, e que não têm necessariamente que ver com uma polarização na esfera da empresa.

7. É tempo de concluir este breve contributo para a celebração de efeméride tão saliente da história do Direito Português. Por ele procurei salientar que, na profunda inovação que o Código Civil de 1966 trouxe ao ordenamento jurídico-privado do nosso País, fê-lo com sensibilidade ao contributo inovador do Direito Comercial, no século que o precedeu, absorvendo algumas soluções amadurecidas no âmbito deste ramo especial; mas fê-lo sem pretender unificar, nem substancial nem formalmente, o nosso Direito Privado. E sob este ponto de vista, não foi até hoje alterada significativamente a estratégia do legislador português, permanecendo o Direito Comercial com autonomia legislativa, bem como científica e didática.