

MARÇO 2019, ANO 11, VOL. 21, SEMESTRAL

DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

DOCTRINA

O Código Comercial de 1833

Rui Pinto Duarte

Os tetos estatutários de voto: breve nótula

José Engrácia Antunes

(Uma nota sobre) a responsabilidade contraordenacional das sociedades comerciais insolventes

Alexandre Soveral Martins

A evolução, no direito alemão, do regime de dissolução (*não necessariamente total*) das sociedades em nome colectivo por iniciativa de algum dos seus sócios

Manuel Nogueira Serens

Responsabilidade tributária dos administradores de empresas em contexto de insolvência – reflexões

Catarina Serra

A participação (real) no capital social de uma SA pelos seus trabalhadores e membros executivos do órgão de administração: formas da sua concretização à luz do CSC

Elda Marques

Proposta de novas penas acessórias inseridas no Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas: diálogo entre o direito das sociedades comerciais e o direito penal

Hugo Luz dos Santos

As *empresas sociais* e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social

José Luís Dias Gonçalves

RESUMO: O presente texto versa o primeiro código comercial português, em especial quanto às suas origens, aos seus conteúdos e às suas características.

Palavras-chave: código comercial; Ferreira Borges; sociedades comerciais.

ABSTRACT: This paper addresses the first Portuguese commercial code, especially in what concerns its origins, contents and characteristics.

Keywords: commercial code; Ferreira Borges; companies.

RUI PINTO DUARTE*

O Código Comercial de 1833*

1. Notas gerais

O Código Comercial de 1833 (adiante, por vezes, «o Código») foi o primeiro código comercial português, mas a sua relevância na história do direito português vai ainda além disso, pois foi o primeiro código português no sentido moderno da palavra: uma lei destinada a inovar (não apenas a compilar), contendo um conjunto de regras organizado «de modo sintético, sistemático e científico»¹. Tiveram de passar muitos anos antes que surgissem em Portugal outros diplomas de alcance afim, designada-

* Advogado

* A oportunidade para este texto surgiu de um convite – que muito agradeço – para escrever uma entrada sobre o tema para uma obra intitulada *Dicionário Crítico da Revolução Liberal Portuguesa, 1820-1834*, coordenada por Rui Ramos, Nuno Gonçalo Monteiro, José Luís Cardoso e Isabel Corrêa da Silva, que será publicada em 2020. A minha resposta a esse convite será uma versão resumida e adaptada do que agora dou a ler.

¹ A noção de código que se formou no século XIX era frequentemente formulada com recurso a tais adjetivos. Na literatura portuguesa, tal noção encontrou expressão emblemática no seguinte trecho de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES: «A *codificação*, porém, tem hoje um sentido técnico. Não é a simples *colecções*, *compilações* *incorporações* ou *consolidações* de leis que se pode dar o nome de *código*, que é um corpo jurídico ordenado sintética e sistematicamente, segundo um plano científico, e compreendendo as regras relativas a um certo ramo de direito. O que a codificação faz é reduzir a fórmulas concisas, quasi a máximas jurídicas, o pensamento diluído em uma ou mais leis sobre cada um dos institutos jurídicos abrangidos por um determinado ramo do direito, e bem assim o fruto das investigações científicas; é organizar cientificamente o direito, reduzindo-o a um sistema de princípios da vida social, além de lhe dar a indispensável unidade, que está implícita no sistema.» (*Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, 1929, pp. 112 e 113).

mente o primeiro código penal (em 1852) e o primeiro código civil (em 1867)¹.

O Código foi escrito por José Ferreira Borges. O texto tornado lei foi exatamente o que saiu da sua pena, sem qualquer intervenção de outrem. Daí ser muito frequentemente referido como «Código de Ferreira Borges».

Na carta de apresentação do texto do código «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», datada de 8 de junho de 1833 (inserida em várias edições do Código, incluindo na primeira feita na Imprensa Nacional, em 1833), Ferreira Borges sugeriu que à sua obra fosse dado o nome daquele a quem se dirigia, com as seguintes palavras: «A constituição Carolina, o código Fernando, as ordenanças de Luís XIV, o código Napoleon conservão ainda os nomes dos monarcas que os adoptarão, e não é esta das paginas menos nobres, que a historia guardou a seus nomes». Tal não veio a suceder, embora o relatório de um decreto de 17 de dezembro de 1833, que dispôs sobre vários problemas de direito transitório, relativos à aplicação do Código e de diplomas complementares do mesmo, tenha começado com os seguintes dizeres: «Achando-se já publicado o Codigo Commercial Portuguez, que pôde com razão denominar-se o Codigo de D. Pedro [...]».

2. O reconhecimento oficial da autoria do Código

A autoria do Código foi reconhecida em vários atos do Estado. Os primeiros desses reconhecimentos oficiais terão sido os que constaram do relatório assinado por José da Silva Carvalho (datado de 18 de setembro de 1833) que precedeu o decreto de aprovação do Código e da carta do Regente (datada do mesmo dia) ao próprio Ferreira Borges, a informá-lo da emissão do decreto e da sua nomeação para «Supremo Magistrado do Commercio, e Juiz Presidente do Tribunal Commercial de segunda instancia»².

¹ Sobre a codificação em Portugal, v. NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português Fontes de Direito*, 6.ª ed., Gulbenkian, pp. 496 e ss., e «Codificação em Portugal», in *Dicionário da História de Portugal* (coord. Joel Serrão), reimpressão, vol. II, Livraria Figueirinhas, 2002, e MÁRIO REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação em Portugal Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987 (separata do volume XXIX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), em especial pp. 147 e ss.

² Nos termos do art. 1010 do Código, o presidente do tribunal superior de comércio era o supremo magistrado do comércio. O arts. 1011 e 1014 atribuíam-lhe funções que excediam em muito o que hoje cabe ao presidente de um tribunal.

Pouco tempo depois, o Código valeu a Ferreira Borges o privilégio consistente em durante catorze anos ter o exclusivo da sua venda, nos termos de declaração assinada por José da Siva Carvalho, com data de 25 de novembro de 1833, do seguinte teor: «Manda o Duque de Bragança, Regente, em Nome da Rainha, declarar ao Conselheiro José Ferreira Borges, que a venda do Codigo Commercial lhe pertence segundo o §.24 do artigo 145 da Carta Constitucional pelo espaço de quatorze annos nos termos do Alvará de 28 de Abril de 1809 §.6.º; não podendo outrem imprimi-lo, vende-lo, ou importa-lo impresso em paiz estrangeiro durante aquelle tempo, debaixo das penas da Lei» (declaração reproduzida em várias edições do Código, nomeadamente na impressa no Porto, Typographia Commercial Portuense, 1836 – p. 411).

Mais tarde, alguns meses antes da sua morte, a autoria do diploma valeu ainda a Ferreira Borges a concessão de uma pensão (carta de lei de 9 de abril de 1838, cujo artigo único tinha o seguinte teor: «É concedido ao Auctor do Codigo Commercial Portuguez, José Ferreira Borges, a Pensão annual de oitocentos mil réis»).

3. Vigência

O decreto que aprovou o Código teve data de 18 de setembro de 1833. Foi completado por dois outros decretos da mesma data:

- Um, que, nos termos seu art. 2.º, aboliu «[...] toda a Jurisdição Judicial contenciosa, que pelas Leis actuaes pertence ao Tribunal da Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas, e Navegação, e bem assim a que pertencia ao Conselho do Almirantado, Juizo de India e Mina, e Ouvidorias da Alfandega»;
- Outro que se compunha das seguintes determinações:

«Art. 1.º Será immediatamente Constituido o Tribunal Commercial de Segunda Instancia, estabelecido no Codigo Commercial Portuguez.

