

A HISTÓRIA DOS USOS E COSTUMES COMERCIAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

THE HISTORY OF TRADES USAGES AND MORES AND COMMERCIAL LAW DEVELOPMENTS

Sarah Cristina Souza Guimarães

RESUMO

Na evolução do direito comercial assistimos os usos e costumes passarem de fonte natural e primeira no passado, à fonte secundária na contemporaneidade, subordinados à lei. Em razão dessa mudança de paradigma, faz-se importante uma reflexão sobre abordagem dos usos e costumes no direito comercial da contemporaneidade, e qual a sua relevância enquanto substituto de conteúdos jurídicos ainda não elaborados. Essa substituição ocorre por conta de a vida real se mostrar rica de experiências e modelos comportamentais eficientes e adequados às práticas comerciais que se propagam alheios a qualquer regramento legal. Nesse sentido, o costume continua a ser uma relevante fonte do direito, contestando a subordinação à lei que lhe foi atribuído. O presente trabalho busca, assim, realizar uma análise sobre o papel desempenhado pelos usos e costumes comerciais na evolução do direito comercial. Metodologicamente, procurou-se realizar um cotejo histórico, estabelecendo um diálogo com textos doutrinários, objetivando identificar as impressões acerca do tema, bem como levantar objeções e reflexões quanto a pontos específicos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito comercial; história; usos e costumes.

ABSTRACT

About the evolution of commercial law, we witnessed the usages and mores passed from the natural and first source in the past, to the secondary source in contemporaneity, subordinated to act. As a consequence of this paradigm shift, it is important to reflect on the usages and mores in the present commercial law, and what is its relevance as a substitute for acts content not yet elaborated. This substitution happens because the real life provides rich experiences

and efficient behavioral models, which fits to business practices and so propagates unrelated to any act rules. In this sense, mores continues to be a relevant source of rights, challenging the subordination to the acts that has been assigned. The present study pursues an review on the relevance played by trade usages and mores in the evolution of commercial law. Methodologically, we tried to carry out an history comparison, establishing a dialogue with doctrinal texts, in order to undertaking the impressions about the subject, as well as raise objections and reflections to specific items.

KEYWORDS

Commercial law; history; usages and mores.

INTRODUÇÃO

Na evolução do direito comercial assistimos os usos e costumes passarem de fonte natural e primeira no passado, à fonte secundária na contemporaneidade, subordinados à lei. Isso se deve, em grande parte, à tradição legalista do direito brasileiro, no qual é possível observar, em matéria comercial, instrumentos legais que incluem emanções do Poder Legislativo, até instrumentos regulatórios de instituições que assistem o mercado.

Essa grande onda legislativa restringe o espaço de atuação das regras consuetudinárias, todavia, fornecem um ambiente seguro e previsível, necessários à atuação do agente comercial.

Há que se reconhecer, entretanto, que o cotidiano, somado ao extraordinário desenvolvimento dos sistemas econômico e de comunicação poderá surpreender o legislador, sendo possível, ainda hoje, identificar a regência costumeira em contratos mercantis.

Em outras palavras, enquanto não se puder contar com um instrumento escrito, legal e abstrato, emanado do poder estatal, para proporcionar um ambiente estável e seguro para as trocas comerciais, os comerciantes lançarão mão das regras emergidas do *consuetudo mercatorum*.

1 O CONCEITO DE USOS E COSTUME

O título do artigo menciona o termo “usos” ao lado do termo “costumes”. Seria suficiente a referência a apenas um desses termos? Seriam os termos sinônimos? Houve uma repetição desnecessária no título do artigo?

Consultando a obra de De Placido Silva (2003, p. 228), temos que o termo costume deriva do latim *consuetudo*, e serve para designar tudo o que se estabelece por força do hábito ou do uso. Logo, para De Placido, os termos seriam sinônimos, dado que o autor utiliza “uso” para explicar o significado de “costume”.

Entretanto, é possível identificar autores que se preocupam em estabelecer a distinção entre os referidos termos (ALBÁN, 2001, p.2). Nessa linha, o costume mercantil, também chamado de usos comerciais de direito, pode ser definido como toda prática social ou econômica generalizada e constante no âmbito das relações comerciais, acompanhada da convicção de obrigatoriedade da norma que lhe corresponde, seria, ainda, o substrato do direito concretizado.

