REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro

158

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 L (Nova Série)
abril-junho/2011

MALHEIROS EDITORES

Atualidades

OS COSTUMES MERCANTIS E O SEU ASSENTAMENTO PELA JUCESP[1]

MÁRCIO FERRO CATAPANI

1. As fontes do Direito Comercial – Papel próprio dos usos e costumes mercantis. 2. A prova dos usos e costumes mercantis: 2.1 Usos normativos e usos interpretativos; 2.2 A função das Juntas Comerciais. 3. Assentamentos existentes na Junta Comercial do Estado de São Paulo ("Jucesp"). 4. Análise de alguns regimes consuetudinários assentados pela Jucesp: 4.1 Da capitalização de juros em contas-correntes; 4.2 Do comércio de café na praça de Santos; 4.3 Dos negócios de bolsa e dos assuntos bancários; 4.4 Dos vários ramos. 5. O "desuso" dos assentamentos. Bibliografia.

1. As fontes do Direito Comercial – Papel próprio dos usos e costumes mercantis

O Direito Comercial se distingue dos demais ramos do Direito em virtude da existência de princípios jurídicos peculiares. Tais princípios advêm tanto do desenvolvimento histórico desse ramo jurídico quanto da própria lógica negocial e da deontologia subjacentes às relações travadas entre comerciantes,[2] que demandam um regramento jurídico dotado de normas e dinâmica particulares.[3]

Nesse contexto, e por essa razão, as fontes do Direito Comercial possuem uma

1. A elaboração do presente artigo somente foi possível graças à colaboração de Thiago Diniz Secaf e Flavia Regina Britto, cuja ajuda permitiu encontrar dados sobre os assentamentos existentes na Jucesp e documentos constantes dos processos nos quais foram aprovados tais assentamentos, bem como às sugestões da Professora Dra. Paula Andréa Forgioni, aos quais agradeço.

2. Comerciantes, mercadores, empresários ou que nome se lhes dê ao longo do desenvolvimento desse ramo do Direito. Por óbvio, tais princípios, tanto quanto as relações econômicas a que eles se aplicam, evoluíram com o tempo desde o surgimento do Direito Comercial.

3. De acordo com Ascarelli, "a explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado (o comércio e, especialmente, o comércio transmarino e bancário), sucessivamente em um âmbito mais vasto, com a progressiva 'comercialização' do direito das obrigações em relação ao fato de terem-se progressivamente apresentado em toda a economia, à vista da sucessiva extensão de determinadas técnicas de produção, exigências econômicas antes peculiares apenas a alguns ramos da atividade econômica" (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1ª reed., pp. 146-147). Note-se que Ascarelli reconhece o caráter histórico da distinção entre Direito Civil e Direito Comercial, mas o faz por meio da análise da evolução histórica da abrangência dos princípios aplicáveis ao último, em sua qualidade de direito especial.

Carlos Maximiliano assim se manifesta: "Não preside à exegese das leis comerciais critério inteiramente igual ao adotado para as leis civis. A própria índole das relações mercantis, a prevalência dos objetivos econômicos, a maior variabilidade de operações e ampla despreocupação de fórmulas; enfim a liberdade de contratar e a rapidez de assumir compromissos e realizar transações imprimem peculiar ductilidade ao ramo do Direito Privado mais intimamente ligado à atividade dos homens de negócios, e forçam-no a um constante apelo aos usos e costumes (...)" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., 2ª tir., p. 316).

forma também peculiar de se estruturarem. É corrente a afirmação de que, nesse ramo, os usos e costumes[4] exercem um papel de maior relevo que em outros, mesmo nos sistemas jurídicos de Direito Continental.[5] A própria dinâmica da formação do Direito Comercial, como direito especial,[6] decorreu da adoção generalizada de costumes próprios e diversos daqueles aplicáveis às relações jurídicas em geral.[7]

O *iter* percorrido para a consolidação de um costume comercial inicia-se com a utilização de uma cláusula em contratos celebrados entre as partes. Verificada pelo mercado a utilidade daquela cláusula, passa ela a constar da grande maioria dos contratos celebrados na praça em que surgiu.[8] Aos poucos, em virtude do intercâmbio não só de bens, mas também de conhecimentos e técnicas entre os comerciantes, a norma se espraia para outros ramos da atividade econômica e para outras praças.[9]

Em um determinado momento não detectável no tempo, a classe dos comerciantes passa a considerar aquela norma como necessária e implícita nos contratos. Por fim, acaba por ser reconhecida pela jurisprudência e, em boa parte dos casos, pela própria lei.[10-11] Assim, de acordo com a precisa observação de Escarra, "os usos, quanto à sua formação, nascem como uma prática individual expressa, e terminam como uma regra coletiva tácita".[12]

Portanto, existe uma seleção natural dos costumes, os quais somente se impõem quando consistem em regras que efetivamente contribuem para o bom fluxo das relações mercantis.[13] Nesse sentido, Vivante afirma que os costumes "são normas de direito constituídas mediante a observância dos mercados, de onde advém sua legitimidade".[14] Em termos mais modernos, pode-se dizer que os costumes assumem uma função de reduzir custos de transação no mercado.[15-16] E se, porventura, uma determinada norma consuetudinária não cumprir adequadamente essa função, é excluída do sistema,[17] deixando de ser utilizada pelos agentes econômicos, que a abandonam.[18] A norma, na linguagem de

Paula Forgioni, por sua vez, verifica a existência de vértices comuns no sistema de Direito Comercial, como a tutela do crédito, a busca por segurança e previsibilidade, a importância do erro como forma de viabilizar o diferencial competitivo e o respeito à autonomia privada e ao *pacta sund servanda* ("A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 130/10-17). São os vértices em questão que geram as necessidades do Direito Comercial e a peculiar forma pela qual esse ramo do Direito harmoniza e reconhece suas fontes.

4. A doutrina costuma diferenciar os termos usos e costumes. Nesse sentido, Waldemar Ferreira leciona que usos são atos ou fatos reiterada e continuamente praticados e costumes as normas jurídicas deles (usos) oriundas, que afinal passaram a regê-los. Contudo, assevera o mesmo autor, no Código Comercial ambos os termos possuem o mesmo significado, igual a prática ou estilo (*Tratado de Direito Comercial*, vol. 1, pp. 426-428). Em virtude dessa utilização dos termos como sinônimos pela legislação, neste trabalho os tomaremos como equivalentes.

5. Vivante leciona que os usos, no âmbito do Direito Comercial, assumem grande relevo diante (i) da existência de institutos não regulados pela lei e (ii) quando há lei que trata apenas dos aspectos gerais dos institutos. Ademais, a importância dos usos se estende quanto mais o código se torna incompleto, por ser imóvel. Com efeito, as necessidades advindas da prática das transações comerciais demandam uma agilidade maior que as normas de origem exclusivamente legislativa podem fornecer (*Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 1, "I Commercianti", 3ª ed., pp. 64-65).

6. Sobre a conceituação do Direito Comercial como direito especial, v. Ascarelli, ob. cit., pp. 145-152. Segundo Ascarelli, "a função do direito comercial, no desenvolvimento histórico dos direitos de base romanista desde o séc. XII, quanto à elaboração de novos princípios e novos institutos, pode ser aproximada à função que é peculiar dos direitos especiais. Estes preenchem o papel de elaborar, em relação a hipóteses peculiares, princípios que, sucessivamente, vêm a ser de aplicação geral. Sob este aspecto, a função histórica do direito comercial pode ser aproximada à do *jus honorarium* e da *equity*" (idem, p. 152).

7. Cfr. Francesco Galgano, *Storia del Diritto Commerciale*, *passim*, e Levin Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. de Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, pp. 102-106.

8. Lisa Bernstein, ao analisar as condições para a formação do mercado de negociação de diamantes brutos e lapidados em Nova Iorque, conclui que um conjunto forte e organizado de normas costumeiras, muitas vezes afastando inclusive a aplicação de preceitos legais, ocorre em mercados nos quais um pequeno número de agentes, bastante homogêneos entre si, atua. Nesses casos, a existência de valores como a reputação dos agentes e o baixo custo de disseminação de informações acerca dessa reputação tornam desnecessário e mesmo indesejável o recurso ao sistema de direito estatal ("Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry", in *Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. XXI, University of Chicago, jan./1992, *passim*). Outrossim, a criação e institucionalização de associações, ligas ou bolsas de comerciantes também concorre para disseminar mais facilmente tanto os laços de reputação como as normas utilizadas pelo grupo, assegurando-lhes uma aplicação (*enforcement*) independente de atuação do Estado.

9. Sobre a tendência de generalização dos costumes que facilitam o fluxo das relações mercantis, ou, em outros termos, não lhe geram estorvos, assim se manifesta José Ferreira Borges: "Nem outra coisa podia acontecer, porquanto, se o Comércio é uma coisa idêntica e geral, se importa trocas e crédito, deve ter e alcançar os mesmos efeitos em toda a parte: se em algum local acha estorvos desiste e foge dali: é logo necessário que a prática senão encontre com a prática, e que os efeitos que se esperam alcançar no porto do destino, ou de escala, sejam idênticos aos efeitos que se alcançariam em idênticas circunstâncias no porto de partida. Daqui vem, que sem identidade de usos comerciais não pode dar-se comércio: estes usos repetidos farão logo lei consuetudinária nascida da necessidade e da natureza da coisa" (*Das Fontes, Especialidade, e Excelência da Administração Comercial segundo o Código Comercial Português*, p. 3). Salientamos que, para facilitar a leitura e compreensão, todos os textos antigos, neste trabalho, tiveram a sua ortografia atualizada.

10. Acerca do processo de formação dos usos comerciais, v. Vivante, ob. cit., p. 65; Leone Bolaffio, *Il Codice di Commercio Commentato*, vol. 1, "Leggi ed Usi Commerciali. Atti di Commercio, dei Commercianti, dei Libri di Commercio", pp. 52-55; e Jean Escarra, *Cours de Droit Commercial*, p. 42.

11. Nesse sentido, v.g., a Lei n. 4.726/1965, em seu art. 4º, V, dispunha competir ao Departamento Nacional do Registro do Comércio "propor ou sugerir aos poderes públicos competentes a conversão em lei dos usos e práticas mercantis de caráter nacional"

12. Ob. cit., p. 42.

13. Ou, no linguajar de Ferreira Borges, não causam estorvo ao comércio, sob pena de que os negócios fujam dos locais onde se lhes dificulta a prática (v. nota 9 supra). Aliás, é interessante observar que as lições de Ferreira Borges e do Visconde de Cairu (José da Silva Lisboa, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, edição fac-similar, *passim*) já declaravam expressamente que somente as práticas úteis ao comércio poderiam sobreviver e, em prisma diverso, os costumes adotados pelos comerciantes eram justamente aqueles que tornavam mais céleres e menos custosas as transações comerciais. Obviamente, o embasamento teórico que lhes animava era bastante tímido, advindo suas conclusões de uma análise quase que exclusivamente empírica bastante acurada.