Art. 2.º Serão igualmente constituídos os Juizos Commerciaes de Primeira Instancia nas Cidades de Lisboa e Porto.

Art. 3.º Além dos Juizes Commerciaes de Primeira instancia declarados no Artigo precedente, crear-se-hão para o futuro successivamente em outras terras do Reino, e seus Dominios, aquelles que as circumstancias tornarem necessarios.»

O já referido decreto de 17 de dezembro de 1833 cujo relatório crismava o Código como «de D. Pedro» dispôs, como se avançou, sobre vários

problemas de direito transitório, relativos à aplicação do Código e de tais diplomas complementares³.

O início da vigência do Código deu-se em 14 de janeiro de 1834, por força de portaria de 24 mesmo mês, que declarou que «[...] o dito Codigo Commercial se deve considerar em vigor e legitimamente publicado desde o dia quatroze de Janeiro corrente, em que se constituíram nesta Cidade os Tribunaes do Commercio de Primeira e Segunda Instancia [...]».

O fim da vigência do Código deu-se em 31 de dezembro de 1888, por força da Carta de Lei de 28 de junho de 1888 que aprovou o Código Comercial de 1888, determinando que o mesmo vigorasse a partir de 1 de janeiro de 1889, com revogação da generalidade da legislação comercial anterior.

Durante os seus mais de 55 anos de vigência, as matérias reguladas pelo Código foram, porém, objeto de várias leis. No projeto do que veio a ser o Código Comercial de 1888, Veiga Beirão apresentou a seguinte lista das principais: «[...] a modificação do processo para o julgamento de presas, por lei de 28 de janeiro de 1834, a abolição da suprema magistratura do commercio, por decreto de 30 de setembro de 1836, a sujeição de commerciantes não matriculados ao juizo de fallencias, por lei de 2 de julho de 1849, a inclusão em materia commercial de todas as letras da terra, livranças, e bilhetes á ordem, por lei de 27 de julho de 1850, a organização e regulamento das sociedades anonymas, por lei de 22 de junho de 1867, a abolição da relação commercial por decreto de 23 de junho de 1870, a permissão a embarcações estrangeiras do commercio de cabotagem entre certas provincias ultramarinas e os portos portuguezes do continente europeu e ilhas adjacentes, por decretos de 30 de julho de 1877, de 21 de outubro de 1880, e de 18 de agosto de 1881, e pela lei de 16 de abril de 1885.»⁴

³ Valendo a pena transcrever as seguintes considerações feitas no relatório que precedeu o diploma acerca da aplicação das leis no tempo: «Esta questão, que desde o tempo dos Jurisconsultos Romanos foi sempre mais ou menos agitada ao momento da publicação de Leis novas, e principalmente de Codigos ou Corpos de Leis, acha-se hoje amplamente discutida por insignes Jurisconsultos modernos, e decidida deste modo. – Em geral, para julgar do effeito retroactivo de uma Lei cumpre attender ao que está consumado, e ao que não está; aos direitos que se acham definitivamente adquiridos, e aos que estão em suspensão. No primeiro caso não tem applicação a Lei nova, é necessário estar pela decisão da Lei antiga; no segundo imperar a Lei nova, e deve applicar-se a sua disposição. Em duas palavras terminam os Sabios Commentadores do Codigo Napoleão =Tudo o que está feito pertence á Lei antiga; tudo o que está por fazer á Lei nova.=».

⁴ *Codigo Commercial Projecto Apresentado à Camara dos Senhores Deputados em Sessão de 17 de Maio de 1887 pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça Francisco Antonio da Veiga Beirão*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, p. 4.

Das referidas alterações vale a pena destacar – por ter determinado a livre constituição de «sociedades de responsabilidade limitada» (i.e., de sociedades cujos sócios não respondem pelas obrigações da sociedade) – a lei de 22 de junho de 1867, que, substituindo, na nomenclatura legal, a designação «companhias» pela de «sociedades anónimas», pôs fim ao sistema de autorização casuística que as enquadrava, proclamando, no seu art. 2.º; que as mesmas se constituíam «pela simples vontade dos associados, sem dependência de prévia autorização administrativa e aprovação dos seus estatutos [...]» (regra esta que tinha por exceção, nos termos do parágrafo único do mesmo art. 2.º, «as sociedades que tiverem por fim adquirir bens imóveis, para os conservar no seu domínio e posse mais de dez anos»).

4. Fontes

Ferreira Borges deixou várias indicações sobre as fontes do Código.

No citado escrito de apresentação do texto do trabalho «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», datado de 8 de junho de 1833, escreveu: «Na compilação d’este código tive á vista não só todos os códigos commerciaes, que conheço, isto é, o da Prussia, de Flandres, da França, o projecto do código d’Italia, o código d’Hespanha, e as leis commerciaes da Inglaterra, e o direito da Escocia, mas também as ordenanças da Russia e quasi todas as muitas parciaes da Allemanha (graças aos trabalhos de Phoosen e Boucher), além de todas essas collecções maritimas, preciosos monumentos da antiguidade escapados á fouce do tempo, e golpes do despotismo.». A descrição não pecará por exagero grande: no seu livro (anterior ao Código) *Jurisprudência do Contracto-Mercantil de Sociedade, segundo a Legislação, e Arestos dos Códigos, e Tribunais das Nações mais Cultas da Europa*, de 1830, Ferreira Borges abona cada uma das proposições com invocações de leis e de textos doutrinários estrangeiros de amplitude semelhante.

No livro (posterior ao Código) *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia da Administração Commercial Segundo o Código Commercial Portuguez* (Porto, 1835), ao fazer o elogio do seu trabalho, nomeadamente por comparação com o Código Comercial Espanhol de 1829⁵, Ferreira Borges negou

⁵ Sobre este código, com vários ângulos de abordagem, v. CARLOS PETIT, *Historia del Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2016, *passim*, em especial pp. 315 e ss. Para uma informação sintética acerca do mesmo, v., por exemplo, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, 2004 (12.ª reimpressão da 4.ª ed., de 1983), pp. 507 e ss.

ter recebido forte influência deste diploma, reconhecendo apenas ter recorrido a ele para aperfeiçoar os preceitos sobre o contrato de comissão: «Para terminarmos a materia deste Appendix nós vamos transcrever a opinião do grande Jurisconsulto *Pardessus* sobre o Codigo Commercial d’Hespanha: e para que possa do discurso de *Pardessus* tirar-se o juizo que elle faria do Codigo Portuguez se a morte o não tivesse já arrebatado, nós declaramos que quando o Codigo do Commercio d’Hespanha nos veio à mão em Londres, nós tínhamos já completa a redacção do nosso Codigo, o que foi para nós uma felicidade, por que se primeiro vissemos o Codigo de Hespanha trepidariamos sobre a ordem que seguimos, e talvez sobre muitas doutrinas à vista d’um Codigo cuja auctoridade devia sernos de grande pezo: assim na auzencia deste Codigo trabalhámos soltos, e só nos servio àcerca das Commissões Commerciaes, em que a esse tempo, era algum tanto mais abundante que o nosso, posto que nós bebemos na mesma fonte a mesma doutrina do Codigo d’Hespanha, isto é, na *Curia Philippica*, e *Labyrintho del Commercio de Hevia Bolaños*.» (pp. 78 e 79). No entanto, a inspiração na lei espanhola parece ter sido mais forte do que a admitida por Ferreira Borges, como resulta da comparação feita, poucos anos depois, por Gaspar Pereira da Silva de cada artigo do Código com leis estrangeiras⁶.