Já os usos mercantis, ou usos mercantis de fato, são definidos como aquelas práticas sociais, uniformes e estáveis, em vigor no âmbito das relações comerciais, que apenas se mantêm em virtude da sua mera reiteração, estando desacompanhados de qualquer convicção sobre a sua obrigatoriedade jurídica.

A distinção consiste, portanto, no fato de que no último caso (usos mercantis ou usos mercantis de fato) existe a observância generalizada e uniforme de um determinado padrão de conduta, que se mantêm exclusivamente em virtude da sua reiteração. Ao passo que, no primeiro caso (costume mercantil ou usos comerciais de direito), além do elemento objetivo, existe a convicção dos sujeitos intervenientes de que o seu acatamento é juridicamente obrigatório, assim com o é a lei geral e abstrata. Em suma, a distinção fundamental consiste na consciência da obrigatoriedade jurídica presente nos costumes comerciais, e ausente nos usos mercantis. (ANTUNES, 2007, p.9)

Uma terceira linha de pensamento, afirma que, nos dias atuais, a distinção entre os termos está superada, servido, tanto o costume, quanto o uso, para exprimirem a mesma ideia, qual seja, padrão de comportamento observado como regra obrigatória. A discussão sobre a distinção dos termos teria valor meramente de referência teórica, não exercendo influência nas discussões contemporâneas. Para os que afirmam a superação da dicotomia, os termos costumes e usos comerciais são, hoje, sinônimos. (FERREIRA, 2009, p. 249)

De fato, o Código Comercial de 1850 usava indistintamente os termos usos e costume, como se observa nos seguintes artigos:

Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; [...].

Art. 742 - Todavia, não será justificada a arribada: 1 - se a falta de víveres ou de aguada proceder de não haver-se feito a provisão necessária segundo o costume e uso da navegação, ou de haver-se perdido e estragado por má arrumação ou descuido, ou porque o capitão vendesse alguma parte dos mesmos víveres ou aguada; [...]. (grifo nosso)

Seguindo a orientação dessa terceira linha de pensamento, os costumes/usos são regras sociais que tem início na ocorrência reiterada de certos atos ou fatos que, com o decurso do tempo, se tornam generalizados. É uma forma de manifestação cultural da sociedade que, por se repetir sem grandes alterações, ao longo de um período (não há referência sobre o espaço temporal necessário), acaba por constituir regra de observância obrigatória¹.

Taxativamente, as condições indispensáveis para a verificação do costume, apesar de se ter identificado alguma variação na doutrina, são as seguintes: (i) a constância da repetição dos mesmos atos, (ii) a convicção de que a observância da prática costumeira corresponde a uma necessidade jurídica, (iii) o decurso do tempo (reitera-se, não há referência ao decurso mínimo de tempo necessário)².

Dessa forma, é possível responder às indagações iniciais, ou seja, conforme a doutrina hoje majoritária, os termos são sinônimos, sendo suficiente a referência a apenas um deles. Entretanto, optamos por fazer referência a ambos no título do artigo, para resgatar a discussão sobre o tema, e para nos posicionarmos no sentido de que, de nossa parte,

¹ Thomas Marky afirma que o costume (*mos, consuetudo, mores maiorum*) é a observância constante e espontânea de determinadas normas de comportamento humano na sociedade. Cícero o definiu como sendo aprovado, sem lei, pelo decurso de longuíssimo tempo e pela vontade de todos: *quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* (de inv. 2.22.67). Juliano o caracterizava como "inveterado": *inveterata consuetudo* (d. 1.3.32. 1) e Ulpiano como "diuturno": *diuturna consuetudo* (d. 1.3.33). De qualquer modo, a observância da regra consuetudinária deve ser constante e universal. (MARKY, 1995 apud FERREIRA, 2009, p. 246. Nota de rodapé).

² Os outros elementos encontrados de forma dispersa na doutrina seriam: (i) uniformidade, (ii) exercício de boa-fé e (iii) prática não contrária à lei.

acreditamos ser útil a distinção entre os termos costume mercantil (usos de direito) e usos mercantis (usos de fato).

