NFN'S 69-76

EXEMPLAR DE
CORTESIA DA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
VENDA PROIBIDA

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

ANO XXXV (Nova Série) n. 103 Julho-Setembro/1996

TEXTOS CLÁSSICOS

RDM Portugal Origem do comercial

ORIGEM DO DIREITO COMERCIAL

(Capítulo 1.º do *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3.ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli)

FÁBIO KONDER COMPARATO *

1. Quando observamos a história do Direito, não tardamos em perceber a freqüência com que no direito privado, a um sistema tradicional se contrapõem institutos que concorrem com os do direito tradicional até virem a constituir, eventualmente, um direito chamado, em sua organicidade, especial, em confronto com o direito comum. Quando se fala, em relação a esse direito, de "eqüidade", a expressão não significa "justiça do caso concreto", ou "regra de um direito social em contraposição ao estatal", mas imersão, de início limitada e, depois, historicamente sempre mais ampla, de novos valores e novos princípios, invocados originalmente *supplendi vel corrigendi gratia* o direito tradicional e, em seguida, de modo sempre mais largo. Com isto, no desenvolvimento histórico, regras de início ditas excepcionais, em se seguida sistematizadas como direito especial, não chegam a constituir o direito geral e comum, perante o qual as contrastantes regras do velho direito tradicional terminam por assumir, às vezes, quase o caráter de resquícios históricos. Mas esse direito geral e comum passa a formar um sistema doravante inspirado por aqueles que, no início da evolução, eram simples temperamentos eqüitativos. *Jus civile* e *jus honorarium* no direito romano espelham, justamente, essa contraposição; *common law* e *equity* voltam a mostrar a formação de institutos que se colocam paralelamente ao direito comum, revelando-nos destarte a importância de um fenômeno próprio dos dois sistemas que enformam todos os direitos da Cristandade.

Essa dicotomia pode parecer ilógica a um observador preocupado com simetrias sistemáticas. Ele poderá se perguntar se a distinção entre *hereditas* e *bonorum possessio*, ou a possibilidade de se conceder *in equity* a execução específica, que não é cabível na *common law*, não constituem complicações inúteis. Mas aos observadores mais atentos não escapará o fato de que a dicotomia exerce a importante função de conciliar a rigidez (que é certeza) do Direito, com a sua também perene exigência de elasticidade, de adaptação. A distinção entre um sistema tradicional e institutos que com ele concorrem permite, justamente, conciliar a adoção de novos princípios com um caminho lento e experimental, dando ensejo a que eles sejam ensaiados, introduzindo-os primeiramente em alguns setores e depois em outros, admitindo, abstratamente, sua ampla aplicabilidade e força de expansão, mas na verdade aplicando-os de início onde é mais sentida a sua necessidade. É, pois, o tempo

(*) Autor da tradução e notas.

que irá permitir a lenta expansão dos princípios que podemos, historicamente, dizer especiais (exatamente porque sua aplicação é limitada a um âmbito determinado, embora sendo, em princípio, possível no âmbito geral), princípios esses que, depois, se estabilizam e estendem seu alcance, acabando afinal por se fundirem no sistema geral.

O fenômeno processual precede freqüentemente o substancial: o direito nasce historicamente da ação. O sistema eqüitativo encontra, por isso, a sua origem num fenômeno processual e se põe, antes de tudo, como sistema de ações judiciais e em função, eventualmente, de uma peculiar jurisdição; o *jus honorarium* tem sua fonte no edito do pretor romano; a *equity* anglo-saxônica nos poderes do Chanceler, coordenando-se com uma diferença de jurisdições.

Podemos, pois, no terreno histórico, encontrar, iterativamente, um direito *especial*, na peculiaridade do desenvolvimento histórico (e a diferença só pode ser apreendida historicamente) de princípios que se afirmam, tão-só, em âmbito limitado, mas que são suscetíveis de aplicações gerais; ensaiam-se, assim, critérios e valorações num âmbito limitado, mas que, em via de princípio, têm um alcance geral e historicamente podem acabar por assumir esse alcance geral, celebrando-se, destarte, exatamente na superação de sua especialidade, o seu maior triunfo.

2. A função do direito comercial diz respeito a essa ordem de fenômenos.

Normas particulares à matéria comercial sempre existiram e os eruditos assinalam-nas desde o Código de Hamurabi. Mas um sistema de direito comercial, ou seja, uma série de normas coordenadas a partir de princípios comuns, só começa a aparecer com a civilização comunal italiana, tão excepcionalmente rica de inspirações e impulso de toda ordem.

O direito romano não havia conhecido um sistema de direito comercial e para tanto talvez houvesse concorrido, não só a elasticidade do direito pretoriano (com a conseqüente dicotomia do sistema à qual fizemos alusão no parágrafo anterior), como também a elaboração dos institutos ditos *juris gentium*, enquanto meios aptos a fazer valer as exigências internacionais, às quais correspondeu, como veremos, o direito comercial em suas origens.

É na civilização das comunas que o direito comercial começa a afirmar-se, em contraposição à civilização feudal, mas também distinguindo-se do direito romano comum que, quase simultaneamente, se constitui e se impõe. O direito comercial aparece, por isso, como um fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge, justamente, nas comunas italianas.

Remontando a essa época encontramos, sobretudo nas comunas da Itália central e setentrional, um primeiro sistema de direito comercial, ligado àquela magnífica florescência que caracterizou as cidades da península e que eclodiu, simultaneamente, no campo do pensamento e na operosidade do tráfico; na afirmação de uma nova classe social e nos progressos da matemática (Leonardo di Pisa, cognominado *il Fibonacci*, em seu *Liber Abbaci*, de 1202, ilustrou os números ditos arábicos; foi do Oriente que nos veio o número zero (...) e para nos darmos conta da simplificação, basta tentar fazer o cálculo de multiplicação abandonando a numeração atual e adotando a romana), progressos esses conexos com o desenvolvimento das trocas. Foi a época do triunfo da língua italiana e do desenvolvimento das iniciativas dos peritos mercadores, que recorriam a um direito mais ágil e expedito

que o romano-canônico comum, a um direito "vulgar", poder-se-ia dizer, parafraseando o fenômeno lingüístico. Enfim, foi a época do que se pode chamar, em verdade, uma primeira Renascença.