14. Ob. cit., pp. 65-66.

15. No dizer de Bolaffio, "no antagonismo dos interesses das partes, o uso representa a fórmula conciliadora, o regramento natural da relação determinado pela prática. Quando generalizada, aplica-se essa regra, porque isso corresponde às exigências comerciais e representa uma composição equitativa" (ob. cit., p. 54). Ainda segundo Bolaffio, os costumes são facilmente reconhecidos de forma imediata por todos, o que se coaduna com a rapidez com a qual os negócios estão afeitos. Existe uma uniformidade e constância de pactos que fazem com que a cláusula se transforme em regra jurídica. Nesse sentido, a observância constante e uniforme da prática a faz entrar para as exigências dos negócios (segurança e estabilidade dos mesmos, garantia do crédito, etc.) nas previsões dos contratantes (ob. cit., pp. 56-84).

16. Na análise de Lisa Bernstein, baseada em análises de fundo indutivo, "normas extralegais superam regras legais em um determinado mercado apenas quando os participantes desse mercado acham que as primeiras atuam no próprio interesse desses mesmos agentes. Para sobreviver, o regime privado (não estatal) deve ser superior, em uma escala de Pareto, ao regime legal estabelecido" (ob. cit., p. 117). Em suma, se as normas costumeiras não trouxerem um aumento na eficiência de um dado mercado, são abandonadas ou sequer são adotadas, contentando-se os agentes com o regramento legal de caráter genérico. Ademais, a autora ainda assevera que "a magnitude de custos de transação pré-contratuais incorridos na formação de contratos não baseados no sistema legal estatal irá depender de quão comuns tais contratos são no mercado relevante" (ob. cit., p. 133).

17. E sequer vem a integrar esse sistema, se a sua inutilidade for verificada desde o princípio.

18. A adoção ou não de uma regra pelos agentes econômicos não é a única forma de seleção das normas consuetudinárias. Com efeito, papel relevante, nesse tocante, cabe à jurisprudência, ao im-

Vivante, perde sua legitimidade, tendendo a desaparecer e não mais ser vista como subentendida e vinculante nas relações comerciais.

No mesmo sentido é a lição de Hayek, para quem as normas atuam na geração e transmissão de conhecimento, sendo selecionadas de acordo com a sua eficiência na efetivação dessa função.[19] Assim, para esse autor, o capitalismo surge como uma ordem espontânea dada pelo aperfeiçoamento advindo das transações interindividuais realizadas no mercado. E a seleção das instituições e normas não deve se dar por critérios de moralidade predeterminados, mas pelo mecanismo natural do mercado,[20] que escolhe as mais eficientes.[21]

por a observância do interesse público. Diversas regras passam a ser observadas porque interessam a determinados agentes, atuantes em um determinado mercado, mas podem ser perversas para a comunidade ou para outro grupo específico de agentes econômicos. Nesse sentido, a lição de Ferreira Borges: "Os usos particulares do Comércio de cada praça, que com uma pompa banal os comerciantes rotineiros tanto gabam, e tão ferrenhamente intentam sustentar, esses usos, digo, se são contrários e repugnantes à lei geral, são abusos, corruptela, ignorância. Os estilos comerciais sem razão suficiente da sua procedência são fatos de rotina, mas não resultados da experiência filosófica e da observação razoada" (ob. cit., p. 3).

Cabe, assim, ao Poder Judiciário verificar em que medida pretensas normas consuetudinárias são facilitadoras de relações econômicas, devendo ser reconhecidas como integrantes do sistema jurídico, ou, pelo contrário, servem apenas ao interesse de um grupo ou categoria, produzindo efeitos perversos para a coletividade, caso em que não devem ser reconhecidas e a sua aplicação há de ser negada.

19. Sobre a seleção natural das normas, assim leciona Hayek: "(...) a sociedade só pode existir se, mediante um processo de seleção, tiverem evoluído normas que levam os indivíduos a se comportar de maneira a tornar possível a vida social" (*Direito, Legislação e Liberdade*, vol. 1, "Normas e Ordem", trad. de Anna Maria Capovilla *et alii*, p. 46). De acordo com a visão desse autor, essa evolução deve dar-se espontaneamente, ou seja, pela prática dos agentes particulares e pela atuação da jurisprudência, servindo a lei tão somente para corrigir desvios nessa evolução natural ou acelerar um processo que, de outra forma, ocorreria de modo sobremaneira lento. Assim, o ordenamento espontâneo tem precedência sobre o imposto, entre outros motivos, porque pode adaptar-se melhor a um grande número de casos não antevistos pelos elaboradores do ordenamento imposto. Com efeito, Hayek assevera que cada agente isoladamente detém uma parcela de informação necessária para o desenvolvimento das normas, mas não todas as informações possíveis, o que torna os sistemas impostos ou centralizados necessariamente incompletos. Segundo John Gray, analisando o pensamento de Hayek: "A concepção de Hayek das instituições sociais como veículos para a geração e disseminação de conhecimento na verdade representa uma das mudanças de paradigma mais importantes que o seu trabalho trouxe na área da teoria social – uma mudança da crítica e análise das instituições sociais com base em princípios de moralidade escolhidos para um exame dessas instituições em termos da sua capacidade de gerar, transmitir e usar conhecimento (incluindo conhecimento tácito). Um aspecto dessa mudança é a asserção de Hayek de que a evolução da cultura pode ela mesma ser eficazmente investigada em termos da competição entre diferentes tradições ou práticas, com uma seleção natural entre elas ocorrendo, a qual pode ser ao menos parcialmente explicada pela sua eficiência relativa como portadoras ou incorporadoras de conhecimento" (*Hayek on Liberty*, 3ª ed., p. 41).

20. Sobre a seleção, no mercado, das normas relacionadas ao intercâmbio, assim assevera Hayek: "Numa sociedade moderna, baseada no intercâmbio, uma das principais regularidades do comportamento individual resultará da semelhança em que a maioria dos indivíduos se encontra ao trabalhar para auferir uma renda; o que significa que, normalmente, preferirão um retorno maior por seus esforços a um menor e, com frequência, farão maior esforço em determinada direção caso as perspectivas de retorno melhorem. Esta norma será seguida com frequência suficiente para conferir a essa sociedade certo tipo de ordem. Mas, ainda que a maioria das pessoas observe essa norma, o caráter resultante da ordem permanecerá muito indefinido, e essa observância por si só certamente não bastaria para lhe conferir um caráter benéfico; é preciso que as pessoas observem também certas normas convencionais, isto é, normas que não decorrem simplesmente de suas aspirações e de sua percepção de relações de causa e efeito, mas que são prescritivas, dizendo-lhes o que devem ou não fazer" (ob. cit., vol. 1, p. 47).

21. O afastamento do critério de moralidade, bem como de outros não baseados na eficiência das normas, não nos parece adequado. Cabe justamente ao Estado, por meio das atividades de cada um dos seus poderes, afastar aquelas normas que, apesar de eficientes se analisadas sob um determinado pris-

Destarte, os costumes constituem uma fonte viva e sempre adaptável de normas jurídicas.[22] De fato, os costumes não são absorvidos pelo sistema jurídico como um produto acabado e estático, mas estão em contínua modificação e tendem a se adaptar constantemente às exigências sociais ou econômicas, sendo, por isso, relativamente fluidos.[23]

Essa é, efetivamente, a grande utilidade dos costumes: permitir que o sistema jurídico atenda aos novos reclamos que lhe são apresentados, em permanente evolução.[24] Se as normas legisladas somente podem se adaptar a esses novos reclamos aos saltos, ou seja, por meio de fatos normativos pontualmente marcados no tempo, os costumes são criados de maneira constante e fluida, sendo a substituição[25] dos costumes antigos por novos feita de modo quase imperceptível, no âmbito mercantil, pela prática diuturna dos comerciantes.

Por outro lado, essa capacidade de constante adaptação dos costumes acarreta sua principal debilidade: uma norma consuetudinária gera menos segurança e previsibilidade nas relações econômicas que outra de origem legislativa.[26] A lei é dotada

ma, contrariam os interesses da coletividade, quer porque prejudicam excessivamente um dado grupo, porque lesionam um interesse não dotado de um titular específico com força para protegê-lo ou porque geram efeitos autodestrutíveis do mercado. Assim, o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem normas de caráter abstrato, e o Judiciário e o Executivo, ao decidirem conflitos de interesses que lhes são submetidos, não devem se basear exclusivamente na eficiência alocativa das normas ditada e verificada pelo mercado. A função do Estado nessa seleção dos costumes será analisada com mais vagar adiante. Contudo, resta valiosa a contribuição de Hayek, na medida em que vislumbra que uma ordem espontânea surge das relações travadas entre particulares, o que permite bem explicar o surgimento contínuo e descentralizado dos costumes.

22. Waldemar Ferreira, citando Bolaffio, aduz que os costumes, fonte viva, "são a lei comercial a elaborar-se perenemente" (ob. cit., p. 429).

23. Em sentido contrário, Bobbio considera que os costumes são assumidos pelo ordenamento jurídico de forma estática e final, *in verbis*: "Típico exemplo de *recepção*, e, portanto, de *fonte reconhecida*, é o *costume* nos ordenamentos estatais modernos, onde a fonte direta e superior é a Lei. Quando o legislador se atém expressamente ao costume numa situação particular ou se atém expressamente ou tacitamente aos costumes nas matérias não reguladas pela Lei (é o caso do assim chamado *consuetudo praeter legem*, ou seja, do costume além da lei), ele acolhe normas jurídicas já feitas, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco com um conjunto, que pode ser também considerável, de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez em tempos anteriores à própria constituição do ordenamento estatal" (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 7ª ed., pp. 38-39) (grifos no original). No entanto, parece-nos mais adequada a formulação kelseniana, pela qual os costumes atuam de maneira dinâmica, revogando (e sendo revogados) continuamente por leis e outros costumes mais novos (*Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 4ª ed., pp. 250-252).

24. Note-se, contudo, que o caminho de evolução não é sempre linear nem dotado de ritmo uniforme. Ademais, muitas vezes uma prática costumeira já não é a mais eficaz na redução de custos de transação ou, de uma forma geral, na otimização da alocação dos recursos de um dado agente econômico, mas continua a ser utilizada em virtude da inércia (ou, no dizer de Ferreira Borges, são "fatos de rotina" – v. nota 18 supra). Isso ocorre seja porque se trata de norma ou modo de operar ao qual o agente já está acostumado, o que evitaria os eventuais custos (com potenciais insucessos agregados) de uma mudança de padrão, ou pelo desconhecimento de outras possíveis normas que pudessem melhor regular seus interesses. Contudo, a livre concorrência entre os agentes de mercado atua de forma a corrigir (ainda que, ressalte-se, não de maneira perfeita e imediata) a força da inércia, uma vez que os agentes que aderirem a uma nova regra – que irá gerar no futuro um determinado costume mais adaptado à nova realidade econômica – tendem a obter uma maximização de resultados se a regra em tela for realmente mais eficaz na regulação de seus interesses. Nesse contexto, os demais agentes tendem ou a optar pela adoção da nova regra, alimentando o mecanismo gerador do costume, ou a assumir custos comparativos maiores, com desvantagem competitiva, chegando até a uma possível eliminação sua do mercado, quando tais custos forem consideravelmente altos.