A relevância da distinção consiste em compreender os usos de direito como o costume a ser observado por expressa determinação da lei, como ocorre, por exemplo, no art. 488 do Código Civil de 2002, ao determinar que convencionalmente a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

Por outro lado, os usos de fato teriam o sentido de uma prática regular, reiterada, já observada por certo espaço de tempo, e que pode ser alegada em juízo, no que concerne à matéria comercial, a ser livremente apreciada pelo juiz. Isso já ocorre, por exemplo, no art. 337 do Código de Processo Civil, o qual determina à parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o ônus de provar-lhe o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

Nesse sentido, a utilidade de se atribuir sentidos distintos aos termos consiste em separar as práticas já incorporadas à lei, e aquelas outras ainda em vias de consolidação legal.

2 O PAPEL DOS COSTUMES NO DIREITO

O costume é a forma primeira de elaboração da norma jurídica, pode-se dizer que o costume é a matéria prima da norma jurídica, é o substrato do direito. A prática diuturna e constante de determinadas ações, a partir do momento em que são observadas pelos indivíduos, tornam-se regras de conduta. O tempo pode contribuir para que esta regra seja consolidada no direito escrito através do processo legislativo. (PEREIRA, 2001, p. 37)

A sorte do costume como fonte do direito variará entre os países conforme a prioridade do processo legislativo. Dessa forma, nos países de origem romano germânica, de tendência positivista, o prestígio do costume será inferior ao que se observa nas nações do *commom law*, uma vez que nesses o direito se revela muito mais pelos usos, costumes e jurisprudência³.

³ Em sentido contrário: “É equivocado sustentar na atualidade que o common law tenha caráter consuetudinário. Na realidade, o costume constituiu fonte fundamental do sistema inglês na Idade Média. Na medida em que o mesmo se incorporou dentro do corpo jurídico dos precedentes jurisdicionais, deixou de ter importância, tanto na Inglaterra como nos demais países que fazem parte dessa tradição jurídica. Atualmente, o costume ocupa um papel secundário como fonte do direito e, portanto, não prevalece frente à legislação nem aos precedentes jurisdicionais [...]” (REYES, 1996. p. 40-41 apud ALBÁN, 2001, p. 5, tradução nossa)

Dessa forma, e resgatando o exposto no tópico anterior, apesar de nos países com tradição de direito escrito, a lei ser a fonte suprema do direito, não será, porém, a única. Mesmo em face da norma legislada, cabe ao costume um papel que, embora secundário, não pode ser desprezado. Nesse sentido, vale lembrar a previsão do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevendo que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (PEREIRA, 2001, p. 44)

Essa variável influência do costume também é perceptível entre os vários ramos do direito. No direito comercial e no direito internacional, por exemplo, ela é acentuada. Por outro lado, no direito penal já é diminuta, por conta, dentre outros aspectos, da expressa previsão do princípio da legalidade estrita.

Ainda, o costume pode se apresentar de diversas formas face à lei: (i) a norma consuetudinária pode coincidir totalmente com o conteúdo da norma legal (costume *secundum legem*), (ii) pode corroborar o sentido da norma legal, mas ampliar o seu alcance (costume *praeter legem*), ou (iii) pode o costume se opor ao disposto na norma legal (costume *contra legem*)⁴.

Por fim, importante ressaltar as funções desempenhadas pelos costumes. Assim, a sua utilidade prática consiste em: (i) servir como fonte de interpretação, (ii) ser a norma supletiva na ausência de lei expressa e (iii) integrar os negócios jurídicos.

3 O COSTUME E O DIREITO COMERCIAL.

Apesar do aparente consenso no que concerne ao surgimento do direito comercial na Idade Média, a partir dos usos e costumes praticados nas corporações de ofício, são relevantes os apontamentos históricos sobre as práticas comerciais na Antiguidade grega e romana.

Dessa forma, as atividades econômicas desenvolvidas na Antiguidade poderiam caracterizar um contexto semelhante ao da Idade Média, o qual é tido como marco do surgimento do direito comercial. Tal contexto refere-se, por exemplo, às investidas

⁴ Na doutrina brasileira parece ser pacífica a impossibilidade de o costume revogar a lei, nesse sentido: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 30.; FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. **Ciência Jurídica**. v. 23, n. 146, mar./abr. 2009. p. 249. Em sentido contrário: ASCENÇÃO, José Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. 11 ed. Coimbra: Almedina. p. 30 apud ANTUNES, José Engrácia. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 46 n. 146, p. 12. Antunes se posiciona no meio termo afirmando que os costumes não podem prevalecer sobre normas impositivas, mas não vê razões para que o costume não possa primar sobre normas dispositivas.

extraterritoriais por terra e por mar com o intuito de praticar o escambo, e as regras próprias criadas pelos chamados *metekos* (estrangeiros que falavam a língua grega).⁵

Não obstante o relevante contexto de práticas mercantis da Antiguidade, a doutrina comercial explora pouco este período histórico já que Roma, em verdade, não reconheceu o direito comercial como um ramo distinto e separado do direito privado, entre outras razões porque através da atividade dos pretores era possível adaptar o *ius civile* às necessidades do tráfico comercial da época.