Uma síntese justa talvez seja a de que as fontes do Código de 1833 foram variadas, tendo a principal sido a do código homólogo da França de 1807, cabendo provavelmente o lugar de segunda fonte estrangeira ao do código comercial da Espanha de 1829.

5. A elaboração do Código

A ideia da elaboração de um código comercial manifestou-se nas cortes constituintes de 1821/1822, no quadro das discussões e iniciativas sobre a renovação legislativa por meio de códigos, e os trabalhos de Ferreira Borges ter-se-ão iniciado nesse tempo. Na ata da sessão de 28 de março de 1821 consta que «o senhor Ferreira Borges leo hum Projeto sobre Direito Maritimo, que se mandou imprimir»⁷ e na da sessão de 6 de julho de

⁶ *Fontes Proximas do Codigo Commercial Portuguez ou Referencia aos Codigos das Nações Civilizadas e ás Obras dos Melhores Jurisconsultos onde se Encontrão Disposições ou Doutrinas Identicas, ou Similhamtes á Legislação do mesmo Codigo*, Porto, 1843 (v., por exemplo, as notas relativas aos artigos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10, 12, 13, 15, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32 e 33).

⁷ *Diario das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portugueza*, n.º 44, p. 372.

1821, após o registo das deliberações de constituição de comissões várias, incluindo uma para redigir um código criminal (e «do processo que lhe he respectivo») e outra um código civil (e «do processo que lhe he respectivo») lê-se que «Finalmente se decidiu que o senhor Ferreira Borges continuasse na redacção do Codigo de commercio»⁸.

Em 1823, com data de 14 de fevereiro, foi publicada lei que convidava «[...] qualquer Sabio Portuguez para oferecer um projecto de Codigo Commercial, ou seja separado, ou comprehendido no projecto de Codigo Civil», «[...] de maneira que possam ser apresentados ás Cortes na Sessão do primeiro de Dezembro de mil oitocentos e vinte e quatro, ficando este termo improrogavel». O prémio consistiria «[...] em oito contos de reis, pagos pelo Thesouro Publico em mezadas de duzentos mil reis, e em uma medalha do valor de cincoenta mil reis, de que o Author do projecto poderá usar nos dias de festividade nacional, e terá de um lado a figura da Lusitania com os emblemas do Commercio, e do outro a seguinte legenda = Ao Author do Projecto do Codigo do Commercio a Patria =». Havendo dois concorrentes a merecer «a honra do accessit» teriam «[...] ametade do premio pecuniário [...]». Se algum projeto foi então apresentado é discutido⁹, mas a verdade é que a iniciativa não deu lugar a nenhuma lei.

Em data mais próxima da apresentação do projeto do Código, um decreto de 18 de agosto de 1832 criou uma comissão para redigir um código criminal e um código comercial, nos seguintes termos:

«Sendo incompativel com o regimen da Carta Constitucional, e com as luzes do seculo actual aquelle monstruoso Codigo Criminal da Ord do Liv 5.º aonde foram a esmo copiadas as Leis de Caligula, e Néro, e aonde á fôrça de se repetir constantemente =morra de morte natural para sempre = ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas os infelizes, a quem se quer impôr uma pena por acções inteiramente differentes das que figuram no processo. Não existindo igualmente em Portugal um Codigo Commercial, que tracte de decidir com brevidade e justiça as differentes dúvidas que nascem do Commercio, e existindo por outra parte na Europa os melhores modêlos para um e outro Codigo, havendo quem escolha as decisões, e introduza o methodo, precisão, e clareza nas expressões Hei por bem, em Nome da RAINHA, Crear uma Commissão composta de cinco Membros, dos quaes será Presidente o primeiro nomeado, e Secretário o ultimo, para o fim de redigir aquelles dous

⁸ *Diario das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, n.º 120, p. 1460.

⁹ V. BARBOSA DE MAGALHÃES, no texto sobre Ferreira Borges, na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1960, vol. II, pp. 287 a 289.

Códigos, começando pelo primeiro, e fazendo subir á Minha Prezença, pela respectiva Secretaria d'Estado, o resultado de seus trabalhos.

Os cinco Membros serão o Conselheiro Joaquim Antonio de Magalhães – Procurador Geral da Corôa – o Doutor Joaquim Antonio de Aguiar, Lente Substituto da Faculdade de Leis na Universidade de Coimbra – o Bacharel João Baptista da Silva Leitão de Almeida Garrett, Official, servindo de Official Maior da Secretaria d'Estado dos Negocios do Reino – o Desembargador da Relação e Casa do Porto Manoel Antonio Vellez Caldeira Castel-Branco – e o Bacharel Felix Pereira de Magalhães, Advogado da mesma Relação.»

A comissão não terá sido prestes a cumprir o seu mandato e Ferreira Borges apresentou o projeto de Código no ano seguinte, datando a carta de apresentação do mesmo, como vimos, de 8 de junho. Uma iniciativa concorrente de Domingos de Almeida Ribeiro foi rejeitada, não tendo tido eco significativo¹⁰.

6. Conteúdos e características

6.1. Áreas de atividade económica visadas pelo Código

No tocante às realidades sociais por ele visadas, o primeiro código comercial português – à semelhança dos demais diplomas de nome análogo – não regulava apenas atividades que na linguagem corrente e na linguagem económica são consideradas comerciais. Sirvam para demonstrar isso:

- A definição de comerciante, que abrangia, além dos negociantes de comissão e dos mercadores de grosso e retalho, os banqueiros, os seguradores, e os fabricantes ou empresários de fábricas (art. 35);
- A definição de mercadores, que abrangia os que faziam fabricar mercadorias (art. 92);
- Os preceitos sobre banqueiros (arts. 87 a 91);
- Os preceitos sobre seguros (arts. 1672 a 1812 – que, embora inseridos no livro sobre o comércio marítimo, também incidiam sobre seguros de outros tipos);
- A regulação do transporte (arts. 170 a 202);
- A regulação da empreitada (arts. 515 a 525);
- A lista de atos comerciais contida nos arts. 204 e 205.

¹⁰ V. BARBOSA DE MAGALHÃES, no seu texto antes citado, p. 289, e LUÍS BIGOTTE CHORÃO, *A Comercialística Portuguesa e o Ensino Universitário do Direito Comercial no Século XIX*, Cosmos, 1998, p. 35.

6.2. Localização no mapa-múndi do Direito

Do ponto de vista da localização no mapa-múndi do Direito dos seus preceitos, o Código caracterizou-se por se ter afastado por excesso do que seria o mero programa de um código comercial, tendo incluído alguns preceitos gerais de direito privado e regulado matérias processuais e de organização judiciária.

No que respeita ao primeiro tipo de extensão, o Código foi condicionado pela inexistência de um código civil, que lhe servisse de ponto de referência, como lugar de regras gerais de direito privado, a que as regras de direito comercial fossem (quase) meras exceções ou especialidades. Isso determinou a inclusão de regras que, caso houvesse um código civil, seriam desnecessárias ou teriam formulação diferente, como, aliás, Ferreira Borges referiu por mais de uma vez.