25. No mais das vezes, não se trata de mera substituição, mas sim de uma adaptação, com a criação de novas normas dotadas de maior simplicidade ou complexidade, conforme a necessidade.

26. Sobre a necessidade de segurança e previsibilidade, assim leciona Paula Forgioni: "Eis outra mola propulsora do direito comercial: quanto maior

de um maior grau de estabilidade e, por consistir em um texto escrito, a par das possibilidades interpretativas que ocasiona, traz em si um leque menor de resultados normativos possíveis. O costume, tanto pela sua constante elaboração, quanto pelo caráter eminentemente disperso de sua criação,[27] gera uma miríade de resultados normativos possíveis e passíveis de aplicação, trazendo em si uma certa insegurança, que, ademais, é ínsita a seu elemento adaptativo e corretivo.[28]

Outrossim, no que diz respeito à relação entre costume e lei, a doutrina tradicionalmente classifica os primeiros em *secundum legem* (conformes às disposições legais), *praeter legem* (que regulam matéria sobre a qual não existe disposição legal) e *contra legem* (contrários às disposições legais). Tradicionalmente, nega-se a possibilidade de existência ou de reconhecimento pela ordem jurídica estatal de costumes *contra legem*,[29] com vistas a garantir a segurança jurídica e a soberania do Estado na elaboração do ordenamento jurídico. Contudo, como bem ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior,[30] a análise cuidadosa da doutrina e da jurisprudência demonstra que certas vezes os costumes são reconhecidos mesmo que contrariem disposição expressa de lei. É o caso, por exemplo, no Brasil, da admissão dos cheques ditos "pré-datados".[31]

O recurso direto e expresso aos costumes pelas decisões judiciais ou administrativas é bastante pequeno. Tal se dá, em primeiro lugar, porque com a incorporação dos costumes às práticas sociais e sua institucionalização surge a pressuposição de possíveis sanções aplicadas pela autoridade, mas, principalmente, de sanções difusas aplicadas pelos demais agentes econômicos em caso de descumprimento ou inobservância.[32-33] Os próprios agentes que criam o costume naturalmente fazem com que a regra derivada do mesmo seja cumprida. Assim, a eficácia natural dos costumes é tendencialmente maior que a da lei, ou, em outros termos, o recurso à autoridade para a sua aplicação tende a ser menos necessário.[34] Em segundo lugar, grande parte das vezes em que uma norma consuetudinária é aplicada em uma decisão judicial ou administrativa, não existe menção expressa à sua origem, por ser de mais difícil comprovação e, sob o ângulo da autoridade, legitimação. Destarte, a aplicação da norma consuetudinária costuma vir associada à utilização de cláusulas gerais ou conceitos abertos ou indeterminados, como boa-fé,[35] legítima expectativa ou função social.[36-37]

o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicadas por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial" (ob. cit., p. 12).

Ainda sobre o mesmo tema, a lição de Hayek: "Vivendo como membros de uma sociedade e dependendo, para a satisfação da maior parte de nossas necessidades, de várias formas de cooperação com os demais, necessitamos claramente, para alcançar nossos objetivos, que as expectativas referentes às ações dos demais – nas quais se baseiam nossos planos – correspondam àquilo que eles realmente farão" (ob. cit., vol. I, pp. 36-37). A previsibilidade, contudo, não se confunde com a certeza de determinado resultado. Nesse sentido, uma vez mais citamos Hayek: "Normas de conduta justa que se aplicam a todos os membros da sociedade só se podem referir a algumas, não a todas as condições em que estes atuam. Em consequência, podem assegurar a todos os indivíduos apenas condições favoráveis ao bom êxito, e não a certeza de determinado resultado" (ob. cit., vol. 2, pp. 149-150).

27. Ou descentralizado, na linguagem de Kelsen (ob. cit., pp. 254-255). No dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "isso nos conduz a um segundo grupo de fontes [além das leis], de objetividade menor, posto que a formulação de suas normas exige um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação. Um costume, por exemplo, não se promulga: ele cria-se, forma-se, impõe-se sem que nesse processo possamos localizar um ato sancionador" (*Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., p. 241).

28. Acerca da análise, pelo juiz, de qual dos resultados normativos possíveis deve ser escolhido, assim se manifesta Hayek: "Um juiz do direito consuetudinário deve atentar sobretudo para as expectativas que as partes de uma transação teriam sensatamente formado, com base nas práticas gerais sobre as quais assenta a ordem de ações vigente. Ao decidir quais das expectativas teriam sido sensatas nesse sentido, o juiz pode levar em conta somente as práticas (costumes ou normas) que de fato podiam determinar as expectativas das partes e os fatos que estas presumivelmente conheceriam" (ob. cit., vol. I, p. 100). A explicação do autor parece-nos sensata somente se se considerar que, entre os elementos que as partes devem ponderar para criar suas expectativas, estão a moral e a possibilidade de criação de externalidades negativas, que devem ser evitadas ou, ao menos, compensadas.

29. V., *v.g.*, Vivante, ob. cit., p. 72 e Ferreira, ob. cit., pp. 432-433.

30. Ob. cit., p. 242.

31. Na mesma seara, é travada na jurisprudência pátria discussão sobre a possibilidade de apresentação para aceite, protesto e execução de duplicatas virtuais, ou seja, por indicação, sem a exibição do respectivo título. Sobre o tema, cf. TJSP: ACiv n. 7.153.517-6, 15ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador Souza José, j. 11.9.2007, v.u.; ACiv n. 7.179.001-3, 15ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador Souza José, j. 11.12.2007, v.u.; e ACiv n. 118.055-4/0-00, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador Aldo Magalhães, j. 14.12.1999, v.u. Note-se que o parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.492/1997 permite o envio, para protesto, apenas das indicações das duplicatas mercantis, mas não afasta a exigência da apresentação do título para a execução.

32. Leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior: "Do ângulo sociológico, uma hipótese explicativa [para a obrigatoriedade dos costumes] poderia ser apresentada, recorrendo-se à noção de institucionalização. A *opinio necessitatis* tem algo a ver com o consenso social. Não se trata, porém, de uma relação direta, isto é, *opinio necessitatis* como manifestação expressa de adesão, pois, muitas vezes, como observamos, o consenso explícito gera controvérsia e esgota rapidamente seu potencial (ver, por exemplo, o efeito contraditório das pesquisas de opinião pública em véspera de eleição). A convicção da obrigatoriedade tem antes fundamento numa *expectativa* de consenso, melhor dito, na *suposição* bem-sucedida de que todos concordam, o que pressupõe, na verdade, uma capacidade social limitada para conceder atenção a tudo o que ocorre. É isto que explica o engajamento pelo silêncio. Nesse sentido, a institucionalização é um mecanismo social que permite avaliar com sucesso a expectativa geral. Nesse aspecto, porém, a institucionalização é um *processo* cujo resultado é visivelmente *fictício* e, por isso, muito sensível à comunicação dos fatos. Instituições, assim, não são ideias puras, que pairam sobre a realidade, como o 'espírito do povo', nem são substâncias reais, algo que subsiste como coisa, mas processos que se verificam enquanto atuam e não deixam rastro quando param de funcionar. Quem tem uma expectativa contra a instituição carrega o peso de uma presumida evidência contra si. Por isso, tem que arriscar suas iniciativas e desdobrar-se em justificação, pois suas expectativas surgem como inesperadas, não lhe bastando o engajamento dos outros pelo silêncio. A convicção geral da obrigatoriedade, a *opinio necessitatis*, tem fundamento na institucionalização assim entendida. Ela repousa nesse silêncio que presumidamente se rompe quando se quebra um uso reiterado" (ob. cit., p. 242) (grifos no original).

33. Os comportamentos repetidos acarretam uma maior possibilidade de cálculo dos comportamentos futuros esperados. Na dicção de Paula Forgioni: "A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro" (ob. cit., p. 12).

34. Analisando o mercado de diamantes brutos e lapidados em Nova Iorque, Lisa Bernstein verifica que em setores bastante fechados, dotados de um pequeno número de agentes homogêneos entre si, o descumprimento de contratos e mesmo o recurso ao Poder Judiciário são bastante baixos, em virtude dos danos à reputação do agente envolvido em tais fatos. Assim, as normas, ainda que extralegais, tendem a ser cumpridas pelos agentes de tais mercados (ob. cit., pp. 138-143).

35. É o que se vê em julgado do TJSP, acerca da possibilidade de indenização do distribuidor em caso de cessação do contrato de distribuição. A par de se tratar uma espécie de contrato regida por normas consuetudinárias, o julgado não faz menção à aplicação de tais normas, buscando a solução do caso nos *topoi* da boa-fé objetiva e da função social do contrato (TJSP, ACiv n. 7.029.588-8, 23ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador Rizatto Nunes, j. 5.3.2008, m.v.).

36. Leciona Stewart Macaulay: "costumes são muitas vezes vagos e qualificados por exceções imprecisas. Na melhor das hipóteses, um costume desse tipo pode influenciar uma decisão judicial, mas não decidir o caso" ("The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules", in David Campbell, Hugh Collins e John Wightman (orgs.), *Implicit Dimensions of the Contract*, p. 66).

37. Exceção ocorreu, *v.g.*, em julgado proferido pelo TJSP, no qual se discutia se um banco poderia ter inserido em cadastro de restrição de crédito o nome do antigo sócio-gerente de uma sociedade. Com efeito, quando da contração da dívida que gerou a inclusão do cadastro, o sócio já havia se retirado da sociedade, mas não havia prova nos autos de que tal fato fora comunicado ao banco. Consta do voto do relator:

Em virtude de sua formação difusa ou descentralizada, assume grande importância a questão a respeito da prova dos usos e costumes, à qual passamos a nos dedicar. Nesse sentido, deve-se frisar que, mesmo que o costume não venha a ser aplicado de forma expressa pelos tribunais e autoridades administrativas, a sua prova é essencial para a formação da convicção do julgador e para a correta aplicação das cláusulas gerais e conceitos abertos acima mencionados.

2. A prova dos usos e costumes mercantis

O costume, tanto quanto a lei, como normas jurídicas que são, preexistem à sua aplicação pelos órgãos competentes. Nesse sentido, a lição de Kelsen:

"A questão de saber se existe o fato de um costume criador de Direito somente pode ser decidida pelo órgão aplicador do Direito. (...) A posição em que os órgãos aplicadores do Direito, especialmente os tribunais, se encontram perante as normas do Direito consuetudinário, em nada difere daquela em que se encontram perante as normas legisladas. Com efeito, precisamente como o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via consuetudinária precisa determinar o fato do costume, quer dizer, precisa decidir a questão de saber se uma norma a aplicar foi de fato criada por via consuetudinária, também o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via legislativa tem de verificar o fato legislativo, isto é, tem de decidir a questão de saber se uma norma que vai aplicar foi criada por via legislativa. Esta questão pode ser mais fácil de decidir e, por isso, vir menos claramente à consciência destes órgãos do que a questão de saber se uma norma surgiu por via consuetudinária, especialmente quando as leis são publicadas numa folha oficial."[38]

Justamente por essa maior necessidade de trabalho consciente do órgão aplicador na descoberta do "fato do costume", o sistema jurídico, em especial o Direito Processual, estabelecem normas acerca da prova do direito consuetudinário.[39]

Inicialmente, Vivante faz advertência de que "os usos não devem ser provados como os fatos, porque não são fatos".[40] Justamente por isso, segundo esse mesmo autor, o juiz que conhecer o uso deve aplicá-lo, mesmo que não tenha sido alegado pelas partes, porque ele é uma fonte de direito.[41] Em acréscimo, Vivante ainda assevera que o costume pode ser alegado em qualquer estágio da demanda, porque se trata de matéria de direito – mesmo que a tentativa de produzir a prova já tenha anteriormente falhado.[42]

Ademais, deve-se ter em conta, como expressamente determina a vigente legislação brasileira,[43] que deve ser provada, além da existência do costume, sua vigência (art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro), o que claramente diferencia sua prova daquela atinente a meros fatos jurídicos.