Washington de Barros releva que, o costume, na antiguidade, desfrutava de ampla projeção dada a escassa produção legislativa. De fato, o direito primitivo tem natureza eminentemente consuetudinária e, por muito tempo, o direito escrito consistia em uma combinação de costumes sedimentados, como por exemplo, as “leis rodias”. (MONTEIRO, 1966, p. 23-24).

Na Idade Média, a descentralização do poder e do território em feudos fez ressurgir a importância dos costumes no direito, quando cada um dos feudos elaborava suas próprias regras de convivência, isoladamente, surgindo uma série de “direitos locais”. Desse modo pode se observar que o contexto político e territorial foram decisivos para a constituição de um cenário de direito fragmentado. Este cenário se contrapõe à fase histórica precedente, caracterizada pela centralização do poder no Império Romano, que teve como marco final as invasões bárbaras.

De uma forma geral, a doutrina afirma que neste período surgiu o direito comercial. Rubens Requião, por exemplo, ensina que nessa fase histórica, por volta do século XII, começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes.

Diante da precariedade do direito comum para (i) atribuir um maior grau de segurança e previsibilidade às relações comerciais e (ii) assegurar a celeridade necessária e inerente às relações comerciais, uma medida alternativa se fez necessária.

A providência adotada, de natureza eminentemente prática, foi a criação, pelos comerciantes organizados enquanto grupo com interesses comuns, um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juízes eleitos pelas suas assembleias: era o juízo

⁵ Segundo Benson (1989, p. 647, nota de rodapé, tradução nossa) o direito comercial romano não foi produzido pelo Estado. Na verdade, as leis costumeiras tem sido a fonte das regras nos negócios e no comércio ao longo da história.

consular, ao qual tanto se deve a sistematização das regras do mercado⁶. (FORGIONI, 2003, p. 18)

Nesse mesmo sentido, Francesco Galgano acrescenta que as fontes do *ius mercatorum* eram os estatutos das corporações mercantis, o costume mercantil e a jurisprudência da *cúria* dos mercadores. Segundo o mesmo autor, o costume nascia da constante prática contratual dos comerciantes. As modalidades consideradas vantajosas se convertiam em direito, as cláusulas contratuais se transformavam, quando generalizadas, no conteúdo legal dos contratos. (GALGANO, 1990, p. 40)

Do exposto, se nota que, na Idade Média, as corporações de ofício desempenharam a função de sedimentação dos costumes comerciais em regras, das quais os comerciantes participantes podiam se valer. A influência dos costumes, por isso, imagina-se, deve ser maior antes da formulação das regras pelas corporações, e menor após a elaboração escrita. Entretanto, permanece o caráter eminentemente consuetudinário das normas das corporações de ofício.⁷

Deve-se ponderar que o processo histórico de afirmação de um direito especial dos comerciantes não foi algo simples e pacífico. Ao mesmo tempo em que os comerciantes gravavam suas aspirações em normas próprias, as comunas procuravam disciplinar a atividade mercantil conforme interesses diversos, dentre eles, a proteção dos consumidores. (FORGIONI, 2003, p. 18-19).

De se ver, também, que a criação de um direito especial, face à ineficácia do direito comum para atender às necessidades específicas da classe mercantil, resultou em uma dicotomia de jurisdições, ou seja, coexistiam lado a lado os tribunais dos mercadores e os tribunais das comunas.

Essa duplicidade de jurisdições permaneceu, pelo menos por algum tempo, uma vez que os comerciantes necessitavam ter cortes próprias para afirmar o seu direito especial, por

⁶ Benson confirma que o direito romano na forma como foi transmitido ao longo dos séculos não foi adequado para atender os tipos de problemas que surgiram no início da revolução comercial. Além disso, nenhum dos outros sistemas de direito que existiam ou estavam sendo formuladas durante este período foram suficientes para atender às necessidades da classe comerciante. O desenvolvimento do direito comercial foi quase totalmente criado pelos próprios mercadores. Isso significa que a lei de mercado era o direito costumeiro, e a natureza consuetudinária das leis do mercado foi de longe o fator mais decisivo em seu desenvolvimento: ele fez da lei escrita uma lei eminentemente prática, adaptada às exigências do comércio. (BENSON, 1989, p. 647, tradução nossa).