A primeira terá sido no prefácio (datado de 27 de fevereiro de 1833) do seu *Diccionario Juridico-Commercial*, no qual escreveu:

«Ao tomar a tarefa que empreendemos de compilar um PROJECTO DE CODIGO COMMERCIAL PORTUGUEZ, que temos concluido, apesar de nos empregarmos ha mais de trinta annos no estudo da Jurisprudencia achamos, que mal levariamos ao cabo tão arriscada e difficil empreza, se não fizessesmos de novo e methodicamente um estudo de direito em todas as suas partes, e não só do Direito Commercial como do Civil propriamente dicto, porque mal poderiamos colocar a exceção se não soubessesmos estabelecer a regra. O Diccionario que ora appresentamos é o resultado desse estudo. Já se vê pois que esta obra não será um completo Diccionario de Direito Commercial, porque este somente seria perfeito se cada qual de suas palavras fosse seguida d'um Tractado, e isso nem cabe talvez na vida d'um homem, nem é obra que exista completa em língua alguma das que conhecemos. [...] Nas materias de puro direito civil, e em falta de lei patria expressa preferimos as determinações do *Codigo civil de França*, a mais sabia e preciosa collecção de direito civil, que conhecemos, e que podia ser com pouquissimas exceções o Codigo geral das nações.»¹¹

A segunda terá ocorrido alguns meses depois, no mencionado escrito de apresentação do texto do código «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», com estas palavras:

«Como o direito commercial é *direito d'exceção*, tornava-se necessário pôr a regra, e dahi a exceção, para evitar o absurdo de legislar exceção a regra

¹¹ Na 2.^a ed., Porto, Typographia de Sebastião José Pereira, 1856, pp. V e VII.

imaginada ou incerta, ou emfim não existente; e para deixar ao mesmo tempo já prompto para o compilador do código civil o fio por onde o nosso código deve necessariamente em harmonia com aquelle atarse, unir-se, e amalgamar-se n'um só e inteiro corpo de legislação.»

Bons exemplos de regras que tenderiam a ser desnecessárias caso o Código tivesse sido precedido de um código civil são as constantes dos três primeiros artigos dedicados à compra e venda (453 a 455), nomeadamente a parte do art. 454 que determinava que «O contracto diz-se perfeito logo que se conveio na cousa e no preço, sem embargo de se não achar entregue a cousa, nem o preço pago». Com palavras claramente inspiradas pelo *Code Civil*¹², ficou consagrada no nosso direito¹³ a regra (que está longe de ser a única solução oferecida pela História e pelo Direito Comparado¹⁴) segundo a qual o acordo de compra e venda determina a transmissão da propriedade, sem necessidade de qualquer outro ato (salvo o disposto quanto aos registos) – regra essa que o Código Civil de 1867 haveria de manter, nos seus arts. 715 e 1549¹⁵.

Quanto ao outro tipo de extensão, o Código pretendeu mesmo ser não apenas um código comercial comæ um código da organização judiciária

¹² Cujo art. 1583 estabelecia (e estabelece): «Elle [a venda] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. ».

¹³ Sendo de dizer que as Ordenações Filipinas comportavam já a interpretação (defendida, entre outros, por LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, nomeadamente no *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VIII, Coimbra Editora, 1934, p. 346) de disporem no mesmo sentido quando estabeleciam: «Fazendo-se compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, depois que o contrato é acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma delas arrepender sem consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, logo esse contrato é perfeito e acabado, em tanto que dando, ou oferecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será ele obrigado de lhe entregar a cousa vendida, se for em seu poder; e se em seu poder não for, pagar-lhe-á todo o interesse, que lhe pertencer, assim por respeito do ganho, como por respeito da perda» (Livro IV, Título II, ortografia atualizada).

¹⁴ V. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª ed., Princípiã, 2013, pp. 58 e ss.

¹⁵ Do seguinte teor, na grafia da publicação oficial feita em 1867: «Artigo 715.º Nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contracto, sem, dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrário»; «Artigo 1549.º A cousa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contracto é celebrado, bem como, desde esse momento, fica o vendedor com direito a haver do comprador o preço estipulado; mas, em relação a terceiro, a venda, sendo bens immobiliarios, só produzirá effeito, desde que for registada nos termos declarados no titulo respetivo.».

em matéria comercial e, em parte, do processo comercial. Isso mesmo foi explicado nos seguintes segmentos do relatório assinado por José da Silva Carvalho (datado de 18 de setembro de 1833) que precedeu o decreto de aprovação do Código:

«Elle contem em particular a Legislação, que respeita á ordem do Processo, e formação do Juizo, abreviada da Legislação Civil actual expurgada dos enredos que a embarção, e adaptada ao estabelecimento do Jury, guardada a publicidade tão positivamente determinada na Carta Constitucional; [...] Até aqui o Juizo Commercial, ou se achava diversamente dividido, ou confiado a uma Junta, que reunia o Administrativo, e o Judicial, e a um Tribunal, que devendo decidir das mais delicadas Questoes de presas, carecia das habilitações, e qualificações essenciaes a seus julgadores. Desde agora o circulo destas matérias concentra-se em um Tribunal, cujo unico attributo é julgar.»

As extensões referidas determinaram que o Código de Ferreira Borges se compusesse de mais preceitos do que os seus precedentes francês e espanhol: 1860 artigos contra 648 e 1219, respetivamente.

6.3. Sistematização

Do ponto de vista da sistematização, o Código seguiu o essencial dos códigos comerciais que o antecederam.

O Código Comercial Francês (de 1807) era dividido em 4 livros intitulados: *Du Commerce en général*, *Du Commerce maritime*, *Des Faillites et des Banqueroutes* e *De La Juridiction Commerciale*.

O Código de Comércio Espanhol (de 1829) era dividido em 5 livros intitulados: *De los Comerciantes y Agentes del Comercio*; *De los Contratos de Comercio en General, sus Formas y Efectos*; *Del Comercio Marítimo*; *De las Quiebras*; *De la Administracion de Justicia en los Negocios de Comercio*. Nessa divisão «de primeiro grau», o diploma espanhol apenas se diferenciava do francês pela inclusão do primeiro livro, que, porém, nada mais era do que a autonomização de algumas matérias que o *Code de Commerce* incluía no seu primeiro livro.

O Código de Ferreira Borges apresentava-se dividido em duas Partes, a primeira intitulada *Do Comércio Terrestre* e a segunda *Do Comércio Marítimo*¹⁶, sendo aquela dividida em três livros denominados «*Das Pessoas do*

¹⁶ Parecendo-me de lembrar as seguintes palavras de M. SALLÉ, comentador das *ordonnances* de Luís XIV: «On peut commercer ou par la voie de la mer, ou par celle de terre. De-là, la division du Commerce, en Terrestre & Maritime» – *L'Esprit des Ordonnances de Louis XIV, Tome*

Comércio», «Das Obrigações Comerciais» e «Das Ações Comerciais», *Organização do Foro Mercantil, e das Quebras*», e esta composta por um livro único.

As influências francesa e espanhola parecem, pois, claras. Vale a pena sublinhar a semelhança com o código espanhol na autonomização de um livro dedicado às «pessoas do comércio» e a originalidade do realce da identidade do direito comercial marítimo.