A civilização comunal fundava-se no trabalho livre (convindo não esquecer como ela se contrapunha, destarte, à economia servil romana) e a sua florescência era acompanhada também por uma transformação na organização da propriedade agrária. A cidade era um centro de consumo e de trocas, além de centro de produção industrial. Quanto às cidades marítimas, elas tinham no mar uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância, que engendravam ao mesmo tempo riscos, riquezas e experiências.

Com a segunda metade do século XII, artesãos e mercadores viram-se associados em corporações de artes e ofícios, compreendendo os mestres de cada arte e, ao lado deles, mas em posição subordinada, seus companheiros de trabalho e os aprendizes (excluídos os assalariados).

Se bem que as associações de profissionais (obrigadas a pagar prestações ao soberano e dotadas de monopólio) tenham existido também nos séculos anteriores, o rápido florescimento das corporações, após a primeira metade do século XII, como associações livres – com escopos religiosos e de socorro mútuo, para a defesa dos interesses comuns dos associados e para a defesa do comércio urbano – parece constituir um fato novo, conexo com a constituição da comuna e a forte imigração do campo para as cidades. As corporações, em seu ordenamento interno, imitavam o da comuna, com os seus cônsules e a sua jurisdição corporativa. A história das corporações acabará por entrelaçar-se, amiúde, com a história constitucional das cidades, de tal maneira que, nas comunas organizadas democraticamente, a inscrição na corporação tornar-se-á um pressuposto para a participação na vida pública. O Estado identificar-se-á, por vezes, com a estrutura corporativa dos ofícios e os contrastes entre estes tornar-se-ão contrastes políticos da cidade.

Dentre as corporações sobressai a dos mercadores, sobretudo de tecidos, tão distintos dos artesãos. Nas cidades onde foi mais intensa e especializada a atividade mercantil, surgem corporações de diversos ramos de mercadores. Assim por exemplo em Florença, onde as cinco artes maiores eram a de Calimala (assim denominada em razão do trecho da rua em que os membros da corporação tinham seus estabelecimentos, exercendo o comércio dos tecidos estrangeiros), a da lã (dos tecidos de lã), e de Por S. Maria (também essa, originalmente, do comércio de tecidos e depois, no século XIV, da seda), a do câmbio, a dos físicos (médicos) e boticários (para o comércio das drogas), vindo em seguida, as artes menores (como a dos peleiros).

As corporações mercantis reúnem, ao lado dos pequenos comerciantes com mentalidade artesanal, os grandes mercadores que aos primeiros podem, segundo alguns, contrapor-se. De resto, só raramente os pequenos e grandes comerciantes, comerciantes no varejo e no atacado, formaram corporações distintas. Os grandes comerciantes, a partir dos séculos XIII e XIV são empresários com uma esfera de ação internacional, homens de negócio empenhados em múltiplas especulações, verdadeiros protagonistas de uma intensa atividade econômica de âmbito internacional, com uma organização ordenada e racional, muitas vezes desenvolvendo larga atividade bancária com particulares e príncipes, ou servindo de instrumento para a intensa atividade financeira da Igreja que, assim como notou argutamente Sapori, batizava o nascente capitalismo.

O mercador torna-se freqüentemente industrial, e Luzzatto enxerga justamente no lanifício (soberano, entre as ativi-

dades industriais, em toda a Idade Média e caracterizado pelo grande número de processos técnicos de elaboração e pela sua variedade) uma indústria que sai da categoria de artesanato e assume antes o caráter de fábrica descentralizada. De fato, o comerciante e industrial de tecidos de lã faz trabalhar por contra própria vários mestres-artesãos ou trabalhadores a domicílio; ou então exerce, diretamente, a fabricação para a qual não seriam suficientes as forças de um simples mestre-artesão. E quando, escreve Luzzatto, o comerciante, ao invés de ser o modesto negociante de lã, é um grande mercador, que maneja capitais seus, de amigos e de depositantes, encontramo-nos diante de um homem de negócios de tipo moderno, diante do empresário capitalista. É na pessoa destes que Luzzatto reivindica a qualidade de verdadeiros representantes da modernidade da vida italiana, nos séculos XIII e XIV, como autores da expansão da indústria da lã.

São justamente os séculos XIII e XIV os séculos de ouro da economia corporativa italiana – criadora de progresso e ciosa de liberação – economia que, a partir do fim do século XIV, começará a dar sinais de decadência, ao diminuir a importância comparativa das cidades italianas na vida econômica internacional, embora persistindo e mesmo refulgindo o seu esplendor.

À organização corporativa dos comerciantes correspondia a administração da justiça por parte dos cônsules da arte ou da magistratura estabelecida pelas várias artes mercantis (como a *mercanzia* florentina, estabelecida pelas cinco artes maiores). Fundando-se na autonomia corporativa, a competência da respectiva magistratura era limitada, antes de tudo, por um critério subjetivo, ou seja, pela pertinência das partes à corporação, por intermédio da inscrição na matrícula própria. Mas essa competência vai se estendendo, também, aos litígios entre todos os que exerciam atividades mercantis, ainda que não matriculados e, em seguida, às hipóteses em que o comerciante era réu, ou autor, muito embora, nesta última hipótese, admitindo-se que o não-comerciante pudesse declinar do foro especial e recorrer aos tribunais ordinários. Objetivamente, a competência da magistratura comercial era limitada aos negócios mercantis e aos negócios conexos, isto é, às compras para revender e às sucessivas revendas, aos negócios de banco e câmbio, e aos que lhe fossem conexos.

