REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Industrial, econômico e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

MALHEIROS EDITORES

Textos Clássicos

"LEX MERCATORIA"*

FRANCESCO GALGANO
Tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Introdução

1. Da antiga à nova "lex mercatoria"

A história da *lex mercatoria* é a história de um modo particular de criar direito, a história do "particularismo" que distinguiu a regulação normativa das relações comerciais, tornando-a diversa da regulação normativa de qualquer outra espécie de relações sociais.

É, na origem, o *ius mercatorum* ou *lex mercatoria*, e é tal não só porque regula a atividade dos *mercatores*, mas também, e sobretudo, porque é direito criado pelos *mercatores*, que nasce dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência da corte dos mercadores. É *ius mercatorum*, diretamente criado pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, não já em nome da inteira comunidade; e isto conquanto a classe mercantil fosse classe politicamente dirigente, força de governo da sociedade comunal, que podia ditar lei — e em outra esfera de relações ditava lei — para o trâmite das instituições públicas, sob o signo da autoridade comunal. As regras do comércio foram, assim, subtraídas à "compromissória" mediação da sociedade política; elas puderam, ao mesmo tempo, ultrapassar os confins comunais e expandir-se, como regras profissionais da classe mercantil, até onde se estendiam os mercados. Um direito comercial "grande, universal" — dirá Frémery[1] — "como o comércio que o havia produzido".

Na época moderna, que é a época da codificação do direito privado, a época da mediação do Estado na regulação de todas as relações sociais, o antigo particularismo jurídico se reapresenta em formas mudadas; o direito comercial é o direito dos códigos de comércio, separados dos códigos civis; da jurisdição comercial, separada da jurisdição civil. Conquanto direito do Estado, como o direito civil, o direito comercial se separa deste por uma razão que diz respeito, ainda uma vez, a um diverso modo de criar direito: é tornado autônomo do direito civil por ser mais facilmente e mais rapidamente emendável, em consonância com as mutáveis exigências do comércio, e por ser um direito, o mais possível, "a-nacional", em antítese à acentuada caracterização nacional do direito civil, aberto às

* N. do T.: o texto, a seguir, consiste no item I da Introdução feita por Francesco Galgano à obra de sua autoria denominada *Lex Mercatoria* (ed. Il Mulino, Bolonha, 2001, pp. 9-14). A *Lex Mercatoria* representa uma atualização, acrescida de alguns capítulos novos, do livro que se denominou, originalmente, *Storia del Diritto Commerciale* (a 1ª edição é de 1976).

1. A. Frémery, *Études de Droit Commercial, ou du Droit Fondé par la Coutume Universelle des Comerçants*, Paris, 1833, p. 19.

exigências de uniformidade metanacional, funcional para as necessidades de um mercado interestadual. E, no século passado, ter-se-ão um só código civil, mas dois códigos de comércio na Alemanha, dois códigos de comércio na Espanha, dois códigos de comércio na Itália (onde um novo projeto de código de comércio estará já em execução nos primeiros decênios do novo século); entre os dois séculos terá início o processo de uniformização internacional de múltiplos setores do direito comercial, da concorrência e dos direitos exclusivos de propriedade industrial, ao cheque e à cambial.

A matéria sobre a qual esse "particularismo jurídico", historicamente, se exerceu, não é facilmente delimitável.[2] O direito comercial não tem, para desonra do seu nome, um preciso referente nas categorias da economia, não corresponde a um específico setor do sistema econômico; o seu limite com respeito ao direito civil não pode ser traçado — bem o advertiu Ascarelli — decompondo o direito privado em direito da produção, da distribuição, da circulação, do consumo e assim por diante.[3]

O direito comercial não é o direito do comércio: não regula, nem nunca regulou, *todo* o comércio; não foi nunca um sistema normativo auto-suficiente, ordenador de um inteiro setor da vida econômica; e, a regular o comércio, sempre concorreu, com as normas sobre obrigações e sobre contratos, também o direito civil. Ao *ius civile*, que era então o direito privado romano, extraído do *Corpus iuris*, faziam expressa remissão, qual fonte subsidiária do *ius mercatorum*, os estatutos mercantis; e, aos códigos civis, fariam análoga remissão os modernos códigos de comércio, advertindo que a "matéria de comércio" era regulada *in primis* pelo código de comércio e pelos usos comerciais e, onde estes não tivessem estatuído, pelo código civil.[4]