6.4. Objetivação do âmbito do direito comercial

O Código de 1833 seguiu o movimento, que muitos autores¹⁷ consideram ter sido iniciado pelo *Code de Commerce*, no sentido de o âmbito do direito comercial e da competência dos tribunais comerciais passarem a determinar-se mais pela natureza dos atos jurídicos em causa do que pela qualidade de comerciantes dos intervenientes, como tinha acontecido nos seus primórdios¹⁸. Entre outros preceitos, manifestou-se isso no título intitulado «Dos Actos Commerciaes, e sua Competencia», o qual compreendia a já referida lista de atos comerciais contida nos arts. 204 e 205, bem como, no artigo seguinte a eles, a determinação: «São da exclu-

Second, A Paris Chez Samsom, M.DCC.LVIII, p. 336 (disponível, por exemplo, em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k116676m.textelimage>, acessado em 22.1.2019).

¹⁷ Mas não todos, incluindo alguns dos melhores. Por exemplo, GEORGES RIPERT escreveu: «Entre ces deux conceptions [a subjetiva e a objetiva], les rédacteurs du Code n'ont pas pris parti» (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 3.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 5). Atrevendo-me a expressar opinião própria, direi que a objetivação do direito comercial operada pelo *Code de Commerce* foi parcial e destinada sobretudo a resolver questões de competência dos tribunais, como aliás resulta da seguinte passagem dos seus «*Motifs du Livre premier, Titres I à VII*»: «Ainsi, nous n'avons pas pensé qu'il fût nécessaire de dire qu'en France toute personne a droit de faire le commerce; mais bien de fixer le caractère auquel on reconnaît un commerçant, de dire quelles personnes peuvent, et comment elles peuvent le devenir, et nous avons fait un premier titre intitulé *des Commerçans*. Nous avons placé ensuite et immédiatement, pour établir complètement les bases de la juridiction commerciale, quels étaient les actes de commerce. Mais leur nomenclature a été ultérieurement renvoyé au titre *de la Compétence et de la Jurisdiction*».

¹⁸ Sobre a objetivação oitocentista do direito comercial, v. ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial Parte Geral* (trad. da edição italiana de 1928), Arménio Amado, 1931, pp. 24 e 25, e FRANCESCO GALGANO, «Publico e Privato nella Regolazione dei Rapporti Economici», in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* (diretto da Francesco Galgano), primeiro volume, Cedam, 1977, e *História do Direito Comercial* (trad. da edição italiana de 1980), Signo, s/d, pp. 84 e ss.

siva competência dos juízes e tribunales de commercio todas as acçoens e questoens emergentes d'actos de commercio»¹⁹.

6.5. Os «operadores económicos» tidos em vista

Voltando aos conteúdos do Código, merece ser frisado que:

- As pessoas singulares (os comerciantes em nome individual) eram o centro da atenção, sendo as sociedades relegadas para lugar secundário;
- A sociedade em nome coletivo era vista como a «sociedade ordinária», ou seja, constituía o tipo societário vulgar, mais frequente;
- O único tipo de «sociedade de responsabilidade limitada» era o das «companhias», cujo estabelecimento dependia, como já referimos, de autorização casuística do governo (art. 546).

Com efeito, ao regular expressamente as «pessoas do comércio», no seu livro I, o Código só considerava as pessoas singulares. O regime das sociedades constava de um dos títulos do livro dedicado às obrigações comerciais (o XII) – o que seguia os exemplos do código francês e do código espanhol (naquele, o título primeiro do livro primeiro era intitulado «*Des Commerçans*» e só abrangia pessoas singulares; neste, o livro primeiro só abrangia pessoas singulares, sendo a regulação das *compañias mercantiles* objeto do título II do seu livro segundo).

6.6. A regulação das sociedades, em especial

A regulação das sociedades justifica atenção especial, sobretudo por ela revelar como se estava ainda longe dos fulgores do capitalismo.

O Código consagrava a categoria «associações comerciais», na qual englobava companhias, sociedades ordinárias ou em nome coletivo ou com firma, sociedades de capital e indústria, sociedades tácitas, associa-

¹⁹ Na Introdução às suas *Anotações ou Synthese Annotada do Código do Commercio*, Coimbra, Imprensa da Universidade (nova edição, 1874, tomo I, p. XIV), DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL escreveu: «A determinação e precisão dos actos mercantis, e o estabelecimento d'um juízo privativo do commercio são uma das primeiras bases da legislação comercial».

ções em conta de participação e parcerias mercantis, definindo tal categoria genérica e as suas espécies nestes termos:

- «Companhias, sociedades e parcerias mercantis são associações commerciaes inteiramente distinctas entre si em direitos e obrigações quer reciprocos dos associados, quer entre estes e terceiros respectivamente (...)» (art. 526);
- «Companhia é uma associação d'accionistas sem firma social, qualificada pela designação do objecto da sua empresa, e administrada por mandatarios temporários, revogaveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos» (art. 538);
- «A sociedade em geral é um contracto pelo qual duas ou mais pessoas se unem pondo em commum bens ou industria com o fim de lucrar em todas, ou em algumas das espécies das operações mercantis, e com animo positivo de se obrigar pessoalmente como socios, e voluntariamente» (art. 547);
- «Quando os sócios convencionão commerciar debaixo d'uma firma, que abrace a collecção de seus respectivos nomes, esta sociedade chama-se sociedade ordinaria, ou em nome colectivo ou com firma. Mas desta só podem fazer parte os nomes dos socios, ou alguns, ou um só deles, contanto que a firma contenha a fórmula - *e companhia*²⁰» (art. 548);
- «Diz-se sociedade de capital e industria aquella, que se contrahe por uma parte entre uma ou mais pessoas, que fornecem fundos para uma negociação commercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular: - e por outra parte por um ou mais individuos, que entram na associação com a sua industria somente» (art. 557);
- «Diz-se sociedade tacita aquella, cuja existencia se induz de actos proprios de sociedade, e que regularmente se não costumão fazer sem qualidade social» (art. 565);
- «As associações em conta de participação são verdadeiras sociedades mercantis; e podem definir-se as reunioens, que formão dous ou mais commerciantes, sem firma, para lucro comum e social, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual somente. Esta sociedade também se denomina momentanea, e anonyma²¹» (art. 571);

²⁰ Itálico no original.

²¹ Frise-se que esta qualificação de «anónima» pouco tem a ver com a do tipo de sociedade assim batizado em 1867, como resulta do que a seguir se escreve, no texto e em nota.

– «Parceria mercantil é em geral toda a associação conjuncta de commerciantes em communhão sem animo de sociedade» (art. 577).

Embora elas só por si sejam ilustrativas, vale a pena fazer algumas notas sobre tais definições.

A primeira para frisar a existência da, posteriormente desaparecida, categoria «associação comercial», que agrupava as espécies companhia, sociedade e parceria.

A segunda para apontar para a parte da definição de sociedade que referia como elemento da mesma o «ânimo positivo de se obrigar pessoalmente como sócios», isto é, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais²².

A terceira para enfatizar que o tipo de sociedade mais frequente, quase único, era então o da sociedade em nome coletivo – o que, de resto, justificava uma das suas outras designações (sociedade ordinária)²³.

A quarta para sublinhar o uso da palavra «companhia» para designar aquilo que atualmente chamamos «sociedade anónima»²⁴ – expressão esta que, de resto, à época já tinha tomado, em Portugal como em França, o sentido que hoje tem.

A quinta (que é um desenvolvimento da anterior) para recordar que a expressão «sociedade anónima», antes de qualificar as sociedades por ações que são designadas por uma denominação, e não pelos *nomes* dos

²² No verbete «socio» do seu citado *Diccionario Juridico-Commercial*, Ferreira Borges escreveu que «Todo o socio commercial é essencialmente responsavel solidario para com terceiros pelas transaccoens sociaes».