3. A miúda disciplina interna das corporações artesanais é orientada, freqüentemente com intento monopolístico, no sentido de evitar a concorrência, pelos termos da superprodução (de onde a proibição aos não matriculados de exercício da atividade regulamentada), coordenando-se com a disciplina das relações entre mestres e aprendizes, das jornadas de trabalho e, bem assim, para proteção ao consumidor, de técnicas destinadas a garantir a qualidade do produto. Mas independentemente disso, desenvolve-se também uma ordenação normativa que tem por objeto a disciplina dos negócios mercantis, isto é, em substância, negócios de intermediação nas trocas.

Tal disciplina tem origem essencialmente consuetudinária, em especial nos costumes dos negociantes, e, portanto, somente a estes aplicável. Os costumes, desde logo *Consuetudines* de Gênova, em 1056; *Constitutum usus* de Pisa, em 1161; *Liber consuetudinum* de Milão, em 1216, reduzidos a escrito, foram ao depois retomados e desenvolvidos nos estatutos corporativos (como os da parte da lã de Florença, em 1301; o *Breve Mercatorum* de Pisa, em 1316; os estatutos dos mercadores de Parma, de 1215; de Piacenza, de 1263; de Bréscia, de 1313; de Roma, de 1318; de Verona, de 1318; de Milão, de 1341 e assim por diante), aos poucos integrados e renovados. No campo marítimo, é de se

recordar, entre outros, o *Capitulare nauticum* de Veneza, de 1255; as *Tavole Amalfitane*, segundo muitos autores do século XI, para a parte latina, e do século XIV para a parte redigida em língua vulgar; as ordenações de Trani, do século XIV; o *Breve curiae maris* de Pisa, de 1305.

Essas normas são interpretadas e, portanto, desenvolvidas na jurisdição mercantil, ou seja, pelos próprios comerciantes.

O sistema normativo recebia impulso do direito marítimo, no qual se elaboravam institutos de valor universal, assim como era nas cidades marítimas que se afirmava por primeiro o renascimento comunal.

O hoje olvidado contrato de dinheiro a risco, ou câmbio marítimo,[1] pelo qual o que emprestava dinheiro ao capitão do navio para emprego na expedição corria o risco desta, mas, em contrapartida, para o caso de êxito da viagem, estipulava juros altíssimos, constituia um instrumento precioso, que se prestava ao desenvolvimento de uma civilização capitalista e livre. O mar tem sido sempre na História, como lembra Jacques Pirenne, um viveiro de liberdades e iniciativas individuais. É do câmbio marítimo, como demonstrou Enrico Bensa, que surgiu o contrato de seguro, cujo desenvolvimento tende talvez a ser, sempre mais, uma característica da nossa estrutura econômica. A soma mutuada constituia a indenização paga antecipadamente pelo segurador, soma essa que, deixando de se verificar o sinistro, era restituída com altos juros, representativos do prêmio. É da comenda – originariamente, como bem observa Astuti, contrato de mútuo – desenvolvida primeiro no direito marítimo, que deriva a sociedade em conta de participação e também, segundo uma tese difundida, a sociedade em comandita, a qual, ao invés, é reconduzida por outros a uma derivação da sociedade em nome coletivo.

O direito comercial afirma-se, assim, como um direito autônomo de classe, profissional, fruto da prática consuetudinária dos comerciantes, com uma jurisdição especial fundada na autonomia corporativa; direito, portanto, somente aplicável aos comerciantes. Suas regras são, pois, aplicáveis segundo um critério subjetivo e seguem, em sua aplicabilidade, a competência da magistratura mercantil.

Desde o início – dado que, até o fim do século XIII, o comércio era predominantemente ligado às caravanas – as feiras (dentre as quais, nos séculos XII e XIII, sobressaem as da Champagne), e a ulterior difusão em todos os países dos agentes das companhias mercantis (sobretudo as italianas), pela formação dos grandes centros urbanos, deram ao direito profissional dos comerciantes um caráter internacionalmente uniforme.

Jus gentium, escrevia na metade do século XVI o mais antigo dos tratadistas italianos, Benvenuto Stracca, de Ancona, referindo-se ao direito comercial. E ao caráter internacional do direito comercial referia-se no século XVIII Lord Mansfield, o pai do direito comercial inglês.

A elaboração doutrinal, se bem que com inevitável atraso em relação à formação prática, já vinha sendo feita com os glosadores italianos (especialmente Bártolo e Baldo), que também nesse campo mostram a sua força criadora. Ela será depois sistematizada no *Tractatus de mercatura* de Stracca, de 1533, obra que permanecerá como a exposição fundamental sobre a matéria.

Ao lado da elaboração doutrinal, devem ser lembrados os manuais práticos que recolhiam as informações suscetíveis de servir aos comerciantes, como, por exemplo, no início do século XIV, a *Pratica della mercatura* de Francesco Balducci Pegolotti.

[1] Cf. arts. 633 a 665 do Código Comercial brasileiro.

O caráter internacional do direito comercial, assim formado, revela-se na sua expansão, ainda mais acentuada que a do direito comum. Este, não obstante a influência exercida, não logra ser recebido na Inglaterra. A sua expansão geral encontra assim uma barreira nesse país, em que, logo após a conquista normanda, a unificação jurídica nacional, diante dos diversos costumes locais e feudais, faz-se antes que na Europa continental. Pela obra dos juízes dos reis, que vinham aos poucos acentuando e estendendo sua competência, constitui-se um direito nacional comum (*common law*) de índole casuísta, por meio da elaboração das fórmulas processuais.