Se não é *todo* o direito do comércio, tampouco é o direito comercial *somente* o direito do comércio: também as atividades industriais são, e desde o seu surgimento, matéria do direito comercial. O primeiro código de comércio da era moderna, o *Code de Commerce* de 1808, considerava "ato de comércio" a aquisição de mercadorias com o escopo de revenda, mas "seja em *natura*", precisava, "seja depois de as ter elaborado ou beneficiado (*messe in opera*)" (art. 632, 1º parágrafo), e fazia expressa menção, como atos de comércio, às "empresas de manufatura" (art. 632, 2º parágrafo) e às "empresas de construção" (art. 663, 2º parágrafo).

A essência da "comercialidade" dessa partição do direito não se colhe em uma visão sincrônica do direito privado, distinguindo-a *ratione materiae* do direito civil;[5] colher-se-á se se coloca em uma perspectiva diacrônica: o direito comercial aparece, então, como a inovação jurídica introduzida na regulação das relações econômicas, o conjunto de "especiais" regras de comér-

2. O conceito de "particularismo jurídico", que é próprio dos juristas positivistas dos Oitocentos e, em particular, da literatura histórico-jurídica francesa e italiana, pode hoje ser empregado como categoria de conhecimento histórico, já que — como adverte G. Tarello, *Le Ideologie della Codificazione nel Secolo XVIII*, Gênova, sem data (mas de 1973), p. 21 — "as valorações e as esperanças", que nele estão implícitas, "podem-se reencontrar seja na cultura jurídica contemporânea ao fenômeno qualificado, seja na cultura e na mentalidade do futuro historiador".

3. T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955, p. 15; id., *Corso di Diritto Commerciale*, Milão, 1962, pp. 87 e 124.

4. E já com respeito ao *Code de Commerce*, que não continha uma expressa remissão de tal sorte, G. G. Locrè observava que o "código de comércio, não sendo senão uma lei de exceção, destinada a regular os negócios de natureza particular, não pode subsistir por si mesmo, liga-se ao direito comum" (*Spirito del Codice di Commercio*, trad. italiana, Milão, 1811, p. VII).

5. E no vigor do nosso Código de Comércio de 82 acabou-se por acolher um critério de todo tautológico, concluindo que "matéria de comércio", para os efeitos do art. 1º do Código, outra coisa não era senão a matéria regulada pelo Código mesmo (cf. L. Bolaffio, "Disposizioni generali", em *Il Codice di Commercio Commentato*, Turim, 1913, *sub* arts. 1-2, pp. 7 e ss.).

cio que, nas diversas épocas históricas, a classe mercantil diretamente criou ou pretendeu do Estado; e são, muito freqüentemente, regras destinadas a traduzirem-se, nas épocas sucessivas, em direito privado comum, a tornarem-se direito civil. Advertiu-o Pasukanis, quando escreveu que "o direito comercial, com respeito ao direito civil, cumpre a mesma função a que é chamado a cumprir o direito civil em relação a todos os outros setores; ou seja, aquele indica a este a via do desenvolvimento".[6]

As vicissitudes italianas se destacam, durante o período fascista, do contexto europeu. Em 1942 o direito comercial perde, no nosso país, a antiga autonomia legislativa; um unitário código civil toma o posto precedentemente ocupado, e ainda ocupado alhures, por separados códigos civis e de comércio. Não obstante isso, os juscomercialistas italianos dão vida novamente ao direito comercial, com uma hábil operação de "retalho", no interior do código civil, de diversos conjuntos de normas, algumas do Quinto, outras do Quarto Livro, cujo elemento unificador em outra coisa não reside senão no fato de que elas eram, uma época, encerradas dentro do código de comércio (e ao mesmo título são incluídas no "direito comercial" algumas leis especiais, aquelas sobre falência, sobre a cambial e sobre o cheque etc., cuja "comercialidade" deriva também do fato de elas regularem matérias já reguladas pelo código de comércio).