²³ A *ordonnance sur le commerce* de Colbert de 1673 designava-a como *société générale* (v. o art. 1.º do seu título IV). JACQUES SAVARY DES BRUSLONS, no seu *Dictionnaire Universel de Commerce* – publicado postumamente em 1723 pelo seu irmão e colaborador Louis-Philémon (sendo de assinalar que ambos eram filhos do Jacques Savary que escreveu o famosíssimo livro *Le Parfait Négociant* e foi o principal autor material da referida *ordonnance*, por isso, muitas vezes chamada «Código Savary») -, chamava-lhe «société générale & collective ou ordinaire» e definia-a como «celle qui se fait entre deux ou plusieurs Marchands, qui agissent tous également pour les affaires de la Société, & qui font négóce sous leurs noms collectifs, qui sont connus de tout le monde». Até aos finais do século XIX, pelo menos, a sociedade em nome coletivo foi a sociedade por antonomásia [v., por exemplo, JEAN HILAIRE, «Las Sociedades en Nombre Colectivo en la Francia del Siglo XIX», in Carlos Petit (ed.), *Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1997, 1986, pp. 333 e ss., e J. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, *Parte General*, Madrid, edição do autor, 1976, pp. 373 e ss.]

²⁴ O *Code de Commerce* de 1807 usava a expressão «société anonyme». No seu citado livro *Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade...*, Ferreira Borges utilizou a expressão «sociedade anónima» no seu sentido atual (v. §§ 29 e ss., pp. 33 e ss.), mas no projeto de código deu preferência à designação «companhia».

seus sócios, foi usada, em vários países, para qualificar subtipos de outras espécies de sociedades cujas firmas não revelavam algum ou alguns dos sócios (sendo, pois, nesse sentido que o Código de Ferreira Borges crismava a conta em participação de «anónima»)²⁵.

A sexta para reforçar o destaque dado à já aludida regra (abolida pela lei de 22 de junho de 1867 também atrás referida) segundo a qual a constituição das então chamadas companhias dependia de autorização governamental – de resto, tal como se verificava nos demais países europeus (sendo prototípico o art. 37 do *Code de Commerce* francês de 1807, cuja

²⁵ No seu referido livro sobre as sociedades que precedeu o projeto de código, FERREIRA BORGES, em anotação ao primeiro dos seus parágrafos dedicados à sociedade anónima, escreveu: «Antes deste código [entenda-se, o *Code de Commerce* francês] este nome respeitava a outra casta de sociedade. Segundo JOUSSE ao tit.4. da ORD. de 1673, esta em nada differia da sociedade em participação. A opinião mais san nesse tempo era, que a sociedade anonyma era o *genero* da sociedade em participação e da sociedade em commandita. E verdadeiramente a sociedade em participação é mais anonyma, do que esta de que tractamos. Nós designamos oje esta associação pelo nome COMPANHIA». Convergentemente, na nota ao seu parágrafo sobre a sociedade em participação, acrescentou: «A sociedade em participação, que segundo JOUSSE era no seu tempo qualificada como sociedade anonyma, e sem duvida com muita razão, é aquella que tem logar entre duas pessoas, que convem ter parte n'uma negociação que uma dellas deve fazer em *seu* nome. Ella é sem duvida anonyma, por que não tem firma; o seu objecto é variadíssimo; um é o sócio conhecido, que em seu nome faz tudo, e o outro o sócio incógnito» (*Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade...*, cit., pp. 33, 34 e 39). Ferreira Borges também podia ter citado o já referido *Dictionnaire Universel de Commerce* de JACQUES SAVARY DES BRUSLONS do qual consta o seguinte: «La Société anonyme est celle qui se fait sous aucun nom, mais dont tous les Associés travaillent chacun en leur particulier, sans que le Public soit informé de leur Société; & ils se rendent ensuite compte les uns aux autres des profits & des pertes qu'ils ont faites dans leur négociations. La Société anonyme s'appelle aussi Momentanée, parce que souvent elle ne dure qu'autant de tems qu'il en faut pour acheter & pour partager les marchandises, ou les deniers provenants de la vente qui en a été faite» (verbete *Société*, tomo 3, col. 145); ou então JOSÉ DA SILVA LISBOA, que, no capítulo dos seus *Principios* dedicado à «sociedade de navio, ou embarcação», escreveu: «As Sociedades anonymas são as que não tem nome conhecido, mas que existem realmente em segredo, e mutua confidencia dos Socios, seja por convenção verbal, seja por escritos privados, ou clarezas, que entre si passem reciprocamente para servir-lhes de titulo. Em taes Sociedades os Socios, posto negoceiem, e trabalhem *apparentemente* em separado, e a beneficio particular, com tudo dão-se contas de suas operações a hum tempo ajustado. Chamão-se também as taes Sociedades *momentaneas*, porque de ordinario são de curta duração, e muitas vezes não tem outra mais que a da operação, ou especulação, que a motivou. Taes Sociedades são sempre suspeitas de se dirigirem os contrabandos, e objectos reprovados, e defraudo dos Crédores.» (*Principios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, Tratado VI, Tom. VI. Part. I e II., Lisboa, Imprensa Regia, 1819, p. 17). Sobre o tema, na literatura portuguesa contemporânea, v. MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, pp. 43 e ss.

influência sobre a letra do art. 549 do Código de Ferreira Borges é, de resto, notória: «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue...»²⁶.

A sétima para esclarecer que, ao contrário do que se poderia depreender da definição legal da sociedade de capital e indústria, este tipo não correspondia ao das sociedades em comandita, pois eram os sócios capitalistas que tinham obrigações que se estendiam «alem do capital entrado na sociedade» (art. 558) e os sócios de indústria nem podiam contrair em nome da sociedade nem responsabilizavam «o seu patrimonio particular para com os credores della» (art. 560), sendo a sua responsabilidade limitada, desde que não contribuíssem também com «qualquer porção de dinheiro ou cousa estimada» (art. 562). O Código referia-se às sociedades em comandita, mas como modalidade das parcerias mercantis (arts. 580 e 582)²⁷.

²⁶ Regra essa assim justificada nos «*Motifs du Livre premier, Titres I à VII motifs*» do *Code de Commerce*: «Les sociétés anonymes ou par actions ont dû fixer l'attention des rédacteurs du Code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers; d'associer la médiocrité même, et presque la pauvreté aux avantages des grandes spéculations; d'ajouter au crédit public et à la masse circulante dans le commerce. Mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu, 1^o. que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public, et que l'intervention du Gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences ». Sobre a liberalização da constituição das sociedades anónimas, em obras estrangeiras emblemáticas, v. as páginas clássicas de GEORGES RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2.^a ed., Paris, LGDJ, 1951, mormente pp. 56 e ss., e, na literatura mais recente, STEPHEN M. BAINBRIDGE e M. TODD HENDERSEN, *Limited Liability A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 13 a 15 e 19 e ss.; na literatura portuguesa, v., por exemplo, J. PIRES CARDOSO, *Problemas do Anonimato I Sociedade Anónima Ensaio Económico*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1943, *passim*, *maxime* pp. 99 e ss.; especificamente sobre a regulação das sociedades por ações no *Code de Commerce*, v., na literatura portuguesa contemporânea, v. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 (n.º 62 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 57 e ss.