Esse direito nacional comum, já na segunda metade de século XV, aparece como sistema completo, doravante contraposto ao da Europa continental; e a primeira consciência dessa contraposição surge, segundo a opinião mais difundida entre os autores, no *De laudibus legis Angliae* de Fortescol, de 1460.

Mas essa contraposição é superada no campo do direito comercial e marítimo, estatutária e consuetudinariamente elaborado na Europa continental, graças sobretudo à elaboração das comunas italianas. Ele constitui, em larga medida, o direito comercial e marítimo acolhido na Inglaterra e que somente no século XVIII acaba por fundir-se e enquadrar-se na *common law*, como uma de suas partes. Como primeira sistematização do direito comercial inglês é de recordar-se a obra de Malynes, de 1622, que pode mesmo avizinhar-se, em sua elaboração jurídica, à de Stracca, embora desta se diferencie pelas simples considerações econômicas, já estreitamente ligadas aos problemas do comércio inglês do início do século XVII.

O mesmo desenvolvimento consuetudinário e casuísta do direito comercial estatutário não suscitava, internamente, a divergência que se nota, ao contrário, no âmbito do direito comum, entre a orientação sistemática dos direitos da Europa continental, fundados no direito romano, e a orientação casuísta do direito inglês.

É, pois, justamente no direito comercial que encontramos um sistema, fundamentalmente romanístico, que, recebido na Inglaterra, acaba conservando sua autonomia em conexão com a especialidade de sua jurisdição e a especialidade do seu ordenamento processual. Direito esse que, somente em meados do século XVIII virá enquadrar-se no corpo da *common law*, operando assim uma substancial unificação do direito inglês.

O primeiro período da história do direito comercial inglês vai até o século XVII. Nesse período, a competência nas causas comerciais passa para o tribunal do Almirantado – que, na sua composição e no seu ordenamento processual, se harmoniza com a autonomia do direito comercial e a sua índole romanística – e para os tribunais de direito comum, os quais, já no início do século XVII, prevalecem, por sua vez, sobre o tribunal do Almirantado. No entanto, as normas de direito comercial continuam a ser consideradas, até a segunda metade do século XVIII, à luz dos usos e costumes de classe, devendo portanto ser reconhecida a sua vigência caso por caso, como questão de fato submetida à competência dos jurados. Costuma-se indicar, como término do primeiro período do direito comercial inglês, o ano de 1606, quando Edward Coke assumiu o cargo de *Chief Justice*. Durante esse primeiro período, o direito comercial inglês se apresenta, antes de mais nada – em contraste com o que ocorria no continente – como fruto de uma autônoma elaboração pelos mercadores. Era aplicado pelos tribunais de feiras (*pie powder courts*), ou por tribunais especiais instituídos nos onze centros (*staple towns*), aos quais haviam sido conferidos os privilégios de um "mercado" (sobretudo com o fito de tutelar os mercadores estrangeiros, dentre os quais sobressaiam os italianos, então

expoentes de uma economia mais rica e evoluída) e nos quais era larga a influência do direito estatutário italiano e de tradição romanista. O direito comercial inglês ostentava pois, nesse primeiro período, características sensivelmente comuns em relação ao direito comercial continental, características essas que permaneceram em vigor ainda nos períodos subseqüentes.

Pelo fato de ser o fruto de um formação autônoma (no âmbito de uma classe), o direito comercial podia, na verdade, desenvolver-se internacionalmente, em obediência às suas próprias exigências. Ele formava, destarte, um corpo de normas de caráter internacional, as quais, da sua origem nas cidades italianas – centro, na baixa Idade Média, da maior florescência econômica – trouxe uma marca romanística cuja influência se estendeu além do âmbito daquela geral, do direito romano comum.

A "italianidade" do direito comercial, nesse primeiro período, era o reflexo da importância prevalecente das cidades italianas na vida dos tráficos. Ao lado da Itália, encontramos os outros centros propulsores da mercancia da época, como as cidades flamengas (cuja história é análoga à das comunas italianas) e catalãs, em uma atmosfera que, para parafrasear um dito célebre, não conhecia Alpes nem Pirineus.

É a Catalunha que devemos, assim, a elaboração do Consulado do Mar (séculos XII-XV), consolidação do direito marítimo mediterrâneo com influência nos mares nórdicos, recolhido nos assim chamados rolos (isto é, coletânea de sentenças) de Oléron (para o direito marítimo das costas atlânticas) e nos usos de Wisby (para o mar Báltico) – Oléron e Wisby são nomes de localidades – e mais ainda no Guidon de la Mer, fonte das ordenações da marinha de Luís XIV.

4. A regulação assim elaborada dizia respeito, antes de tudo, como notado, aos problemas que, num sentido amplo, podem ser qualificados como problemas do mercado, isto é, das trocas.

Podemos, assim, identificar um primeiro período, na história do direito comercial. O seu termo inicial poderia ser colocado no início do século XII e o final na segunda metade do século XVI. Durante esse período, desenvolveram-se os institutos que, ainda hoje, se consideram como próprios do direito comercial e que dizem respeito ao mercado e às trocas, ora ligados, ora contrapostos ao desenvolvimento geral do direito romano-canônico comum.

A atividade mercantil requer um rede de auxiliares, especialmente (e lembre-se que não havia telecomunicações...) quando se desenvolve entre praças distantes: caixeiros no estabelecimento principal (e eis a doutrina dos preponentes e prepostos); auxiliares longínquos (e eis a doutrina dos agentes e comissários). A sua organização exigia a idéia de estabelecimento comercial, de fundo de comércio e, portanto, de sinais distintivos – o título do estabelecimento e a insígnia – ao passo que a marca do produto se harmonizava com a preocupação corporativa, visando a garantir a conformidade do produto com os critérios fixados pela corporação.