Vivante, outrossim, arrola os seguintes meios a serem utilizados para provar a existência, teor e vigência de um costume:[44] (i) precedentes, inclusive de tribunais estrangeiros e de cônsules, quanto aos usos aplicáveis naqueles locais; (ii) doutrina; (iii) pareceres das câmaras de comércio; (iv) coletâneas oficiais de usos de uma praça;[45] (v) contratos e documentos estranhos à disputa; e (vi) testemunho de comerciantes do ramo.

2.1 Usos normativos e usos interpretativos

Apesar da inexistência de uma diferenciação terminológica na linguagem corrente, e mesmo da ocorrência de alguma confusão em parte da doutrina, deve-se diferenciar a existência de dois tipos bastante próprios de costumes comerciais: os costumes normativos e os interpretativos.[46]

Com efeito, alguns costumes consistem em normas que dirigem as relações entre os comerciantes, e constituem, destarte, o direito objetivo de um dado sistema jurídico. Entretanto, há outros costumes que atuam apenas fornecendo elementos para auxiliar na interpretação de um contrato;[47] seu âmbito de aplicação reduz-se à determinação de qual o conteúdo preciso de uma ou algumas cláusulas contratuais identificadas, não constituindo uma regra prévia a ser obedecida pelas partes.[48]

"Porém, a boa-fé contratual, o dever de lealdade e cooperação que presidem a relação contratual, exigia que o autor fizesse comunicação direta ao requerido.

"Foge aos usos comerciais exigir que o banco, a cada operação, tivesse que confirmar se os representantes da empresa ainda continuavam sócios, se não teria ocorrido alguma alteração societária.

"(...).

"Não se pode, pois, exigir do réu uma providência que destoa totalmente dos usos mercantis e com a boa-fé e o dever geral de cautela para justificar sua decisão.

38. Ob. cit., pp. 253-254.

39. No Direito pátrio, a matéria vem hoje regulada, particularmente, pelo art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro, *in verbis*: "Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz".

40. Ob. cit., p. 77, fazendo-se exceção aos usos interpretativos, que serão melhor analisados adiante.

41 Nesse sentido, Vivante já reconhecia a possibilidade de iniciativa probatória dos costumes pelo próprio juiz, mecanismo que, à época (fins do séc. XIX), no que tange a fatos, era inadmissível ante o sistema processual italiano vigente. Com efeito, afirmava Vivante que "se o juiz não conhece o uso, pode recorrer diretamente às câmaras de comércio, aos cônsules ou a qualquer outra fonte digna de fé, ou determinar que a parte que alega o uso prove-o – como se faz com o direito estrangeiro" (ob. cit., p. 79).

42. Idem, pp. 77-83.

43. A questão referente à prova dos costumes é preocupação tradicional na doutrina brasileira. Com efeito, em 1924, Manoel Aureliano de Gusmão já fazia referência às especificidades desse tipo de prova, inserindo-a como prova de direito ao lado daquela que diz respeito à legislação estrangeira. Com base em Eduardo Espínola, assim lecionava Gusmão: "Quanto à prova do direito consuetudinário, são estes os princípios dominantes na teoria moderna: 1º O juiz, por sua qualidade própria, deve aplicar o costume, ainda que sem a alegação e sem a prova fornecida pela parte a quem aproveita; 2º. Na falta de conhecimento suficiente, pode exigir a prova da parte que o invoca; 3º. A parte, sem esperar o convite do juiz, pode alegar o costume que lhe parecer aplicável e propor-se a provar, tanto a sua existência, como o seu conteúdo" (*Processo Civil e Comercial. Prova*, vol. 2, pp. 74-75).

44. Ob. cit., pp. 77-83.

45. Em 1865, Correa Telles já se manifestava no seguinte sentido: "Seria de grande preço mandar o Governo compilar os costumes legítimos, e separá-los das corruptelas, e abusos, com os quais inocentemente os pode qualquer confundir" (*Commentário Critico à Lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769*, p. 91).

46. A terminologia utilizada neste trabalho é encontrada em Vivante (ob. cit., pp. 83-86). Escarra, por sua vez, refere-se a usos de fato para denominar aquilo que ora chamamos de costumes interpretativos e a usos de direito, aludindo aos costumes que denominamos normativos (ob. cit., p. 44).

47. Em alguns casos, o termo *costume* também é utilizado para se referir ao relacionamento relativamente duradouro entre partes não baseado em contrato escrito (*v.g.*, TJSP, ACiv n. 144.447-4/5-00, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador João Carlos Saletti, j. 31.8.2004, v.u.). No entanto, nessa hipótese não se trata especificamente nem de um costume normativo, porque não há uma prática uniforme adotada entre os comerciantes (a não ser que essa prática seja justamente a inexistência de contrato escrito), nem costume interpretativo, visto que não se trata, em primeiro plano, de buscar o alcance e conteúdo de determinadas cláusulas, mas de provar a própria existência do contrato (e, apenas por via de consequência, suas cláusulas).

48. Nesse sentido, o ensinamento de Carlos Maximiliano: "Exerce o *costume* duas funções: a de Direito Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as *lacunas*; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar da exegese. (...) Como elemento de Hermenêutica, o *costume* não é aproveitado por *obrigação*; fica o seu emprego, neste particular, ao critério do aplicador do Direito, como aconte-

Sobre os costumes interpretativos, assim leciona Cairu: "Havendo dúvida sobre a inteligência, e força de um Contrato Mercantil, deve-se interpretar a mente dos contraentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça, e Lugar em que se fez o mesmo contrato; e bem assim o juízo dos Comerciantes costumados a praticar essa espécie de negócio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escrito diversamente signifiquem: pois sempre a boa-fé, e o estilo mercantil é que deve prevalecer, e reger, e não o estreito significado dos termos, e menos ainda as inteligências cavilosas, e contrárias ao verdadeiro espírito do Contrato".[49]

É justamente a esses costumes que se referia o revogado art. 131 do Código Comercial brasileiro, que possuía a seguinte redação:

"Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

"1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

"2 – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

"3 – o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

"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;

"5 – nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor."

Essas regras interpretativas arraigaram-se no Direito Comercial pátrio. Justamente por essa razão, o projeto de Código Comercial de Inglês de Souza repetia o teor desse dispositivo em seu art. 715.[50]

Entretanto, o vigente Código Civil brasileiro revogou o artigo em tela do Código Comercial de 1850, mas não pôs em seu lugar outra norma minuciosa acerca da interpretação dos contratos. Por conseguinte, a matéria encontra-se tratada de forma esparsa – e, pode-se até dizer, incompleta – em alguns dispositivos do novo Código. De qualquer forma, a interpretação dos contratos mercantis, hoje, deve seguir alguns princípios cardeais, como a boa-fé objetiva, a obediência à intenção das partes (ou à sua vontade objetiva) e a função social do contrato, além do recurso aos costumes.[51]

Segundo Vivante, os costumes interpretativos diferem dos usos legislativos porque: (i) podem contrariar a lei (a não ser que seja de ordem pública), e não precisam ser observados publicamente de modo uniforme ou constante; (ii) somente podem ser aplicados quando o juiz concluir que as partes queriam adotá-lo; e (iii) o erro sobre a sua existência ou efeitos deve ser tido como erro de fato. Outrossim, os costumes interpretativos obedecem às regras probatórias aplicáveis aos fatos, e não ao direito.[52]

Entretanto, neste trabalho, ocupar-nos-emos primordialmente dos costumes

ce, aliás, com os demais fatores do trabalho interpretativo" (ob. cit., pp. 189-190) (grifos no original).

49. Ob. cit., p. 540.

50. Projeto de Código Comercial, vol. 2, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912, p. 225.

51. Cfr. Paula Forgioni, ob. cit., pp. 26-37. Como ressalta essa autora, o novo Código silencia acerca da interpretação de cláusulas contraditórias, devendo-se ainda hoje recorrer às regras que foram positivadas em 1850 como pertencentes aos princípios gerais do Direito, em especial do Direito Comercial (idem, p. 37).

52. Ob. cit., pp. 83-86.

normativos, em sua qualidade de norma jurídica de caráter geral e abstrato.

2.2 A função das Juntas Comerciais

No que tange à prova dos costumes mercantis, tanto a doutrina quanto a lei conferem um importante papel às Juntas Comerciais. Com efeito, sobre a matéria, no âmbito normativo, o Regulamento n. 737, baixado por Decreto Imperial de 25 de novembro de 1850, já dispunha que cabia aos Tribunais do Comércio[53] realizar o assento dos costumes mercantis ou, na inexistência de tais assentos, expedir atestados sobre os mesmos.[54]

Essa competência material foi mantida na República, pelo Decreto n. 596, de 19 de julho de 1890,[55] que reorganizou as Juntas Comerciais na nova ordem política vigente.[56] Posteriormente, a atribuição das Juntas Comerciais para a realização dos assentamentos dos usos e práticas mercantis continuou a ser expressa nos diplomas que regularam o registro de comércio ou de empresas, quais sejam a Lei n. 4.726, de 13 de julho de 1965,[57] e a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994,[58] hoje vigente.

Doutrinariamente, a justificativa de tal competência das Juntas Comerciais advém do fato de que seus vogais e funcionários possuem experiência técnica nas questões mercantis, sendo aptos a verificar a existência dos costumes, bem como sua conformidade com a legislação vigente e com a boa-fé e as necessidades da atividade econômica. Assim, incumbe primariamente aos próprios comerciantes, ou a seus representantes, por meio das Juntas Comerciais, a verificação da existência, do teor e da vigência dos costumes.[59]

53. Que foram substituídos pelas Juntas Comerciais pelo Decreto Imperial n. 6.384, de 30.11.1876.

54. A matéria era regulada pela Seção X do Regulamento, que assim dispunha:

"Seção X – Da Prova dos Usos Comerciais e do Costume em Geral (...).

"Art. 216. A prova dos usos comerciais dos países estrangeiros (arts. 424 e 673, § 3º do Código e 3º do Regulamento) deve consistir: § 1º. Em certidão extraída da Secretaria do Tribunal do Comércio, se do livro competente constar algum assento do mesmo tribunal sobre o uso alegado. § 2º. Em algum ato autêntico do país ao qual se refere o uso, competentemente legalizado pelo Cônsul brasileiro.