²⁷ Já na sua obra *Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade, segundo a Legislação, e Arestos dos Códigos, e Tribunaes das Naçoens mais Cultas da Europa* (Londres, 1830), FERREIRA BORGES previa como espécies distintas a sociedade em comandita e a «sociedade de capitães e industria» (v. §§ 23 e ss. e 35 e ss., respetivamente pp. 24 e ss. e 40 e ss.). Sobre o tema, v. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Ferreira Borges», na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), cit., pp. 302 a 304.

6.7. O papel dado aos usos

Apesar de se integrar num movimento político de afirmação da supremacia da lei enquanto fonte de direito, o Código estava longe de expressar a ideia de que os usos seriam por ele tornados irrelevantes. Provas disso são:

- Os arts. 372 e 373, nos quais, ao regular-se o vencimento das letras, se previa que o mesmo pudesse ser a um ou mais usos da vista, esclarecendo-se que tal uso era de 30 dias, a contar da vista ou da data, consoante o saque;
- O art. 642, no qual se estabelecia que, em caso de omissão quer dos estatutos de uma sociedade, quer de preceito legal, o comportamento dos sócios se devia regular «pelos usos e costumes commerciaes e principios de direito commum fundados na justiça natural»;
- O art. 789, no qual se estabelecia que, na falta de estipulação, a remuneração do comissário seria regulada pelo uso e costume da praça onde fosse exercido o mandato;
- O art. 1698, no qual ao regular-se a ratificação de seguro feito por terceiro, se estabelecia que se, a respeito da mesma, houvesse costume particular da praça da qual as fazendas se expedissem, seria esse costume guardado;
- O art. 1011 no qual, ao regularem-se as competências do supremo magistrado do comércio, se incluía entre elas «conhecer de quaesquer usos e abusos commerciaes, e ouvindo sobre elles todos os tribunaes commerciaes ordinarios firmar por assento no tribunal de commercio da segunda instancia a certeza do uso, ou a abolição do abuso, e communicando o assento tomado a todos os tribunaes de commercio da primeira instancia para respectivamente o fazerem notorio. Sendo porem o uso contra lei expressa, e assentando-se ser preferivel á lei, deverá levar todas as informaçoes e assento tomado ao conhecimento do governo para que a legislatura decida o que melhor convenha».

7. Relevância, méritos e debilidades

O Código de Ferreira Borges teve o mérito de ser a primeiro código português de cunho moderno – ou seja, de obediência às características dos códigos napoleónicos. Não apenas concentrou como renovou as normas do ramo de direito seu objeto, sob influência das leis e das literaturas de

países mais desenvolvidos. Nalguns casos, situou-se mesmo na linha da frente da consagração legislativa de figuras até então só reguladas pelos usos²⁸.

Para se julgar do alcance de tal renovação, há que ter em conta o que eram as leis substituídas pelo Código de Ferreira Borges, quer as leis substantivas, quer as leis judiciárias.

O direito comercial português era incipiente: sirva de exemplo ilustrativo não haver regras específicas sobre as sociedades comerciais²⁹ (ao contrário do que acontecia noutros países, mormente em França antes de 1807, por força da *ordonnance sur le commerce* de 1671 de Colbert). Tal incipiência, além do mais, gerava insegurança sobre as regras aplicáveis, atenta, nomeadamente, a possibilidade aberta pela Lei da Boa Razão de recurso às leis estrangeiras para suprir lacunas do direito nacional³⁰. Ao regular pormenorizadamente as matérias comerciais, o Código causou uma alteração profunda.

Diferentemente do sucedido noutros países, em Portugal não se tinha estabilizado uma jurisdição comercial forte³¹. José da Silva Lisboa, no inf-

²⁸ Sirva de exemplo a regulação do cheque – v. PAULO OLAVO CUNHA, *Cheque e Convenção de Cheque*, Almedina, 2009, pp. 26 e 27.

²⁹ Os capítulos [o XXII do tratado V e os VII e VIII da parte primeira do tratado VI] dos *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...* que José da Silva Lisboa dedica às sociedades mercantis e à «sociedade de navio, ou embarcação» quase não referem leis portuguesas.

³⁰ Possibilidade essa concretizada e desenvolvida (como – invocando Luiz da Cunha Gonçalves – nota MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.ª ed., Almedina, 2002, pp. 201 e 202) no assento da Casa da Suplicação de 23 de novembro de 1769, que, em sua aplicação, determinou que «[...] a dita Ordenação do Livro terceiro Titulo cincoenta e nove, não podia, nem pôde ter alguma applicação aos sobreditos Mercadores, e Homens de Negocio, e que as suas Obrigações, Procurações, e fórmulas dellas, não havendo sido tratadas, reguladas, e decididas pelas Leis deste Reino, se devem sómente regular pelas Leis Maritimas, e Commerciaes da Europa Illuminada, pelo Direito das Gentes, e costumes louvavel e geralmente praticados pelas Nações Commerciaes da mesma Europa, como já expressa, e literalmente está determinado pelo §. 9. da providentissima Lei de 18 de Agosto deste presente anno.» (transcrito em JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, *Tratado IV Das Letras de Cambio*, Lisboa, Imprensa Régia, 1819, pp. 102 e 103). Sobre o tratamento do direito subsidiário na Lei da Boa Razão, v. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, 1975 (separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV), pp. 283 e ss. (com referência específica às matérias comerciais nas pp. 294 e 295), e NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português Fontes de Direito*, cit., pp. 466 e ss. e 512 e ss.

³¹ Para uma síntese da evolução da jurisdição comercial portuguesa, v. ISABEL GRAES, *O Poder e a Justiça em Portugal no Século XIX*, AAFDL, 2014, p. 390, e, na literatura mais antiga, o próprio FERREIRA BORGES, no citado livro *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia...*, pp. XVI e ss., e DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações ou Synthese Annotada do Codigo do Commercio*, cit., tomo I, pp. XIV e XV, nota 2. Especificamente sobre o tribunal

cio do Tratado VII dos seus *Princípios*, depois de fazer o elogio dos tribunais de comércio, criados pelos «mais iluminados Governos», afirmava que «Entre nós ainda não há propriamente hum Tribunal para conhecer das causas do Commercio» – afirmação que ilustrava com a descrição dos vários foros em que as questões mercantis podiam ser decididas³². O Código tentou pôr fim a esse estado de coisas, organizando o foro comercial (arts. 1004 e ss.), com competência exclusiva para julgar «todas as acçoens e questoens emergentes d’actos de commercio» (art. 206).

Como qualquer alteração legislativa de monta, independentemente dos méritos que tenha, o Código sofreu críticas desde o primeiro dia. O próprio Ferreira Borges deixou memória de algumas no seu livro *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia...*³³. As censuras iniciais versaram aspectos que, à distância, não parecem ter interesse significativo para um juízo atual sobre o diploma.

Talvez um dos primeiros julgamentos que continue hoje a merecer atenção, até por provir de um jurista de relevo, tenha sido o de M. A. Coelho da Rocha, que, embora lhe tenha assinalado defeitos que outros depois sublinhariam, fez do Código o seguinte balanço positivo:

«§ 326. Por este tempo, por Decreto de 18 de Setembro de 1833, foi publicado e mandado observar o *Codigo Commercial*, obra do conselheiro José Ferreira Borges, no qual se acha regulado tudo o que diz respeito ás pessoas, obrigações, organização do foro, e fórma do processo commercial, com uma segunda parte sôbre commercio marítimo. O seu auctor compilou as mais providentes disposições dos Codigos das nações cultas da Europa, os quaes já pela Lei de 18 de Agosto de 1769 tinham sido declarados subsidiarios para supprir a falta de legislação patria n’este objecto. Porém accumulou n’ella definições e principios geraes, que em obra d’esta natureza muito bem se poderiam dispensar. E por isso que foi extrahido de differentes leis, que o compilador confessa ter *copiado com religião*, nota-se em muitos logares d’este Codigo confusão nas materias, e irregularidade na redacção: em outros a inserção de principios deslocados, e sem uso. Este Codigo proveitoso poderia concorrer para o melhoramento do commercio, se a decadencia geral da nação, e outras causas, o não empecessem.»³⁴

do consulado, v. PEDRO ORTEGO GIL, *Reis e Mercadores O Consulado de Lisboa (1592-1602)*, AAFDL, 2012.