O desenvolvimento mercantil refoge aos esquemas tradicionais, solenes e ricos de elementos por assim dizer lúdicos, que encontramos numa agricultura tradicional e patriarcal. Exige não só liberdade de escolha entre contratar e não contratar, ou entre concluir um ou outro contrato, como também liberdade de iniciativa para modelar o contrato. Surge, assim, no próprio direito romano-comum (pois as exigências da nova vida citadina se fazem sentir em todo o direito, ainda que com intensidade diversa) o desenvolvimento da doutrina dos contratos. Procurando-se atenuar os requisitos formais, põe-se em relevo o requisito objetivo da causa para a validade do

contrato (e os comentaristas falarão da validade do pacto, nu sem dúvida de forma, mas não de causa). O reexame da *confessio* e da *querela non numeratae pecuniae* levava a uma elaboração que, freqüentemente, contrapunha, ao direito estatutário e aos costumes (nos quais, justamente, mais vivas se faziam sentir as exigências comerciais), o direito comum. Desenvolvem-se, de um lado, a teoria do documento e da prova documental, em confronto com os contratos ditos doravante consensuais; de outro a teoria dos documentos apelidados "confessados" e "garantidos".

Ao desenvolvimento da vida mercantil torna sempre mais freqüentes os contratos obrigatórios sobre mercadorias à distância, indicadas genericamente e não especificadas. São aquisições destinadas a futuras revendas, com a natural formação de um mercado especulativo, suscitando exigências mais vivas de imediata proteção diante do inadimplemento.

Do câmbio marítimo surge, como lembrado, o seguro (cujos primeiros documentos datam, na Itália, do século XIV). Suas regras (obviamente no campo marítimo) começaram a ser elaboradas, destacando-se do câmbio marítimo, onde o conceito de risco se apresentou pela primeira vez.

Aos pagamentos entre praças distantes e, portanto, com câmbio de moeda, corresponde um novo instituto, que de resto apresenta um esquema próximo daquele ainda hoje usado para essa finalidade.

Os primeiros documentos remontam ao século XII e sua plena afirmação se encontra no século XIII.

Tício, recebendo em determinado lugar e *ex causa cambii* uma soma de dinheiro de Caio em determinada moeda, confessa-se perante um tabelião (e assim podiam-se utilizar as regras da *confessio*), devedor de Caio, prometendo por isso pagar, diretamente ou por intermédio de um terceiro, em outro lugar determinado (daí por que Goldschmidt vislumbrava nesses documentos notas promissórias domiciliadas) uma soma em moeda diversa (equivalente à primeira soma segundo a taxa do fixado e que comportava, a favor de uma ou outra parte, o lucro da operação) a Caio (que, por exemplo, previa deslocar-se pessoalmente), ou então a Mévio, indicado por Caio e seu correspondente ou credor, ou ainda a Caio ou a alguém por ele. Assim, na arte notarial de Rolandino dei Passeggeri, pode-se ler como os estudantes provençais,[2] que seguiam os célebres cursos acadêmicos de Bolonha, provessem às próprias necessidades financeiras estipulando lhes fossem entregues somas de dinheiro em Bolonha, e obrigando-se a restituir o equivalente *in mundinis Provini proximis*. Simultaneamente, Tício entregava a Caio uma carta, na qual dava ao próprio correspondente, Semprônio, residente no local convencionado do pagamento, as necessárias instruções para efetuar aí o pagamento.

A justificação da obrigação de Tício (sacador) perante Caio residia no dinheiro recebido deste. Fala-se, a esse respeito, de relação de valor recebido, ao passo que se denomina provisão a relação entre Tício e Semprônio (sacado), que por sua vez se obrigará pelo aceite da ordem recebida.

O documento do débito cambiário não se distinguia dos outros numerosos documentos confessados, senão pelo fato de referir-se a um débito *ex causa cambii*, assim como os outros se referiam a débitos oriundos de mútuo, ou de venda, e assim por diante. A *causa cambii*, porém, é expressa pelo segundo documento, que serve ao credor para legitimar

(2) Ascarelli confunde aqui, provavelmente, a Provença, região meridional da França, com Provins, cidade da Champagne, onde se realizava anualmente famosa feira, na Idade Média. Com efeito, a expressão latina citada a seguir refere-se à feira de Provins.

se a cobrar, ou a fazer cobrar, o pagamento do correspondente do devedor.

Da fusão, no século XIV, dos dois documentos ora mencionados, abandonando-se a redação notarial do primeiro, ou, segundo outros, suprimindo-se o segundo documento, que é a carta de assinação e caindo o primeiro em desuso, nasce a letra de câmbio como instrumento de pagamento internacional. Ela passou a ser redigida doravante em língua vulgar, apresentando quatro figurantes: o que dava a quantia inicial, o que a recebia e endereçava a ordem de pagamento em outra localidade e em moeda diversa, o correspondente deste último a quem se dava o encargo de pagar, o credor correspondente daquele que havia dado a soma inicial e ao qual devia efetuar-se o pagamento.

Tratava-se, pois, primeiramente, de um instrumento de pagamentos internacionais (e não se pode esquecer a pluralidade de soberanos e de moedas, antes da formação dos atuais Estados nacionais), pagamentos esses que, em época mais próxima da nossa, ou seja, no século XIX, se realizavam ainda mediante a aquisição ou venda de cambiais oriundas do movimento de exportação e adquiridas para pagar as importações ou remessas. Hoje, tais pagamentos se fazem por meio de um mecanismo análogo ao da cambial originária (e às vezes com a redação de dois documentos destinados, respectivamente, a quem dá a soma inicial e ao sacado); vale dizer, por meio da dação de uma soma de dinheiro contra a promessa, por parte do banqueiro que recebe o dinheiro, de fazer pagar, por intermédio de um seu correspondente em outro lugar e em moeda diversa, uma soma de moeda equivalente à primeira, segundo uma taxa de câmbio convencionada, ao correspondente de quem entregou a soma inicial.