⁷ Nesse ponto é possível observar que, seja o marco do surgimento do direito comercial a Idade Média, ou a Antiguidade, ele terá sempre na sua base os usos e os costumes. Este é um ramo do direito que tem como fonte natural as práticas negociais reiteradas pelos comerciantes, hoje denominados empresários no Código Civil.

conta de impasses existentes reiteradamente envolver questões técnicas não dominadas pelos juízes comuns e, também, pelo rigor formal das cortes comuns – observa-se que, mais uma vez, os peculiares usos comerciais aparecem como uma questão relevante. (BENSON, 1989, p. 650)

Pouco tempo depois, por volta dos séculos XIII e XIV, os estatutos mercantis expandem sua abrangência, deixando de ter aplicação restrita aos comerciantes matriculados nas corporações de ofício, para alcançar todos aqueles que praticassem, de fato, as atividades reguladas pelas corporações, ou seja, "matéria de comércio". O exercício de determinados atos, quais sejam, matéria de comércio, é erigido a novo critério de aplicação do direito especial, em detrimento do critério anterior, formal, decorrente da inscrição como membro nos livros da corporação. (FORGIONI, 2003, p. 18-19)

Quando se discute os usos e costumes do direito comercial, essa é uma questão especialmente relevante, pois é possível notar o abandono de um critério pessoal e a adoção de um critério objetivo, qual seja, o uso comercial efetivamente desempenhado pela pessoa. Através desse movimento expansionista, se admitiu os usos mercantis praticados além do âmbito da corporação.

À medida que essa fase avança, a função jurisdicional das corporações é absorvida pelo Estado. A mudança quanto ao aplicador da norma, entretanto, não alterou a sua forma de atuação, isto é, sua aplicação permaneceu restrita aos praticantes de atividades consideradas mercantis.

O ápice do processo de tomada da função jurisdicional especial pelo Estado e de objetivação na caracterização do comerciante se deu na Idade Moderna, mais precisamente com as grandes codificações. Na França, por exemplo, os icônicos diplomas Civil (1804) e Comercial (1807) ambicionavam regular a totalidade das relações sociais e inauguram um sistema normativo de regência das atividades dos cidadãos, que acabará por repercutir em todos os países de origem romana, inclusive no Brasil.

Nesse período, o critério para a aplicação da disciplina comercial são os numericamente elencados atos de comércio (independentemente da condição pessoal de quem os pratique), e a grande abrangência dos corpos normativos. A isonomia formal e a legalidade exacerbada davam pouco espaço para as criações costumeiras. A codificação napoleônica operou uma objetivação do direito comercial até então inexistente. (FORGIONI, 2003, p. 20)

A objetivação das regras regentes do comércio, ampliando sua área de incidência, em um primeiro momento para alcançar os comerciantes não filiados às corporações e, posteriormente, todos os que praticavam atos de comércio, relaciona-se com a formação dos Estados Nacionais.

Isso porque um dos elementos integrantes do Estado é a soberania, que significa independência na ordem internacional e supremacia na ordem interna. A soberania na ordem interna se opõe ao particularismo da ordem anterior, e à dicotomia jurisdicional já mencionada, não restando mais espaço para distinções subjetivas na aplicação de regras jurídicas.

Na Idade Contemporânea o direito comercial continua seu processo evolutivo. No final do século XIX vem à tona a discussão sobre a real necessidade de um direito especial para os comerciantes, e a proposta de unificação entre o direito civil e o direito comercial, já que ambos se ocupariam de regulação de relações privadas. Pode-se sugerir que, nesse período histórico houve uma desvalorização da lógica própria do comércio e, nesse sentido, a discussão acadêmica a respeito da unificação da matéria privada seria apenas um reflexo do que acontecia no mundo real.

O auge do movimento unificador se deu em 1892, quando Vivante defendeu publicamente, em aula inaugural na Universidade de Bolonha, a fusão dos dois ramos do direito, ao fundamento de que: (i) a autonomia do direito comercial se manteria por tradição, (ii) prejuízo para os comercialistas que não estudam as regras gerais do direito civil e (iii) prejuízos sociais por conta de as regras comerciais alcançarem também não comerciantes.