"Art. 217. Contra o assento do Tribunal só é admissível algum ato autêntico do país ao qual se refere o uso: ilide-se também a prova do ato autêntico, provando-se que ele não é autêntico conforme a lei do país em o qual foi passado.

"Art. 218. Nos casos que, conforme o Código (arts. 154, 169, 176, 186, 201, 291 e outros), são regulados pelos usos comerciais das Praças do Brasil, devem esses usos ser provados ou por assento do Tribunal do Comércio, tomado conforme o respectivo regimento ou em falta de assento por um atestado do mesmo Tribunal sobre informação da Praça.

"Art. 219. Quando sobre o uso alegado houver assento do Tribunal, a certidão respectiva basta para prová-lo, e contra ele é inadmissível qualquer contestação que não seja sobre a identidade do caso; contra o atestado é admissível qualquer prova.

"Art. 220. Não se considera como uso comercial o costume que houver em alguma Província em que não há Praça de Comércio, e neste caso regerão os usos da Praça vizinha.

"Art. 221. Nos casos que o Código manda que sejam regulados pelo costume geral (art. 234 e outros), será este provado por qualquer gênero de prova.

"Art. 222. O Juiz ou Tribunal que julgarem provado algum uso comercial, remeterão cópia da sentença ou decisão ao Tribunal do Comércio."

55. O § 6º do art. 12 do Decreto n. 596/1890 tinha a seguinte redação: "Art. 12. Compete às Juntas Comerciais: (...). § 6º Tomar assentos sobre as práticas e usos comerciais do seu distrito (Decreto n. 738 de 1850, arts. 11, 24, 25 e 26)".

56. Com o advento da Constituição republicana de 1891, a competência para a organização das Juntas Comerciais passou aos Estados, uma vez que não incluída expressamente entre as atribuições da autoridade central. Contudo, até que tal competência fosse exercida, uma norma federal, qual seja o já citado Decreto n. 596/1890, regeu a matéria.

57. Que tratava da matéria em seu art. 10, *in verbis*: "Art. 10. Incumbem às Junta Comerciais: (...); II – o assentamento dos usos e práticas mercantis".

58. Cujo art. 8º assim dispõe: "Art. 8º. Às Juntas Comerciais incumbe: (...); VI – o assentamento dos usos e práticas mercantis".

59. Vivante menciona as coletâneas realizadas pelos tribunais do comércio como forma de prova dos costumes mercantis (v. nota 44 supra). Ademais, o próprio surgimento do Direito Comercial, como direito especial formado de modo consuetudinário, somente foi possível diante da realização de compi-

Segundo Waldemar Ferreira, ao realizar os assentamentos dos costumes as Juntas exercem ofício normativo, revelando normas jurídicas.[60] Contudo, em arguta observação, Vivante aduz que as coletâneas (ou, na terminologia brasileira, os assentamentos) sempre admitem provas em contrário, pois podem ter sido influenciadas por um ramo,[61] baseadas em outros fatos ou informações insuficientes, ou ter sido superadas por novos usos.[62]

O art. 47, § 17, do Decreto n. 9.264, de 28 de dezembro de 1911, transferiu a competência para a efetivação dos assentamentos, no Distrito Federal, à Junta de Corretores de Mercadorias e de Navios do Distrito Federal. E, demonstrando a importância com que essa atividade era vista, assim indagou Carvalho de Mendonça: "a que papel ficou reduzida a Junta Comercial do Distrito Federal tendo perdido uma de suas principais atribuições?".[63]

2.2.1 Do procedimento para a realização dos assentamentos

No período anterior a 1850, aplicava-se no Brasil, com relação aos costumes, a legislação herdada de Portugal. Em especial, a Lei da Boa Razão, de 1769, que assim dispunha em seu § 14:

"Declaro que os Estilos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos da Casa de Suplicação e que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar – cujas palavras mando que sejam entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os três essenciais requisitos: de ser conforme às boas razões, que deixo determinado que constituam o espírito de Minhas leis: de não ser a elas contrário em coisa alguma: e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos".[64]

Desde 1850, o legislador pátrio preocupa-se com a forma pela qual serão constatados os costumes cujo assentamento se pretende realizar. Desde então, o procedimento para tanto sofreu algumas alterações, mas manteve um padrão básico: observando as práticas do local e os casos que lhe são apresentados, os agentes públicos devem verificar a existência de um dado uso. Posteriormente, fazem publicar um edital ou convite contendo os costumes apurados, para manifestação da comunidade de comerciantes do local. Vencido o prazo do edital e apreciadas as considerações que lhes forem apresentadas, o costume é efetivamente assentado.

Dois traços são característicos e constantes nas normas procedimentais que se sucederam desde 1850: a colaboração dos comerciantes, tanto na etapa inicial de verificação de um costume[65] quanto após a publicação do edital, e a consulta pública, na qual qualquer interessado pode se manifestar e participar do processo de assentamento.

Na maior parte das vezes, esses assentamentos eram precedidos de estudos ou de verificações e registros realizados pelas associações comerciais locais ou outras entidades de classe.[66] Muitas vezes, ademais, eram realizadas compilações de costumes por essas próprias entidades,[67] que não chegavam a se tornar assentamen-

lações de normas costumeiras pelos próprios comerciantes, por meio das corporações ou dos tribunais do comércio, cujo conteúdo foi posteriormente trabalhado por juristas. Nesse sentido, leciona Waldemar Ferreira: "Caracterizavam-se as normas do Direito Consuetudinário por sua ausência de critério científico. Agrupadas em repertórios orais de costumes gerais ou locais, transmitidos no espaço e no tempo por força da tradição, não constituíam sistema disciplinado pelos princípios gerais do Direito. Resultava disso a mobilidade das leis, que os estatutos corporativos procuravam estabilizar, pelo muito de uniforme e universal, que nelas havia. Foi tal possível somente quando ele passou a ser escrito e consolidado pelos arestos dos tribunais. Sistematizá-lo, porém, tinha que ser, e foi, tarefa de jurisconsultos. Estes, e a frase é de F. Beslay, completaram, pela ciência, a obra que os comerciantes começaram pela experiência" (ob. cit., p. 57).

60. Ob. cit., p. 429.

61. Nesse tocante, Vivante demonstra clara e precisamente o germe das preocupações hoje existentes sobre a influência de *lobbies* na elaboração de normas e a captura de agentes políticos. Verifique-se, por exemplo, a seguinte observação constante do relatório datado de 3.7.1963, do presidente da comissão designada pela Jucesp para elaboração de compilação dos usos e costumes sobre bolsas de valores na praça de São Paulo, cujo edital para consulta pública foi publicado no *DOE* de 23.10.1963: "Ante a dificuldade, pela falta de verba, de uma colaboração mais estreita entre a Junta Comercial e as entidades representativas do comércio, da indústria, do setor bancário, dos institutos consultivos e dos comerciantes mais notáveis das praças do Estado, acolhemos a assistência técnica da Bolsa Oficial de Valores do Estado de São Paulo, que, prontamente, ofereceu a sua colaboração, objetivando as normas usuais sobre a prática existente, não reguladas por lei". Em virtude da audiência de apenas uma das partes interessadas nos costumes a serem assentados, o então advogado do Estado Oscar Barreto Filho, em parecer, concordou com a Procuradoria da Jucesp acerca da necessidade de oitiva de outros agentes econômicos, em obediência ao rito legal, nos seguintes termos: "Mister se faz atender à preceituação legal, constante do Decreto n. 596, de 1890, como do próprio regulamento da Junta, que se dê ampla publicidade as práticas e usos e serem registrados, não só através da imprensa, como mediante consulta direta às pessoas ou entidades interessadas. Ora, essa providência não foi adotada com relação aos três novos itens, ultimamente incluídos no projeto, por proposta da Bolsa de Valores. Ademais, como sobre o assunto somente se pronunciaram os corretores, convém também seja ouvida a outra parte interessada, a saber, os clientes. Isto pode se fazer mediante ofícios de consultas às entidades de classe do comércio, da indústria, dos bancos, dos advogados, dos economistas e dos contabilistas" (ambos os documentos citados constam de processos de assentamentos de costumes mercantis e não foram publicados, tendo sido obtidos na Jucesp). Outro caso interessante diz respeito a um assentamento de usos sobre o comércio de café na praça de Santos, publicado no *DOE* de 31.3.1940, pp. 13-14, no qual a Jucesp simplesmente dá por verdadeiros os costumes constantes de uma compilação realizada pela Associação Comercial de Santos.

62. Ob. cit., pp. 77-83.

63. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, t. 1, 3ª ed., p. 91

64. Telles, ob. cit., pp. 88-89. Correa Telles ainda esclarece a diferença entre estilos e costumes, existente na Lei em tela, nos seguintes termos: "Parece que o estilo não difere do costume, senão no objeto: este respeita ao modo de julgar, aquele ao modo de ordenar o processo. O estilo é relativo à prática do direito; o costume é uma parte do mesmo direito" (ob. cit., p. 89). Ademais, o autor ainda esclarece que, com base nas Ordenações Filipinas, antes do advento da Lei da Boa Razão, discutia-se o prazo necessário para que um costume se tornasse obrigatório: 10, 30 ou 40 anos (ob. cit., pp. 90-91).

65. Nesse tocante, no que tange aos usos sobre o comércio de café, na praça de Santos, cujo assentamento foi publicado no *DOE* de 13.6.1964, o então advogado do Estado Oscar Barreto Filho menciona que "resultou o anteprojeto de trabalho realizado pela Associação Comercial de Santos, a qual, para isso, solicitou a apresentação de sugestões, por circular dirigida às firmas da praça santista. (...) Participou desse trabalho, inclusive a Bolsa Oficial de Café e Mercadorias de Santos" (documento não publicado constante de processo de assentamento mercantil, obtido na Jucesp). Ademais, no relatório do assentamento de costumes sobre assuntos bancários, na praça de São Paulo, que foi publicado no *DOE* de 8.5.1965 (Caderno do Poder Executivo, Parte 1, p. 4), consta que da elaboração dessa compilação participaram 32 entidades, entre as quais a OAB, a Ordem dos Economistas de São Paulo, o Sindicato dos Bancos do Estado de São Paulo, o Banco do Estado de São Paulo S/A, o Banco do Brasil S/A, o Banco Federal de Crédito S/A, o Banco Federal Itaú S/A (que atuou especialmente como assistente técnico da comissão de membros da Jucesp), a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, a FIESP, a Associação Comercial do Estado de São Paulo e a Bolsa Oficial de Valores de São Paulo, em quadro bastante representativo de todos os interessados.

66. *V.g.*, Carvalho de Mendonça discorre sobre a importância da atuação da Associação Comercial de Santos ao coligir regras concernentes ao mercado de café (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, t. 1, pp. 31-32, nota 4, e 105). Outrossim, a própria Jucesp reconhece essa importância, como se verifica do relatório da comissão que elaborou o assentamento sobre o comércio de café aprovado em 19.2.1964: "acolhemos a assistência técnica da Associação Comercial de Santos, que, prontamente, deu sua valiosa colaboração, consolidando as normas usuais no comércio de café, não reguladas por lei" (documento não publicado constante de processo de assentamento mercantil, obtido na Jucesp).