Essa cambial, instrumento de pagamentos internacionais (e o nome cambial se refere justamente ao câmbio de moedas) é matriz da cambial hodierna, na qual as quatro pessoas originárias se reduzem a três (porque o endosso torna inútil uma delas) e que, de instrumento de pagamentos internacionais, passa a ser instrumento de mobilização do crédito.

Desde a origem, o credor procura forrar-se, mediante cláusulas de renúncia pelo devedor, à prova da efetiva entrega da *pecunia*, pois a doutrina intermédia considerava subordinado o direito do credor a essa entrega, no mútuo e no dote, duvidando das declarações dos devedores de haverem recebido as somas de dinheiro. De fato, tais declarações podiam ser feitas levianamente *propter affectionem quam habent ad pecuniam et uxores*. Aliás, é freqüente hoje verem-se mutuários firmar cambiais que incluem, na soma sacada, juros nem sempre módicos.

A proibição da usura, fruto de uma orientação geral voltada à disciplina da atividade econômica segundo pressupostos moralistas, excluía a possibilidade de se estipularem juros (..) oficialmente, nas operações financeiras. Daí por que a cambial deveria vincular-se ao câmbio de moedas (pois o lucro no câmbio distinguia-se do juro), devendo portanto caracterizar-se pela existência do requisito da *permutatio pecuniae* (isto é, diversidade de moedas) e da *distantia loci*, sem a qual estar-se-ia diante de um *cambium siccum*, que ainda no tempo de Pio V [3] era severamente punido.

(3) Papa de 1566 a 1572. Numa lei de D. Afonso IV, que reinou em Portugal de 1325 a 1357, lei essa depois incluída nas Ordenações Afonsinas (Livro 4.º, tit. 19), de 1448, declarou-se: "E achamos que licita gaança de dinheiro, ou quantidade he em todo caso de cambo (*sic*) d'hum Regno, ou Lugar pera outro; e declaramos seer licito, e verdadeiro o caimbo (*sic*), quando se logo dá maior quantidade em hum Lugar, por lhe darem em outro Lugar, e pagarem mais pequena: e esto he assy promisso, e outorgado per Direito pelas grandes despesas,

Do *mutuum date nihil inde sperantes*[4] e da observação óbvia de que o dinheiro de per si não frutifica, a doutrina canônica havia extraído a proibição da usura. Tal proibição pode justificar-se nos empréstimos destinados a superar transitórias necessidades do devedor para seu consumo, se bem que, mesmo então, era freqüentemente violada na prática.[5] Seja como for, quanto menos desenvolvida uma economia, tanto mais elevados são, em geral, os juros efetivamente cobrados.

Esse quadro torna-se, porém, diverso numa economia fundada no crédito, em que o dinheiro é mutuado sobretudo com escopo produtivo, de sorte que os juros pagos pelo devedor encontram sua contrapartida nos frutos que este retira dos bens adquiridos com o dinheiro mutuado; ou nos lucros cessantes do credor, pela falta de emprego direto do seu dinheiro.

A prática, na verdade, se bem que contrariando a proibição canônica, admite os juros, chamando-os pudicamente, por vezes, gratificações espontâneas ou dons; ou ainda aumenta a sua taxa (como lembra Matteo Villani para o débito público de Florença), graças ao reconhecimento, pelo devedor, de haver recebido soma superior (sobre a qual eram calculados os juros) à real; ou recorrendo a outros artifícios, como o da pluralidade de atos que, redigidos por tabeliães diversos, realizavam, em sua combinação, um mútuo garantido, vencendo juros, com pacto comissório. Era o chamado contrato "trino". Em primeiro instrumento, o mutuário se confessava devedor de uma soma que incluía os juros. Por meio de um segundo instrumento, o mutuário vendia um bem à vista ao mutuante, pela soma do mútuo que então figurava como preço. Com um terceiro instrumento, recomprava o prazo e por igual quantia o mesmo bem. De modo análogo procedia-se com a assim chamada "mohatra", isto é, uma venda a prazo seguida de imediata revenda à vista e por preço menor, por parte do primeiro adquirente ao primeiro vendedor. Este acabava se tornando, pois, credor a prazo de uma soma superior à que fora dada; vale dizer, a soma mutuada mais os juros.[6] A admissibilidade desse contrato, na casuística dos jesuítas, provocará, no século XVII, os ataques de Pascal na oitava de suas *lettres provinciales*.

A doutrina, por sua vez, procura elaborar a interdição canônica, aceita pelos civilistas, estabelecendo distinções a partir da consideração do dano sofrido pelo credor. Santo Tomás já admite, como ressarcimento do dano da mora, os juros moratórios, dos quais se vão elaborando os requisitos (depois sistematizados por Paulo de Castro). Eles serão admitidos quando o credor é comerciante, independentemente da prova do dano sofrido

que os mercadores estantes (*isto é, domiciliados no local*), que o maior preço recebem, fazem em manteerem seus caimbos nas Cidades, e Villas, honde continuadamente estão, e polo trabalho, de que som relevados os que dão seus dinheiros em hua parte, pelos receberem em outra.

(4) É a expressão da Vulgata, tradução latina da Bíblia, de autoria de S. Jeronimo, para um versículo do Evangelho de S. Lucas, 6-35.

(5) Essa inefetividade da proibição canônica da usura, promulgada pelos soberanos cristãos da Idade Média, parece ter se verificado também em Portugal, se se atenta para a contínua reiteração do mesmo mandamento, nas ordens regias. No "Livro das Leis e Posturas", compilação elaborada no reinado de D. Duarte (1433-1438), constam-se oito leis contra a usura, editadas a partir de 1211.