O antigo particularismo se transformou, assim, em "autonomia científica" do direito comercial. A integração do direito comercial ao direito civil é, quanto menos em sede de sistematização e interpretação, esconjurada; a juscomercialística continua, como no passado, a elaborar separadamente as próprias categorias. Uma operação de mera restauração, inspirada por uma filosofia conservadora? Ou não, ao invés, uma visão cosmopolita do direito, a aspiração a reproduzir no direito nacional o modelo dos outros grandes países do continente europeu? O sentido dessa operação da juscomercialística italiana será claramente percebido por Tullio Ascarelli quando o Tratado de Roma relançar, sobre o nosso continente, o projeto de um direito comercial uniforme.[7]

O projeto é enunciado pelo art. 3º, letra *h*, do *Tratado*, segundo o qual "a ação da Comunidade importa", entre outras coisas, "a aproximação das legislações nacionais na medida necessária ao funcionamento do mercado comum"; e o objetivo da "aproximação das legislações", referida ao funcionamento de um mercado comum europeu, torna evidente a alusão às legislações comerciais nacionais (dentro do direito comercial se coloca, além disso, o mais específico objetivo, expresso pelo art. 44, 2º parágrafo, letra *g*, que consiste no "tornar equivalentes as garantias que são exigidas, pelos Estados-membros, das sociedades, para proteger os interesses tanto dos sócios como de terceiros").

Nesse projeto, o "particularismo" do direito comercial reemerge em toda a sua importância histórica: retorna a antiga idéia de um direito comercial "despoliticizado", a uniformidade ultranacional do qual se possa realizar independentemente da unidade política e não associar a nada mais senão à unidade do mercado. E retorna, com essa, também a idéia de que as normas reguladoras da atividade comercial possam ser produzidas de modo inteiramente "particular", externamente àquelas sedes de mediação política e social nas quais se forma qualquer outra norma de direito. Segundo o art. 94 do Tratado, as legislações nacionais se "harmonizam" por diretiva vinculante de um órgão comunitário, qual seja, o Conselho da Comunidade Européia, que é emanação exclusiva dos executivos nacio-

6. E. B. Pasukanis, *La Teoria Generale del Diritto e il Marxismo*, trad. italiana de E. Martellotti, com ensaio introdutório de U. Cerroni, Bari, 1975, p. 55.

7. Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale*, cit., p. 142; e *infra*, cap. 5, par. 5.

nais, enquanto o Parlamento Europeu, eleito por sufrágio universal, tem voto somente consultivo.

O particularismo do direito comercial é, em termos "gramscianos", "economismo"; a sua valoração histórica é valoração histórica do "economismo" no direito, e o particularismo do direito comercial das origens foi somente um aspecto daquele geral "economismo" da burguesia medieval que foi a razão da sua rápida fortuna, mas também de seu igualmente rápido declínio.[8] O economismo no direito do nosso tempo é a pretensão de separar o direito da política, de abstraí-lo da sociedade, qual mero "acessório" da economia, pura técnica de regulação das relações de produção. Ele contradiz — baste aqui o exemplo, há pouco citado, do modo de criar direito comercial uniforme na Comunidade Européia — as instâncias, jamais sopitadas, de formação democrática do direito, contradiz a aspiração a um desenvolvimento econômico coordenado com o progresso civil e social. A idéia de uma constituição européia, que hoje se anuncia, apoia essas exigências, como as apoia a anunciada atribuição de um voto deliberativo ao Parlamento Europeu.

É hoje somente uma curiosidade histórica, mas não é aqui fora de lugar recordar a áspera polêmica que, nos anos Trinta, dividiu os juristas soviéticos sobre o tema do "direito econômico". A quantos haviam propugnado "a substituição do direito civil pelo direito econômico", Vysinskij acusou de haver "feito do ser vivente, com os seus direitos pessoais e patrimoniais, um acessório do mecanismo econômico. Não compreenderam que o socialismo postula o desenvolvimento e o fortalecimento dos direitos pessoais e patrimoniais dos trabalhadores. Ignoram a importância da propriedade individual. Sobre um ponto agora estão todos de acordo: é preciso criar o mais rapidamente um novo código civil".[9]

As razões do particularismo parecem, todavia, destinadas a levar vantagem no último quartel do vigésimo século; a economia mundial veio assumindo sempre mais marcadamente os caracteres de uma economia global, que tende a superar os confins políticos dos Estados e a reduzir o planeta à unidade econômica. A economia global se sobrepôs ao antigo comércio internacional. No passado, a produção era sempre nacional; eram internacionais os mercados do aprovisionamento de matérias-primas e da colocação de produtos acabados. Na economia que se diz global não são as mercadorias que circulam além dos confins nacionais; em âmbitos internacionais se desloca e se ramifica a própria organização produtiva e distributiva.