67. Para uma análise empírica da função das associações comerciais setoriais na formação de costumes comerciais (em especial no que tange ao mercado de diamantes brutos e lapidados em Nova Iorque), v. Lisa Bernstein, ob. cit., pp. 119-121 e 143-145.

tos reconhecidos pelas Juntas Comerciais, mas influenciavam os negócios efetuados pelos seus respectivos associados e pelo mercado em geral.[68]

A matéria em tela foi regulada, em especial, pelos seguintes diplomas:

(i) Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850;[69]

(ii) Decreto n. 596/1890;[70]

68. A título de exemplo, verifique-se relatório feito pela Diretoria do Centro de Comércio e Indústria de São Paulo: "não existindo na praça usos e costumes registrados pela Junta Comercial e que digam respeito ao comércio de cereais, para atender a solicitação da Associação Comercial de Santos, foi-nos preciso proceder a um inquérito entre os comerciantes desse ramo e conseguimos apurar que o feijão e o milho, quando destinados à exportação, são acondicionados em sacos de 60 quilos (bruto); quando procedentes do interior, o peso é de 75 quilos, por saca ou 100 litros; que geralmente as vendas são efetuadas a dinheiro à vista, contra a entrega da mercadoria, não havendo, também, desconto em São Paulo, o que não acontece no Rio, por isso que lá se concede ao comprador um abatimento de 10% uma vez chegada a mercadoria ao seu armazém e lá conferida (...)" (Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, t. 1, p. 104).

69. "Art. 11. Quando a votação resolver negócio, cujo objeto esteja compreendido em algum dos casos designados nos artigos 22 e 26, depois de se ter procedido às diligências nos mesmos Artigos determinadas, se lavrará assento da decisão que se tomar em um livro privativamente destinado para esse fim; expendendo-se nele em termos breves e claros as razões em que a mesma decisão se fundar; e havendo votos dissidentes, deles se fará menção.

"Estes assentos serão assinados por todos os Membros do Tribunal, que em casos tais deverá achar-se completo, e pelo Desembargador Fiscal; assinando este em ultimo lugar, com a seguinte declaração – Fui presente – e do seu parecer se fará menção no corpo do assento.

"(...).

"Art. 24. Os Tribunais do Comércio são obrigados a empregar os meios convenientes a fim de obterem um conhecimento exato das práticas e usos comerciais admitidos nas Praças, portos e mais lugares de comércio do seu distrito, em todos os casos mandados guardar pelo Código Comercial: ouvindo os corretores e comerciantes mais notáveis, não só das mesmas Praças, portos e lugares, mas até os da Praça da Capital da Província, e procedendo às mais averiguações que julgarem convenientes.

"Nas Praças, portos e mais lugares do comércio das Províncias onde não houver Tribunal do Comércio, será a referida diligência praticada pelo Tribunal do Comércio da Capital do Império.

"Art. 25. Só podem ser admitidas como usos mandados guardar pelo Código Comercial, as práticas comerciais a favor das quais concorrerem cumulativamente os dois seguintes requisitos essenciais: 1º serem conformes aos sãos princípios da boa-fé e máximas comerciais, e geralmente praticadas entre os comerciantes do lugar onde se acharem estabelecidas; 2º não serem contrárias a alguma disposição do Código Comercial, ou Lei depois dele publicada.

"Art. 26. Logo que um Tribunal tiver colígido os usos comerciais do seu distrito, os fará publicar por um ou mais jornais do lugar da sua residência, convidando as pessoas do comércio para que façam sobre eles as observações que se lhes oferecerem, dentro do prazo de seis meses: e terminado este, declarará por verdadeiros usos comerciais aqueles a favor dos quais concorrerem os dois requisitos essenciais prescritos no Artigo antecedente, formulando-os em regras gerais (art. 11).

"Depois da primeira declaração, nenhum uso comercial será admitido em Juízo, se, além de reunir os dois sobreditos requisitos essenciais, não for tão antigo que exceda o tempo de cinquenta anos.

"Art. 27. O Tribunal da Capital do Império, logo que obtiver a coleção dos usos comerciais de todo o Império, consultará sobre eles a opinião dos Tribunais do Comércio das Províncias, e formando a final um relatório de todo este processo, proporá ao Governo os usos comerciais, que, no seu entender, convirá generalizar a todo o Império."

Note-se que a restrição expressa no segundo parágrafo do art. 26, de que depois de declarado um costume outro sobre a mesma matéria só poderia ser aplicado se lhe fosse provada a existência por, pelo menos, cinquenta anos, claramente engessava a evolução dos usos mercantis. Por essa razão, a restrição, provavelmente inspirada na Lei da Boa Razão, não mais constou nos diplomas posteriores. Aliás, em alguns casos, como o de negócios com café, a Jucesp realizou, no correr do séc. XX, sucessivos assentamentos, em intervalos relativamente curtos de tempo, como se verá adiante. Ademais, a Lei n. 4.726/1965, em seu art. 51, passou a prever que os assentamentos seriam revistos a cada 5 anos. Esta última disposição está repetida no art. 88 do Decreto n. 1.800/1996, apesar de tal competência não ser atualmente exercida, de modo efetivo, pelas Juntas Comerciais.

70. "Art. 30. Depois de haverem colígido as práticas e usos comerciais admitidos nas praças, portos e mais lugares de comércio do seu distrito, nos casos em que os manda guardar o Código Comercial, ouvindo os corretores e comerciantes mais notáveis, e procedendo às averiguações que julgarem convenientes, as Juntas os farão publicar na folha oficial com um convite a todos os interessados e pessoas competentes, para que façam sobre eles as observações que se lhes oferecerem dentro do prazo de três meses; e terminado este, declararão verdadeiros os usos comerciais em favor dos quais concorrerem os dois seguintes requisitos: 1º. Serem conformes aos sãos princípios de boa-fé e máximas comerciais, e geralmente praticados entre os comerciantes do lugar; 2º Não serem contrários a alguma disposição do Código Comercial ou lei depois dele publicada.

(iii) Decreto n. 9.264/1911[71] e, posteriormente, Decreto n. 20.881, de 30 de dezembro de 1931,[72] no que tange à Junta de Corretores de Mercadorias e Navios do Distrito Federal;

"Art. 31. A Junta deverá estar completa para a decisão de que trata o artigo antecedente, e desta se lavrará assento em livro para esse fim privativamente destinado com exposição dos seus fundamentos, e declaração dos votos divergentes.

"Art. 32. Os assentos, assinados por todos os membros da Junta e publicados na folha oficial, terão três meses depois da publicação força obrigatória para a decisão das questões que se suscitarem sobre os usos comerciais a que se referirem, enquanto não forem revogados por lei.

"Art. 33. A Junta da Capital Federal, obtendo a coleção dos usos comerciais de toda a República, proporá ao Ministério da Justiça os que convenha estabelecer por lei geral, afim de serem submetidos ao Congresso, si assim resolver o Governo."

71. "Art. 48. A fixação de praxes e usos comerciais poderá ser efetuada por iniciativa da Junta dos Corretores ou mediante requerimento da parte. § 1º Para que possa a Junta dos Corretores promover a legalização de praxe e de usos comerciais, de acordo com o que for requerido torna-se necessário que não sejam eles contrários a alguma disposição de lei. § 2º. Quando a legalização da praxe e dos usos comerciais for feita mediante requerimento da parte, por conta desta correrá a respectiva despesa.

"Art. 49. Para que possa a Junta dos Corretores tomar assento sobre praxes e usos comerciais faz-se preciso: 1º proceder a averiguações especiais, ouvindo 10 ou mais das principais empresas ou firmas comerciais ou industriais que tenham relação direta com a espécie em causa; 2º aprovação, em sessão especial da Junta, da redação dos fundamentos, justificativos da adoção respectiva; 3º, publicação do ato da Junta no Diário Oficial, por três vezes, mediando um mês entre a segunda e a terceira publicação; 4º, afixação desses documentos na secretaria da Junta dos Corretores e no salão da Bolsa de Mercadorias; 5º aprovação da assembleia geral dos corretores, especialmente convocada em cuja ata serão declarados os votos vencidos e a justificação destes, se os houver; 6º aprovação do ministro da Agricultura, Industria e Comércio; 7º transcrição, em livro próprio, da resolução, que tomará o numero de ordem, e bem assim das atas supra referidas e da aprovação do ministro da Agricultura, Industria e Comércio; 8º publicação no Diário Oficial e afixação na secretaria da Junta dos Corretores e no salão da Bolsa da resolução adotada, aprovada e transcrita, com o seu numero de ordem e a data da transcrição.

"§ 1º. A praxe e os usos comerciais adotados com o preenchimento de todas as formalidades do presente artigo ficam sendo considerados como resultantes de assento da Junta dos Corretores e tornam-se obrigatórios desde a data da transcrição.

"§ 2º. Os assentos assim tomados provam-se por certidão passada pela secretaria da Junta dos Corretores, com a indicação da data da transcrição."

72. "Art. 6º. A fixação de praxes e usos comerciais poderá ser efetuada por iniciativa da Junta dos Corretores ou mediante requerimento de interessado.

"Art. 7º Para que possa a Junta dos Corretores adotar oficialmente praxes e usos comerciais, torna-se necessário que não sejam contrários a qualquer disposição de lei e tenham sido satisfeitas as exigências enumeradas nos itens seguintes: a) inquérito em que serão ouvidos dez ou mais empresas ou firmas industriais ou comerciais diretamente interessadas no ramo em causa; b) aprovação, em sessão especial da Junta, dos fundamentos justificativos da resolução a adotar; c) publicação no *Diário Oficial*, por três dias consecutivos, da ata da sessão em que foi discutida a resolução; d) afixarão desses documentos na Secretaria da Junta e no salão da Bolsa de Mercadorias; e) aprovação em assembleia geral dos corretores, especialmente convocada, de cuja ata constem os votos vencidos e a Justificação destes, se os houver; f) aprovação do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio; g) transcrição, em livros próprios, da resolução, que tomará número de ordem, e bem assim das atas supra referidas e da aprovação; h) publicação, no *Diário Oficial*, e afixação, na Secretaria da Junta e no salão da Bolsa, da resolução a adotar, quando aprovada e transcrita, com o seu número de ordem e a data da transcrição.

"§ 1º. As praxes e os usos comerciais adotados com as formalidades do presente artigo tornam-se obrigatórias desde a data da transcrição e a prova respectiva será feita mediante certidão passada pela Secretaria da Junta dos Corretores, com a indicação da data da transcrição.

"§ 2º. Quando a legalização da praxe e dos usos comerciais se fizer a requerimento de interessado, por conta deste correrá a respectiva despesa.

(iv) Lei n. 4.726/1965;[73] e

(v) Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996,[74] que regulamenta a Lei n. 8.934/1994.