Entretanto, tempos depois, Vivante se retrata e conclui pela inviabilidade da unificação do direito privado, para tanto alegou: (i) a diferença de método entre as disciplinas civil e comercial, (ii) a índole cosmopolita do direito comercial e, principalmente, (iii) o espírito especulativo inerente à atividade comercial. Este último argumento pode ser compreendido como a forma própria e especial de agir do comerciante, ou seja, seus usos e costumes particulares são fundamentos suficientes, segundo Vivante, a justificar a permanente autonomia do direito comercial face ao direito civil.

Forgioni (2003, p. 21-22, tradução nossa) transcreve as palavras de Vivante, segundo o qual a defesa de classe e o espírito de especulação imprimem à atividade comercial um tal ímpeto de iniciativa e um tal refinamento de tecnicismo, que não é possível confiar ao exame do legislador civil uma matéria como essa, que está em contínua evolução.

Nesse período, a evolução da disciplina implicou mudar o foco da matéria mercantil, a qual abandonou a teoria dos atos de comércio e abraçou a teoria da empresa. Tal mudança se deu a partir da compreensão da empresa como uma atividade econômica que coordena fatores de produção. Mais do que um ato, dito ato de comércio, a mercancia envolve todo um complexo de usos, uma série de atos coordenados entre si com vista a uma finalidade.

Dessa forma, não é mais suficiente a constatação de uma atividade pura e simples, mas que o desempenho dessa atividade se dê de forma habitual, organizando fatores de produção com a finalidade de produzir ou trocar bens ou serviços. Agindo dessa forma é criada toda uma atmosfera coordenada de atividades e relações que transmuda o ato em atividade. Essa mudança de perspectiva pode ser analisada sob o ponto de vista de um refinamento na valoração dos usos comerciais. (MACHADO, 1970, p. 136 apud FORGIONI, 2003, p. 20, nota de rodapé)

No século XXI, um dos aspectos mais marcantes do direito comercial é a sua fragmentação em novas disciplinas. Ou seja, decaiu a idéia de uma codificação do direito comercial em favor do protagonismo da legislação extravagante. No Brasil, esse movimento pode ser identificado pela derrogação de grande parte do Código Comercial, e a promulgação das leis sobre propriedade intelectual, microempresa e empresa de pequeno porte, falência e recuperação, sociedade anônima, liquidação de instituições financeiras, acrescentando a tudo isso os instrumentos regulatórios de instituições como Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários.

Esse cenário se deve, em grande parte, ao crescente número de atividades econômicas, constantemente renovadas, e à lógica própria e dinâmica do comércio, ambos fortemente intensificados com o desenvolvimento de métodos mais eficientes de circulação e de comunicação. Assim, a diversificação e o aprimoramento das atividades econômicas modificam também as práticas comerciais, as quais se tornam incompatíveis com o regramento jurídico vigente, demandando outro regramento apropriado a essas novas práticas que brotaram.

Ou seja, o comportamento empresarial, especulador segundo a denominação de Vivante, se renova e se especializa a cada dia, significando uma realidade incompatível com os extensos e rígidos instrumentos regulatórios, mas um ambiente favorável a menores, porém, segmentadas normatizações, mais dinâmicas. Essa adaptação da legislação foi providencial uma vez que, apesar de ter origem marcadamente consuetudinária, o regramento

jurídico tem a função de fornecer um ambiente seguro e previsível, necessário à atuação do agente comercial.

Entretanto, mesmo sobrevivendo essa adaptação legislativa, eminentemente infralegal e segmentada, não foi possível alcançar a mesma dinamicidade das relações econômicas, que permanecem originariamente, e por um longo período, supridas por regras de formação espontânea ou autorregulatórias, basta lembrar, com exemplo, o comércio eletrônico e o arrendamento mercantil. Apenas em um segundo momento, as novas formas de agir do comércio são apreciadas como substrato para a elaboração normativa⁸.

4 A VALORAÇÃO DOS USOS E COSTUMES COMO FONTE DO DIREITO

Uma relevante discussão contemporânea envolvendo o costume diz respeito à corrente doutrinária que aponta uma tendente desvalorização do costume face ao ordenamento jurídico. Para afirmar a perda da importância dos costumes como fonte subsidiária do direito, argumenta-se no sentido de que, nos países de tradição codificadora, predomina a crença de que as leis existentes seriam suficientes para regular todas as possibilidades da vida real, não restando espaço para a atuação do costume⁹.