8. Recordo as páginas de Antonio Gramsci em *Note sul Machiavelli, sulla Politica e sullo Stato Moderno*, Turim, 1949, pp. 45 e ss., 90 e ss., 133; e aquelas, mais numerosas, depois aparecidas nos *Quaderni dal Carcere*, Turim, 1975, pp. 475 e ss., 641, 694 e ss., 758 e ss., 787 e ss., 935, 1.053 e ss., 1.149. Às pp. 460 e ss. dos *Quaderni* (pp. 29 e ss. das *Note*) está a crítica do "economismo"; e aí se lê que "é preciso combater o economismo não só na teoria da historiografia, mas também na teoria e na prática política" (p. 464 dos *Quaderni*).

9. A passagem faz parte da nota requisitória de 37; no sucessivo escrito de 49, sobre *Problemi del Diritto e dello Stato in Marx*, A. J. Vysinskij repele ainda "a redução do direito civil soviético à esfera da produção e da troca. O que é feito, porém, daquela parte do direito civil que disciplina as relações matrimoniais e familiares? Ou também essas relações devem ser disciplinadas do ponto de vista da 'planificação socialista'? É claro que o direito civil compreende uma esfera de relações mais ampla do que somente as relações de troca (como afirmou Pasukanis) ou também somente as relações de produção e de troca (como afirmou Stucka)"; é contra "a divisão do direito soviético que disciplina as relações econômicas em dois 'direitos': o direito civil e o direito econômico", uma divisão que comporta a "contraposição dos interesses da economia socialista aos interesses do homem socialista, a depreciação do direito civil como direito que disciplina, sanciona e tutela os interesses pessoais e patrimoniais dos trabalhadores, dos cidadãos da URSS, construtores do socialismo" (em P. L. Stucka, E. B. Pasukanis, A. J. Vysinskij, M. S. Strogovic, *Teorie Sovietiche del Diritto*, aos cuidados de U. Cerroni, Milão, 1964, pp. 265 e ss.). Stucka tinha, por sua vez, criticado o "economismo" de Pasukanis; cf. o ensaio introdutório de Cerroni a Pasukanis, *La Teoria Generale del Diritto e il Marxismo*, cit., p. 25.

As grandes empresas assumem dimensões mundiais; caracterizam-se como empresas multinacionais; colocam as próprias unidades de produção diretamente sobre os mercados de consumo dos produtos; ou articulam em países diversos, segundo critérios de conveniência, as diversas fases e os diversos setores da própria atividade, tirando vantagem das diversas oportunidades que aí encontram ofertadas, como o mais vantajoso mercado de trabalho, ou o mais vantajoso mercado de capitais, ou o sistema fiscal preferível; e obtendo ao mesmo tempo o resultado de separar os riscos relativos aos diversos mercados.

As multinacionais constituem um potente fator de propagação, no mundo, de práticas e de modelos contratuais uniformes; concorrem para a formação daquela nova *lex mercatoria*, tão universal quanto foi universal a *lex mercatoria* da era pré-industrial, à qual se tende hoje a reconhecer o caráter de originário e supranacional ordenamento jurídico, como o ordenamento jurídico da *business community*, que não conhece nacionalidade e se estende à inteira "aldeia global". Ao mesmo tempo a economia global, da qual as multinacionais são as principais protagonistas, produz um efeito gravemente perturbador sobre as estruturas jurídicas e políticas dos Estados, frustra-lhes a política econômica, exautora-lhes as leis. Os Estados soberanos, por potentes que sejam, não são mais tão soberanos quanto no passado. Eles não governam senão um minúsculo fragmento do mercado global, enquanto as multinacionais estão em grau de controlá-lo na sua inteireza.

Nada ou bem pouco das experiências político-constitucionais maturadas dentro das sociedades nacionais podem ser utilizadas diante da globalização da economia e da nova *lex mercatoria*. São necessárias novas idéias e experiências de todo originais — que estão agora amadurecendo, como se dirá no último capítulo deste livro.