(6) O contrato de retrovenda serviu, desde sempre, para mascarar o empréstimo usurário. Na mesma lei de D. Afonso IV, citada em nota anterior, admitia-se a retrovenda de bens de raiz "quando a dita raiz fosse vendida por preço razoado, a saber, que fosse pouco mais, ou menos do justo preço; ca se o preço fosse muito pequeno, a pouquidade do dito preço com a dita avença faria o dito contrauto seer usureiro".

pelo credor no caso concreto, e *absque ulla interpellatione*,[7] tornando-se, pois, devidos os juros do período de mora que sucede o vencimento de um mútuo. Com isto, os mútuos passaram a ser contratados por prazo brevíssimo e a mora não era então, sem dúvida, mal vista pelo credor (...). Com Santo Antonio,[8] a doutrina canônica dá um passo adiante, considerando, para a licitude dos juros, não só a posição do credor mas também a do devedor. Julgava-se que, quando o contrato tivesse por objetivo ensejar um lucro ao devedor, com a utilização do dinheiro, já não se estaria diante de um mútuo, puro e simples, e portanto os juros seriam justificados; o que abriu caminho, mais tarde, à admissão da possibilidade de juros no mútuo, desde que justificados por uma causa autônoma.

Em fins do período que estamos considerando, os juros, cuja licitude de princípio seria sustentada por Calvino,[9] passarão a ser reconhecidos pela legislação civil em casos numerosos. Uma ordenação de Carlos V,[10] de 1540, admite-os, em geral, em favor dos comerciantes.

Uma atividade mercantil requer o concurso da atividade e dos meios financeiros de várias pessoas, e eis que nesse período se nos apresenta, desenvolvendo-se a partir do consórcio familiar, a sociedade em nome coletivo ("companhia", como se dizia e se continua, de certa forma, a dizer com o aditivo "e companhia"). Ela reforça sua estrutura financeira, primeiro com a participação de terceiros (estranhos ao núcleo familiar), e depois, no século XIV, sempre mais com depósitos, o instrumento típico para a organização do comércio terrestre e da atividade bancária. De início, a sociedade apresentava uma estrutura unitária tendo a grande "companhia" uma multiplicação de filiais em toda a Europa; em seguida, na segunda metade do século XIV, com uma autonomia dos estabelecimentos locais que faziam da casa matriz uma espécie de *holding* desses.[11]

No comércio marítimo, dominava ao invés a comenda e, ligada a esta e à sua difusão mesmo fora do comércio marítimo, passou a ser disciplinada (primeiramente na lei florentina de 1408) a comandita.

Uma atividade mercantil requer registros, contas e sistemas de contabilidade. As partidas dobradas, ainda hoje em uso, surgem já no século XIV, encontrando um expositor em Luca Pacioli, insigne na história das matemáticas. Desenvolve-se o sistema dos livros de comércio e de registros contábeis ordenados.

5. É assim que se vai formando um primeiro núcleo, um primeiro sistema de direito comercial, essencialmente em função do comércio, dos transportes (sobretudo marítimos, pois que, já recordamos, são amiúde os institutos marítimos

(7) "Até que (haja) uma interpelação", pelo credor, evidentemente. A exigência geral de interpelação do devedor, para constituição em mora, subsiste em nosso Código Comercial (arts. 138 e 205); não no Código Civil, para as obrigações com prazo certo de vencimento (art. 960).

(8) 1389-1459. Arcebispo de Florença. Considerado um dos fundadores da moderna teologia moral e ética social cristã. Autor de *Summa moralis*, editada em 1477, e de *Summa confessionnem*, em 1472.

(9) João Calvino, nascido em Noyon, na Picardia (França), em 1509, e falecido em Genebra, em 1564, foi um dos mais importantes reformadores do cristianismo. Sua obra principal é a *Institutions de la Religion Chrétienne*, de 1536.

(10) O imperador Carlos V (1500-1558), Carlos I da Espanha, foi o último grande soberano a reinar sobre a cristandade unificada. Dizia-se que sobre os seus domínios o sol nunca se punha.

(11) Na verdade, essa primeira experiência histórica de grupo societário somente surgiu com o Banco Medici, de Florença, na primeira metade do século XV.

– a começar pelo câmbio marítimo – que, em sua evolução, dão lugar a institutos gerais do direito comercial), dos negócios bancários e cambiais. Um direito fruto dos costumes dos mercadores, que disciplina os negócios, ligado a um processo judicial que assume formas simples e expeditas (processo sumários e sumaríssimos, como se diz) em jurisdições especiais.

O fenômeno da jurisdição especial liga-se, na verdade, estreitamente ao do direito especial. É a jurisdição especial, com o seu processo próprio, que permite o desenvolvimento do direito comercial e lhe reforça a autonomia em confronto com o direito comum.

Trata-se de um direito que podemos dizer de classe, tendo em vista quer a sua fonte, quer a sua aplicação, quer a sua jurisdição; e que encontra, aliás, paralelismo na freqüência dos direitos de classe e jurisdições especiais na Idade Média.

No entanto, a sabedoria da elaboração do direito comercial e da obra de seus aplicadores no plano judiciário foi a de haverem superado o interesse de classe.

As regras elaboradas para os negócios mercantis dos comerciantes se apresentam, em seu alcance abstrato, como demonstrará a evolução posterior, de aplicabilidade geral e não inspiradas por um interesse de classe que, como tal, exclui obviamente uma aplicação geral. São regras independentes do invólucro corporativo com o qual se originaram, e tendentes a favorecer um desenvolvimento geral da riqueza e não grupos restritos.

Sob esse aspecto, o direito comercial, distinguindo-se dos vários direitos particulares de classes e territórios, afirma-se como especial no sentido que lembramos há pouco, ou seja, como elaborador de princípios e institutos, suscetíveis de aplicação geral. Oriundo do corporativismo mercantil e fruto de uma elaboração particularista no âmbito de uma categoria profissional, ele encontra sua justificação no fato de se constituir em instrumento jurídico para a efetiva melhoria do ordenamento das trocas, vale dizer, para o aumento da utilidade dos vários bens econômicos.