Segundo Ferreira (2009, p. 252-253) essa seria uma característica das legislações modernas que, por necessidade de segurança jurídica, clareza de normas, e igualdade formal, mostra-se abrangente e avessa ao costume. Logo, apesar de as legislações preverem o costume como fonte subsidiária, a ele foi dada a relevância determinada pela lei escrita, ou seja, o costume se encontra submetido à invocação legal.

Nessa linha, a desvalorização do costume alcançaria, também, o direito comercial, ramo do direito que notoriamente tem raízes e desenvolvimento estreitamente ligados aos usos e costumes, como se pode confirmar na seguinte passagem:

⁸ Quanto aos contratos mercantis, importante ressaltar que grande parte deles são legalmente atípicos, mas por assim dizer, socialmente típicos. Ora, é o costume mercantil que fornece base para elaboração dos contratos de *swap*, *know-how*, *factoring*, *joint venture*, *engineering*, *software*, e outros ainda inominados.

⁹ FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. **Ciência Jurídica**. v. 23, n. 146, mar./abr. 2009, p. 252-253. Neste artigo o autor menciona as seguintes referências para exemplificar a referida corrente doutrinária: BEVILAQUA, Clovis; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 76. BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. São Paulo: Atlas, 1988. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de; MENDONÇA, Roberto Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1. p. 173. BORGES, João Eunapio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 173.

Os usos mercantis representam a lei comercial em perene formação. As bolsas são, de ordinário, os laboratórios destes usos. A verdade é, porém, que o valor dos usos, como fonte do direito comercial, dia a dia se enfraquece. De preferência a eles e na falta de normas do código civil, tem-se buscado na legislação e na jurisprudência dos países de cultura jurídica adiantada, os elementos para a solução dos casos omissos. As causas dessa preferência residem principalmente no caráter cosmopolita do direito comercial, que aspira a uma legislação comum internacional, e se o interprete encontra nas legislações dos povos cultos e comerciais regras seguras para a solução dos casos omissos, não as duvida invocar. (MENDONÇA; MENDONÇA, 1963, p. 173 apud FERREIRA, 2009, p. 252, grifo nosso)

A justificativa para a desvalorização dos costumes face ao ordenamento não se restringe ao fato de haver um sistemático e abrangente corpo de normas, mas também, ao fato de ser a lei precisa, rígida e certa, podendo ser suprimida e alterada com relativa facilidade, a exemplo do que ocorre com a medida provisória – que não são vedadas em matéria comercial. Por último, o princípio da legalidade seria incompatível com a atribuição de uma força cogente aos costumes.

Entretanto, não acreditamos na subsistência dessa corrente, pelo fato de que não vislumbramos uma relação alternativa entre a lei e o *stylus mercatorum*, pelo contrário, a previsão legal do costume como fonte do direito – no Brasil e em vários outros países – abre uma “janela para a realidade” permitindo a constante renovação do direito, sem necessidade da revogação das normas que, em última análise, se referem a costumes abandonados.

Fora do direito comercial também não vislumbramos acerto na corrente que apresenta a desvalorização dos costumes face ao direito. É possível constatar uma constante, se não crescente, valorização da participação social nos meios legislativos e judiciais, oportunizando a exposição dos modelos comportamentais existentes na prática. Exemplo disso são a iniciativa popular, as audiências públicas, o orçamento participativo e, até mesmo, a corrente do direito alternativo. Por último, entendemos que o princípio da legalidade abrange os costumes por ser o direito consuetudinário uma fonte subsidiária do direito positivo.

Corroborando essa posição, e indo além, José Engrácia Antunes (2007, p. 10-11) afirma que vai ganhando consenso por todo o mundo a ideia segundo a qual a lei e o costume constituem fontes de juridicidade autônomas, e dotadas de igual dignidade. O que equivaleria a dizer que, no direito comercial, as normas escritas, e as normas não escritas (costumeiras), se encontram e pé de igualdade¹⁰.