³² *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, *Tratado VII Dos Tribunaes, e Causas de Commercio*, Lisboa, Impressão Regia, 1819, pp. 1 e ss.

³³ V., sobretudo, os apêndices III e IV.

³⁴ *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal para Servir de Introduccção ao Estudo do Direito Patrio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 3.ª ed., 1851, pp. 240 e 241.

O Código foi, porém, objeto de julgamentos mais severos, durante o século XIX. Sirvam de exemplo os de Diogo Forjaz de Sampaio e de Veiga Beirão.

Aquele fez o seguinte balanço:

«Todavia este alguns defeitos tem. Já não queremos arguil-o do methodo casuistico: o systema contrario seria mais logico, e, ainda que o não pareça, presta-se a menos arbitrariedade. Comtudo o auctor seguiu o que mais geralmente está adoptado. Mas em vez de preceitos succintos e precisos o codigo está recheado de definições e explicações, que tinham melhor cabimento em um compendio. Materias de direito civil encontram-se por alli espalhadas, especialmente no que respeita á theoria das obrigações. A sua dicção e redacção nem sempre offerecem a necessaria clareza; por isso não são raras, entre contradicções apparentes, outras reaes, ou faltas de coherencia de artigos. A digestão, distribuição, ligação e collocação das materias não são em regra boas; frequentes vezes se repetem em artigos e logares differentes os mesmos principios e disposições, e tractam-se em sitios separados doutrinas, que deviam ser desenvolvidas junctamente. Falta-lhe emfim um systema geral de codificação, debaixo do qual se desenvolvesse uniforme o pensamento do auctor. Relevam porém alguns d'estes defeitos as circumstancias particulares do paiz na epocha da sua promulgação. Apenas sahido d'uma crise, que tendo destruido o edificio politico abalou com as novas instituições e leis as leis e instituições antigas, na confusão propria da passagem d'umas para outras idéas sociaes, politicas e economicas, o codigo não podia deixar de usurpar atribuições alheias, porque muitas das pessoas menos lidas nas doutrinas commerciaes, em cujas mãos todavia tinha de andar sempre, careciam, para saber a lei em que viviam, de que tudo ahi lhes fosse bem e claramente determinado. Por outro lado é desculpável que o auctor do codigo procurasse supprir até certo ponto a falta do codigo civil, consignando em legislação principios juridicos, apenas ensinados pelos escriptores de direito, colligindo outros espalhados pelo *mare magnum* da legislação portugueza, e, como o direito commercial é lei especial, procurando estabelecer antes d'esta a regra geral.»³⁵

O segundo de tais autores – responsável político pelo código comercial de 1888 – escreveu:

«O direito civil, pois, ficou tratado no nosso codigo commercial, *com mais amplidão do que em nenhum outro codigo commercial se acha tratado.*

O trecho faz parte do suplemento ao texto original que Coelho da Rocha introduziu na segunda edição (de 1843) da sua obra em causa.

³⁵ *Anotações ou Synthese Annotada do Codigo do Commercio*, cit., tomo I, pp. XLVIII e XLIX.

Depressa, porém, se conheceram os inconvenientes d'este amalgama do direito geral com o especial, inconvenientes, que, ao depois, mais se accentuaram com a publicação do código civil.

De facto ficava havendo fundamento para, em muitos casos, previstos, por igual, na legislação comum e na lei particular, vir em duvida qual a disposição a applicar. N'uma especie de simples direito civil deveria recorrer-se ás prescrições anteriores ao codigo comercial, ou ás, n'este, de novo, incluídas, visto serem posteriores? E, quando se tratasse de uma questão em que se achassem envolvidos interesses privativamente civis e outros commerciaes, qual das leis regularia? Devendo ser as duas, como fazer a delimitação dos termos em que uma ou outra devia reger? As questões levantavam-se, sobretudo e principalmente, com respeito á apreciação e effeitos dos contratos matrimoniaes dos commerciantes, e á classificação dos créditos contra falidos.

A publicação do código civil não melhorou a situação. O proposito de Ferreira Borges de deixar no codigo de commercio o *fio* por onde este se devia atar com aquelle, ficou prejudicado, como era natural, pelo decurso do tempo, com o progresso de sciencia, e pela mudança de circumstancias, ocorridos de 1833 para cá, que fizeram variar o proprio systema adoptado no codigo commercial. Continuaram, pois, as mesmas duvidas, levantavam-se iguaes questões, aggravadas ainda pela incerteza se o codigo civil, como lei posterior, revogára, em muitos pontos, o proprio codigo de commercio.

O resultado da inserção da lei civil na de commercio foi, não só o conflicto de jurisdicções, que já é mau, mas o conflicto da legislação, que ainda é peor»³⁶

Mais equilibrado, ainda no mesmo século, parece ter sido o juízo de Eduardo Saldanha, que, repetindo as críticas citadas, lhes antepôs, porém, o seguinte elenco de benefícios:

- «a) deu effectividade pratica aos principios da liberdade comercial e industrial, preconizados pela constituição de 1822 e pela carta constitucional de 1826;
- b) poz termo ao arbitrio que a applicação da lei de 18 de agosto de 1769 conferia aos juizes na decisão das differentes questões;
- c) precisou os direitos e obrigações dos commerciantes;
- d) fixou a competência do foro mercantil, pela determinação dos actos de commercio.»³⁷

³⁶ *Código Commercial Projecto*, cit., pp. 11 e 12.

³⁷ *Estudos sobre o Direito Commercial Portuguez*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896, p. CXLIII.

Durante o século XX, apesar de se inspirarem nos anteriores, os balanços, designadamente os feitos por ocasião do seu centenário, foram sendo cada vez mais generosos – como resulta do estudo que Barbosa de Magalhães dedicou a Ferreira Borges e do julgamento que aí fez do Código³⁸. Nos tempos recentes, são de referir as páginas que Menezes Cordeiro dedica ao diploma, que, no essencial, repetem tal julgamento, ainda que com novo enquadramento³⁹.

Em favor do mérito do Código joga decisivamente o facto de com ele Portugal se ter adiantado a muitas nações europeias na codificação do direito comercial, designadamente à Itália (em cujo espaço surgiu em 1842 o código da Sardenha, alargado ao reino unificado em 1865⁴⁰) e à Alemanha (na qual o primeiro código comercial – anterior à unificação política do país – foi publicado em 1861)⁴¹. Isso não significou que a economia portuguesa se adiantasse à de outros países europeus, mas representou um feito no plano jurídico.

³⁸ V. «Ferreira Borges», na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), cit., pp. 276 e ss.

³⁹ *Direito Comercial*, 4.^a ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, 2016, pp. 95 e ss.

⁴⁰ V., por exemplo, ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial Parte Geral*, cit., pp. 26 e 27.

⁴¹ V., por exemplo, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.^a ed., Carl Heymanns, 1999, pp. 43 e 44.