6. O fruto da elaboração comercialista desse período que, como notado, abrindo-se com o início do século XII, chega até a segunda metade do século XVI, encontra-se, já se disse, na primeira sistematização teórica do direito comercial, que foi *De mercatura* de Benvenuto Stracca, cidadão de Ancona, cuja primeira edição é de 1553. Aí encontramos a primeira e ainda fresca sistematização do direito comercial, naqueles institutos aos quais venho rapidamente aludindo, centrados em torno da idéia de mercado. A sistematização de Stracca, como observa A. Rocco, apresenta-se, de um lado, como aderente à realidade e alheia às considerações meramente teóricas ou morais, presentes, naturalmente, nas referências à atividade econômica das obras teológicas; das quais, porém, não se deve desprezar a importância para o desenvolvimento do direito comercial, tanto nesse período, quanto sobretudo no século XVII. Com efeito, distinções e elaborações dos tipos de contratos ligam-se, freqüentemente, aos problemas postos pelas normas e proibições canônicas, sobretudo a proibição da usura. Sob esse aspecto, o probabilismo jesuítico do século XVII, com suas distinções sutis, apresenta, em substância, uma elaboração jurídica, sobretudo em relação aos contratos de mútuo, sociedade, venda e negócios de garantia. Por outro lado, o tratado de Stracca revela a preocupação de dar uma sólida construção jurídica e não simplesmente apresentar um noticiário, como os manuais práticos. Ele se vincula à obra dos grandes comentaristas, na elaboração dos institutos mercantis, além do desenvolvimento consuetudinário e da prática. O seu frescor e a sua

aderência imediata a um desenvolvimento consuetudinário e da prática distinguem-no, em minha opinião (mais do que sucedeu com os comercialistas do século seguinte), do *mos italicus jura docendi*,[12] então dominante, confirmando com isto a especialidade do direito comercial em relação ao direito privado comum, mesmo no tocante à orientação doutrinal.

O panorama que vimos debuxando muda com a segunda metade do século XVI.

Com a descoberta da Via do Cabo abriu-se o caminho marítimo para o Oriente e a descoberta da América deu início a uma nova expansão, que importava na deslocação dos centros comerciais.

À florescência econômica do começo dos anos 500, que segundo Luzzatto parece preludiar os desenvolvimentos da idade contemporânea (e encontramos de fato, já nos séculos XVI e XVII, estruturas econômicas associativas complexas; os primeiros cartéis, segundo a terminologia hodierna e – como naquela que poder-se-ia dizer a *holding* dos Medici – formações estruturais complexas no campo das sociedades), sucede um período de crise, devido a causas políticas e econômicas. Dessa crise sairiam enfraquecidos os velhos centros da vida econômica européia, cuja importância comparativa, aliás, já diminuira anteriormente, não obstante a persistência de seu espírito criativo.

A Itália cairá, em grande parte, sob a dominação estrangeira, enquanto alhures se afirmam, triunfantes, os Estados unitários: a vida econômica se desloca para o Ocidente, para a República Holandesa e os Estados unitários da França e da Inglaterra.

Decai a economia da Alemanha, que será depois devastada pela guerra dos trinta anos. Na Europa oriental e em parte na Alemanha, reforça-se a servidão da gleba, desaparecida ou em vias de desaparecimento no Ocidente.

Uma profunda divisão de crenças e concepções gerais se afirma na Cristandade, mas das guerras de religião nasce o Estado moderno.

Ao lado de uma economia urbana, vai-se suscitando a preocupação com a disciplina de um mercado nacional, que encontrará depois sua expressão e desenvolvimento no mercantilismo do século XVII.

Como observa Luzzatto, assim as unidades locais, como as formações corporativas, passam a subordinar-se ao Estado que, pelas necessidades totalmente novas de suas finanças, é levado a interessar-se pelos problemas econômicos, a intervir como regulador da vida econômica da nação, aplicando a política que se dirá mercantilista.

No meado do século, o forte aumento da importação de metais, em decorrência da exploração mineira do Peru e no México, prova uma revolução de preços na Espanha e na Europa em geral, e os problemas monetários começam a preocupar os primeiros economistas.

A técnica e a ciência são renovadas: acentua-se o desenvolvimento de máquinas, não mais fundadas no aproveitamento da energia muscular do homem ou de animais, e um movimento profundo de pensamento começa a transformar e enriquecer as concepções físicas e a elaborar perfeitos instrumentos matemáticos.

No âmbito das doutrinas jurídicas, entra em crise o *mos italicus jura docendi*, que havia sido desenvolvido pelos comentaristas. Uma nova concepção, afirmada na Itália com o humanismo de um Valla e um Poliziano, amadurecida na obra de Alciato (1492-1550), triunfa na França (enquanto na Itália persiste o velho método), ligada à afirmação da soberania estatal.

O método historicista leva a considerar historicamente o direito romano e, ao

(12) Método puramente conceitual e abstrato de explicação do Direito.

mesmo tempo, a reafirmar a nacionalidade do direito.

De elaboração jusnaturalista, voltada à pesquisa de um fundamento do direito, surgiriam, de outro lado, grande parte das categorias jurídicas dos direitos romanísticos.

A já agora concluída formação de um direito nacional comum na Inglaterra encerrou, para esta, a recepção do direito romano. O direito tradicional, elaborado pelos juízes dos reis normandos põe-se, doravante, como limite ao poder do soberano.

Parece-me, destarte, que se pode datar da segunda metade do século XVI, obviamente com a relatividade própria de toda periodização, o início de um segundo período na história do direito comercial.