¹⁰ Na mesma obra, o referido autor noticia que no Direito francês o *Code de Commerce* de 2000 não eleva o costume à categoria de fonte especial do direito comercial, mas é pacificamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência. No Direito alemão a legislação se limita a consagrar o costume como instrumento de

CONCLUSÃO

A referência usual aos usos e costumes comerciais enseja uma reflexão sobre a identidade ou a distinção desses termos. A doutrina majoritária aponta no sentido de os termos serem sinônimos, entretanto, identificamos relevância na discriminação dos conceitos para separar as práticas já incorporadas à lei (costume mercantil), daquelas ainda em vias de consolidação (usos de fato).

O costume é substrato do próprio direito, sem se restringir ao direito comercial. Todavia, a sorte do costume como fonte do direito variará entre os países conforme a prioridade do processo legislativo. Nos países de origem romano germânica o prestígio do costume será inferior ao que se observa nas nações do *common law*, uma vez que nesses o direito se revela muito mais pelos usos, costumes e jurisprudência

O direito comercial tem origem eminentemente consuetudinária (usos/costumes comerciais). Comumente se aponta as corporações de ofício da Idade Média como o marco do nascimento dessa disciplina, entretanto, é interessante refletir sobre a existência da prática comercial desde a Antiguidade, sem, entretanto, existir nesse período, a necessidade de uma disciplina autônoma.

Nascendo como disciplina autônoma, houve um período de dualidade de jurisdições que foi sucedido pela incorporação da jurisdição comercial pelo Estado, ao mesmo tempo em que a definição de comerciante abandonou o critério subjetivo e avançou para um critério objetivo.

A evolução tecnológica fez surgir uma variedade de atividades econômicas que não encontravam correspondência no critério objetivo. Mais uma, vez o direito comercial evoluiu, para redefinir os destinatários das suas normas como aqueles que desenvolvem atividade de empresa, e para trazer a regulação das atividades empresariais para normas segmentadas e/ou infralegais.

interpretação das condutas, mas a doutrina dominante reconhece o costume como fonte do direito comercial. No Direito norte americano a relevância do costume está expressamente consagrada no *Uniform Commercial Law*. No Direito brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê expressamente o costume como fonte do direito, porém, subordinado à lei.

Por um lado, notamos que a evolução dos usos e costumes aplicados ao direito comercial passaram de fonte natural e primeira no passado, para fonte secundária na contemporaneidade, sem, entretanto, perder sua relevância, uma vez que recorrentemente ampara as mais recentes atividades econômicas ainda sem regramento legal. Em outras palavras, enquanto não puder contar com um regramento legal – ou por inexistir, ou por ter se tornado ineficaz – para manter um ambiente estável e seguro para as trocas comerciais, os comerciantes inventarão regras provisórias de regência, emergidas do *consuetudo mercatorum*.

Por outro lado, essa grande onda legislativa, originando-se de instâncias legais e infralegais, apesar de restringir os espaços de formação espontânea das regras consuetudinárias, fornece um ambiente seguro e previsível, necessário à atuação do agente comercial.

A despeito da existência de corrente doutrinária que aponta uma tendência de constante desvalorização do costume como fonte subsidiária do direito, por conta da crença de que as normas já existentes seriam suficientes para regular todas as possibilidades da vida real, além de proporcionar maior segurança jurídica, não acreditamos na subsistência dessa corrente.

Contudo, não vislumbramos uma relação alternativa entre a lei e o *stylus mercatorum*, uma vez que, o costume como fonte do direito abre uma “janela para a realidade” permitindo a constante renovação, sem necessidade da revogação das normas que, em última análise, se referem a costumes abandonados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBÁN, Jorge Oviedo. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo. **Revista electrónica de derecho comercial**. [on line]. Disponível em: <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2013.

ANTUNES, José Engrácia. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 46 n. 146, p. 7-22, abr./jun. 2007.

BENSON, Bruce L. The spontaneous evolution of commercial law. **Southern Economic Journal**. [s.l.], v. 55, jan. 1989, 644-661.

CHAVEZ, Marta Maria T. et al. **Usos y costumbres mercantiles**. 2007. 85f. Monografia (Trabalho de conclusão de curso para licenciatura em ciencias jurídicas) – Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia. 2007.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. **Ciência jurídica**. [s.l.], v. 23, n. 146, p. 245-258, mar./abr. 2009.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 42, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Lisboa: Editores, 1990.

MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de; MENDONÇA, Roberto Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

PÉREZ, Carlos Antonio Espinosa. Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. **Revista de Derecho Privado**. Bogotá, n. 25, p. 99-126, out. 2000.

SILVA, De Placido. **Vocabulário Jurídico**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.