"Art. 8º. Tratando-se de casos que, segundo o Código Comercial, são regulados pelos usos comerciais, devem estes ser provados pelos assentamentos feitos na junta dos Corredores, no termos do artigo anterior, ou na falta desse assentamento, por atestado da mesma Junta, expedido em virtude da resolução tomada em sessão especial. Parágrafo único. Para que possa a Junta dos Corretores passar atestados a respeito de praxes e usos comerciais são necessárias informações pelo menos de cinco empresas ou firmas comerciais ou industrias que tenham relação direta com a espécie em causa, previamente consultadas, mediante questionário formulado pelo síndico.

"Art. 9º. Contra o assento, regularmente feito na forma do art. 7º, suas alíneas e parágrafos, é inadmissível qualquer contestação que não seja sobre a identidade do caso; contra o atestado, porem, é admissível qualquer prova."

73. "Art. 50. Incumbe, exclusivamente, às Juntas Comerciais, o assentamento dos usos e práticas mercantis. § 1º. Só podem ser objeto de assentamento na Junta os usos e práticas mercantis que não incidam nas proibições estatuídas no art. 38 desta Lei. § 2º. O assentamento de que trata este artigo será feito pela Junta, *ex-officio*, por provocação da Procuradoria ou de qualquer entidade de classe comercial interessada na matéria. § 3º. É indispensável, para que se assente o uso ou prática mercantil, que a respeito se pronunciem, previamente, no prazo de 90 dias, as associações de classe e as Bolsas competentes da respectiva praça e que se publique na imprensa convite a todos os interessados para se manifestarem sobre o assunto no mesmo prazo. § 4º. Executadas as diligências previstas no parágrafo anterior, a Junta decidirá se é verdadeiro e registrável o uso ou prática mercantil em sessão a que se compareçam, no mínimo, dois terços dos respectivos vogais dependendo da respectiva aprovação de voto de pelo menos, metade mais um dos vogais presentes. § 5º Proferida a decisão, assentar-se-á o uso ou prática mercantil em livro especial, com a devida justificação, efetuando-se a respectiva publicação no órgão oficial da sede da Junta. § 6º. Somente 3 meses após a publicação tornar-se-á obrigatório, quando for o caso, o uso ou prática mercantil.

"Art. 51. Quinquenalmente as Juntas processarão à revisão e publicação da coleção dos usos e práticas mercantis assentes na forma do artigo anterior."

74. "SEÇÃO XI – Do Assentamento dos Usos ou Práticas Mercantis (...).

3. Assentamentos existentes na Junta Comercial do Estado de São Paulo ("Jucesp")

Em pesquisa realizada na Jucesp, verificamos que o número de assentamentos de usos e práticas comerciais não é muito grande,[75] havendo publicações definitivas no *Diário Oficial do Estado de São Paulo* (*DOE*)[76] sobre os seguintes temas:

"Art. 87 O assentamento de usos ou práticas mercantis é efetuado pela Junta Comercial. § 1º. Os usos ou práticas mercantis devem ser devidamente coligidos e assentados em livro próprio, pela Junta Comercial, *ex officio*, por provocação da Procuradoria ou de entidade de classe interessada. § 2º. Verificada, pela Procuradoria, a inexistência de disposição legal contrária ao uso ou prática mercantil a ser assentada, o Presidente da Junta Comercial solicitará o pronunciamento escrito das entidades diretamente interessadas, que deverão manifestar-se dentro do prazo de noventa dias, e fará publicar convite a todos os interessados para que se manifestem no mesmo prazo. § 3º Executadas as diligências previstas no parágrafo anterior, a Junta Comercial decidirá se é verdadeiro e registrável o uso ou prática mercantil, em sessão a que compareçam, no mínimo, dois terços dos respectivos vogais, dependendo a respectiva aprovação do voto de, pelo menos, metade mais um dos Vogais presentes. § 4º. Proferida a decisão, anotar-se-á o uso ou prática mercantil em livro especial, com a devida justificação, efetuando-se a respectiva publicação no órgão oficial da União, do Estado ou do Distrito Federal, conforme a sede da Junta Comercial.

"Art. 88. Quinquenalmente, as Juntas Comerciais processarão a revisão e publicação da coleção dos usos ou práticas mercantis assentados na forma do artigo anterior."

75. É impossível afirmar que a pesquisa realizada tenha encontrado todos os assentamentos de usos e práticas comerciais existentes na Jucesp. Por um lado, pelo que verificamos, esses assentamentos não eram realizados em livros próprios, mas constavam dos livros gerais em que eram registrados documentos na Jucesp. Assim, não existe uma fonte de pesquisa única e segura. Por outro lado, parece-nos que há bastante tempo esses assentamentos deixaram de ser realizados – o último de que tivemos notícia data de 4.5.1965 –, o que fez com que maiores (e mais precisos) dados se perdessem. Contudo, os resultados da pesquisa realizada mostraram-se consistentes, não havendo referência nos documentos encontrados ou na bibliografia consultada a outros assentamentos além dos ora mencionados.

76. A imprensa oficial do Estado de São Paulo colocou à disposição para consulta, em seu *site* na Internet (*www.imesp.com.br*), todas as edições do *DOE* desde a sua criação, em maio de 1891.

(i) comissários e comitentes mercantis, praça de Santos – aprovado em sessão de 16 de junho de 1899 e publicado no *DOE* de 24 de junho de 1899, p. 1.392;

(ii) capitalização de juros em contas-correntes bancárias, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 9 de agosto de 1901 e publicado no *DOE* de 13 de agosto de 1901, p. 2.060;

(iii) café, praça de Santos – aprovado em sessão de 16 de julho de 1907 e publicado no *DOE* de 18 de julho de 1907, p. 2.029;

(iv) cheques, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 9 de agosto de 1927 e publicado no *DOE* de 18 de setembro de 1927, pp. 6.934-6.939;

(v) negócios de algodão em pluma e caroço de algodão, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 14 de julho de 1939 e publicado no *DOE* de 25 de novembro de 1939, pp. 23-26;

(vi) café, praça de Santos – aprovado em sessão de 20 de março de 1940 e publicado no *DOE* de 31 de março de 1940, pp. 13-14;

(vii) bolsa de valores, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 19 de julho de 1940 e publicado no *DOE* de 11 de agosto de 1940, p. 13;

(viii) caixa de liquidação e bolsa de mercadorias, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 19 de julho de 1940 e publicado no *DOE* de 11 de agosto de 1940, pp. 13-15;

(ix) vários ramos, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 19 de julho de 1940 e publicado no *DOE* de 27 de agosto de 1940, pp. 13-17;[77]

(x) vários ramos, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 19 de junho de 1942 e publicado no *DOE* de 16 de julho de 1942, pp. 16-19;

(xi) café, praça de Santos – aprovado em sessão de 26 de junho;

(xii) café, praça de Santos – aprovado em sessão de 19 de fevereiro de 1964 e publicado no *DOE* de 13 de junho de 1964, pp. 6-8; e

(xiii) assuntos bancários, praça de São Paulo – aprovado em sessão de 4 de maio de 1965 e publicado no *DOE* de 8 de maio de 1965, pp. 4-6.

Ademais, encontramos documentos referentes a três assentamentos cujo procedimento foi iniciado, mas que não teriam chegado a ser efetivados,[78] sobre os seguintes assuntos:

(i) bolsa de valores – propostas publicadas no *DOE* de 5 de dezembro de 1962, p. 5, e de 23 de outubro de 1963, pp. 6-7. O processo foi suspenso, por decisão da Jucesp em sessão de 4 de maio de 1965, em virtude de tramitar no Congresso Nacional projeto de lei sobre a matéria;

(ii) negócios com algodão em pluma na bolsa de mercadorias – proposta publicada no *DOE* de 27 de novembro de 1965, pp. 6-8; e

(iii) café em todas as praças – proposta publicada no *DOE* de 18 de março de 1966, pp. 5-6.

4. Análise de alguns regimes consuetudinários assentados pela Jucesp

Passaremos, agora, a tecer breves considerações sobre algumas das normas consuetudinárias assentadas pela Jucesp,

77. O grande número de assentamentos efetivados em 1940 deve-se a um esforço nesse sentido por ocasião da comemoração do cinquentenário da criação da Jucesp.

78. Com relação a esses assentamentos, em pesquisa efetuada na Jucesp, verificamos a existência das respectivas propostas, bem como a anotação de que os mesmos ainda não teriam sido concluídos. Contudo, tendo em vista a ausência de sistematização dos registros do órgão sobre a matéria, não é possível afirmar, com certeza, qual foi o real fim dos processos em questão.

buscando inseri-las no panorama normativa da época.

4.1 Da capitalização de juros em contas-correntes

Sobre a possibilidade e periodicidade da capitalização de juros em caso de empréstimos bancários, na praça de São Paulo, foi assentado pela Jucesp, em sessão de 9 de agosto de 1901, o seguinte uso:

"São os usos e práticas comerciais verificados nesta praça de S. Paulo, entre as instituições bancárias que a Junta tomou por assento, os seguintes:

"Serem as contas dos correntistas encerradas semestralmente, isto é, em 30 de junho e 31 de dezembro, não havendo acordo em contrário, caso em que vigorará este, sendo os juros capitalizados nesses prazos."

Anteriormente, assentamento datado de 16 de junho de 1899, assim dispunha sobre as relações entre comitentes e comissários na praça de Santos:

"São usos e práticas comerciais verificados na praça de Santos entre comissários e comitentes – e que ora são tomados por assento, os seguintes:

"É costume observado na praça de Santos renovar anualmente as contas-correntes relativas a transações que de ordinário se realizam entre comissários e comitentes.

"É costume observado na praça de Santos contar juros à razão de 12% ao ano relativamente a todas as quantias que por adiantamento são fornecidas pelos comissários a seus comitentes.

"É costume observado na praça de Santos acumular anualmente aos saldos líquidos em conta-corrente juros que porventura se houverem vencido pelas quantias fornecidas de conformidade com essas contas.

"É costume observado na praça de Santos contar juros vencidos e acumulados aos saldos que anualmente são liquidados em conta-corrente."

De plano, é possível verificar-se que, no primeiro caso, a regra é a capitalização semestral dos juros, e, no segundo, a periodicidade da capitalização é anual.

A tradição do direito brasileiro, herdada das Ordenações Filipinas, era da proibição genérica da capitalização de juros. Nesse sentido, o Visconde de Cairu, ao escrever em 1808, já aduzia que a questão referente à proibição da usura restava apenas como mero debate acadêmico, já tendo sido superada na prática, uma vez que o próprio Estado português, bem como muitas ordens religiosas, além dos comerciantes em geral, adotavam como rotineira a cobrança de juros pelos empréstimos concedidos.[79] No entanto, quanto ao anatocismo, segundo Cairu, "em nenhum caso se admite a usura sobre a usura, fazendo-se dos juros vencidos um novo capital para se perceberem juros dele".[80]

Posteriormente, o Código Comercial brasileiro, de 1850, assim passou a dispor:

"Art. 253. É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta-corrente de ano a ano.

"Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

"Art. 254. Não serão admissíveis em juízo contas de capital com juros, em que

79. Ob. cit., pp. 571-577.

80. Idem, p. 574. As considerações de Cairu são desenvolvidas com base no disposto no § 1º do Título LXVII do Livro IV das Ordenações Filipinas, então vigentes. Entretanto, o parágrafo mencionado pelo autor referia-se a uma proibição ampla da usura (que seria excepcionada em alguns casos nos parágrafos posteriores), *in verbis*: "Nenhuma pessoa, de qualquer estado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada à usura, por que possa haver ou dar alguma vantagem, assim pela via de empréstimo, como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado".

estes senão acharem reciprocamente lançados sobre as parcelas do débito e crédito das mesmas contas."

A doutrina pátria, ao interpretar o art. 253 do Código Comercial brasileiro, considerava que a proibição alcançava tão somente a capitalização que não houvesse sido convencionada. Nesse sentido, lecionava Carvalho de Mendonça:

"A acumulação de juros vencidos ao capital para se tornarem igualmente com este produtores de juros, ou a capitalização de juros com o fim de vencer juros, a que se chama de *anatocismo*, não é permitida:

"a) sem expressa estipulação; e

"b) depois que, em juízo, o credor intenta ação contra o devedor, ainda que fosse estipulada"[81] (grifo no original).

Ademais, ainda segundo Carvalho de Mendonça, o prazo de um ano para a capitalização dos juros podia ser alterado, em especial reduzido, por convenção das partes, *in verbis*: "O mesmo Código, no art. 253, permite a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta-corrente de ano a ano. As palavras deste art. 253 'em conta-corrente de ano a ano', pondera Teixeira de Freitas, não são taxativas. Pode, conseguintemente, ser estipulado período mais breve para a capitalização de juros".[82]

Percebe-se, destarte, que admitida a capitalização de juros, mesmo em prazo inferior a um ano, os costumes passaram a atuar de forma acentuada em cada ramo da atividade econômica, fixando os prazos que lhe eram peculiares. Assim, no âmbito das contas-corrente bancárias, na praça de São Paulo, a capitalização dava-se semestralmente, em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano. O mesmo não acontecia nas contas-correntes mantidas entre comissários e comitentes na praça de Santos, nas quais a regra consuetudinária era a capitalização anual.

4.2 Do comércio de café na praça de Santos

É despiciendo frisar a importância do comércio cafeeiro para a economia brasileira, entre a segunda metade do séc. XIX e a primeira metade do séc. XX. Surgiu, assim, em torno desse comércio, um conjunto altamente especializado e bastante ativo de agentes econômicos, que desenvolveram uma complexa cadeia negocial

81 *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 6, t. 1, 3ª ed., p. 288. O autor acrescenta: "O Cód. Comercial, no art. 253, dispõe: 'é proibido contar juros de juros'. Daí a grande controvérsia sobre, se em matéria comercial (em matéria civil, a Lei de 24 de outubro de 1832 solvera a questão) era proibido o anatocismo, isto é, os juros produzidos pelos juros de um capital, ou a capitalização de juros para produzir novos juros. Teixeira de Freitas na nota 21 ao art. 361, opinava que aquele art. 253 não reprovava o anatocismo; vedava 'unicamente que se contassem juros de juros, quando assim não se tivesse estipulado. A concepção deste art. 253 sobre acumulações de juros em *contas-correntes* não é propriamente uma exceção, é o reconhecimento da estipulação de juros de juros, efeito implícito do *contrato de conta-corrente*'.

"Com admirável clareza expõe o Dr. Edmundo Lins: 'o que o Cód. Comercial diz é que é proibido contar juros de juros; não diz, porém, que seja proibido convencionar ou estipular juros de juros. O que o Cód. Comercial proíbe é que, não tendo havido estipulação de juros, estes sejam contados, como se daria com os juros da mora regular ou da irregular'. Neste sentido sempre julgou o Tribunal da Relação de Minas (...)" (idem, nota 1) (grifos no original).

Reafirmando esse entendimento, o projeto de Código Comercial de Inglês de Souza trazia o seguinte dispositivo: "Art. 916. Sem convenção expressa não se podem acumular juros. Intentada a ação contra o devedor, não pode mais ter lugar a acumulação" (ob. cit., p. 261).

82. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 6, t. 2, p. 376. O autor cita, ainda acórdão do TJSP, datado de 20 de agosto de 1895, com o seguinte teor: "sendo certos os estilos da praça sobre a capitalização anual de juros em conta-corrente e admitida e capitalização por semestres pela casa comercial do autor, o que não é vedado fazer, sendo disso cientificado o réu, que recebeu contas e não reclamou" (idem, nota 4). É interessante notar que esse acórdão, lavrado cerca de 6 anos antes do assentamento de 9.8.1901, expressa entendimento completamente diverso, ao menos no trecho transcrito por Carvalho de Mendonça, ao dizer que o uso da praça de São Paulo era a capitalização anual, e não semestral.

para permitir o rápido e seguro escoamento da produção nacional, em especial pelo porto de Santos. Com a consolidação dessa rede de agentes e relações econômicas, surgiram costumes locais peculiares, que asseguravam o bom fluxo das transações.

Nesse sentido, manifestou-se em relatório final, datado de 8 de abril de 1963, o presidente da comissão nomeada pela Jucesp para atualizar o assentamento sobre os costumes referentes ao comércio do café na praça de Santos, Kamel Miguel Nahas:

"Os negócios de café, de imenso vulto, criaram em Santos a necessidade imperiosa de um mecanismo comercial *sui generis* de rápido e eficiente controle das operações, e inteira liberdade de movimentos, sendo como é o CAFÉ mercadoria de consumo quase mundial e que depende, no seu valor, da maior ou menor proximidade dos grandes estoques em relação aos outros consumidores, de modo que a oferta e a procura, com certa segurança, são reguladas pela resistência e receptividade dos intermediários ou dos produtores. Com estes característicos determinados pelo predomínio dos negócios de café, gênero que nas circunstâncias citadas se tornou valor de franco jogo de bolsa, era natural que surgissem ao lado das regras de direito comercial outros tantos usos e costumes especialíssimos para garantia das transações, de um lado, e possibilidades delas, de outro, dado que as formas contratuais previstas nas leis exigiam tempo impossível de ser perdido para a realização dos negócios de café.

"Um fenômeno interessante, original de todos os centros comerciais do mundo, principalmente quando portos de embarque, pode ser observado e verificado na atualidade na praça de Santos: a reação instintiva do organismo comercial, contra as infrações aos seus interesses legítimos e, ao mesmo tempo, a adoção de práticas nacionais que facilitam o livre desembaraço de suas operações comerciais."[83]

83. Documento não publicado constante de processo de assentamento mercantil, obtido na Jucesp.

É interessante verificar, no texto acima, sob a ótica da construção de Vivante, a observância do mercado como elemento legitimador das normas consuetudinárias. Ou, em uma perspectiva teórica mais moderna, a função dos costumes como redutores de custos de transação e garantidores de rapidez e segurança nas relações comerciais, especialmente em um mercado altamente especializado e dotado de significativo grau de institucionalização.

Tendo em vista as condições acima descritas, bem como o também já mencionado destaque do comércio de café na economia nacional, entende-se facilmente porque esse tema foi o que mereceu o maior número de assentamentos de costumes levados a cabo pela Jucesp.

O primeiro assentamento feito pela Jucesp, já transcrito acima, data de 16 de junho de 1899 e trata das relações entre comitentes e comissários, na praça de Santos, em especial no que diz respeito à contabilização de juros em contas-correntes. Por certo, sua aplicação não estava restrita ao mercado cafeeiro, mas este era o mais relevante em Santos à época, respondendo por boa parte das exportações brasileiras.

Posteriormente, em sessão de 16 de julho de 1907, foi determinado assentamento versando especificamente sobre o comércio de café na praça de Santos, cujos artigos tinham o seguinte teor:

"Primeiro – As vendas de café e outros gêneros de exportação serão feitas a 30 dias de prazo, e o pagamento das respectivas faturas será efetuado no fim deste prazo ou antes, na proporção das mercadorias entregues.

"Segundo – As mesmas faturas ficam sujeitas ao desconto de 6 % ao ano, em caso de pagamento antecipado.

"Terceiro – A fatura cujo vencimento recair em dia feriado por lei, reputa-se vencida no dia útil antecedente e, neste caso considera-se indevido qualquer desconto de juros, salvo sobre as quantias pagas antecipadamente.

"Quarto – Sobre o bruto das contas de vendas cabe ao comissário a comissão de 3%.

"Quinto – O café será vendido em sacos novos de superior aniagem, fornecidos pelo comissário e pelo mesmo faturados a 1$700 Réis cada um.

"Sexto – Os comissários farão o reensaque do café por tipos, não atendendo à proveniência, mas somente à qualidade.

"Sétimo – Em consequência, as reclassificações dos comitentes serão decididas pelas amostras tiradas por ocasião do recebimento do café, as quais serão conservadas até o vencimento das respectivas contas de venda.

"Oitavo – Os comissários são responsáveis pela solvabilidade e pontualidade dos compradores, com os quais contrataram.

"Nono – Nos negócios a termo, prevalece a data da fatura do vendedor, quando a entrega deste for julgada boa; e, ao contrário, prevalece a data da decisão, quando a reclamação do comprador for julgada procedente.

"Décimo – Nas contas de venda de café, omitir-se-á o nome do comprador.

"Décimo primeiro – Os comissários cobrarão dos comitentes, sob a denominação comum de 'carretos' não só estas despesas, como as de ensaque, reensaque, repeso, mudanças e corretagem, à razão de 7 a 10 Réis por quilograma, segundo as circunstâncias de tempo ou da localização dos respectivos armazéns.

"Décimo segundo – Os adiantamentos feitos pelos comissários aos comitentes serão liquidados com remessas de café à consignação, e não com dinheiro.

"Décimo terceiro – O selo dos recibos, quer fixos, quer proporcional, será pago por quem recebe."

Novos assentamentos sobre a negociação de café na praça de Santos foram aprovados pela Jucesp nas sessões de 20 de março de 1940, 26 de junho de 1956 e 19 de fevereiro de 1964. Uma outra compilação de costumes sobre o comércio de café em todas as praças, à exceção de Santos, teve o seu projeto aprovado em sessão de 18 de março de 1966, mas não chegou a ser finalizada.

Com o passar do tempo, as práticas negociais aplicáveis ao mercado cafeeiro foram se tornando mais complexas, o que acarretou um aumento significativo no número e na complexidade das normas costumeiras verificadas pela Jucesp. Com efeito, no que tange ao aspecto quantitativo, o assentamento realizado em 16 de julho de 1907, acima transcrito, possuía 13 artigos. Já em 19 de fevereiro de 1964, o assentamento efetivado possuía 78 artigos.[84]

No que concerne ao caráter qualitativo, as normas constantes do assentamento de 16 de julho de 1907 eram bastante mais simples. Por exemplo, esse assentamento trazia apenas um artigo, o 5º, tratando da embalagem do café. Em 19 de fevereiro de 1964, foram aprovados 7 artigos, do 63 ao 69, que cuidavam exclusivamente da sacaria. Por outro lado, ainda a título de exemplo, a questão atinente aos deveres do vendedor, no primeiro desses assentamentos, era tratada de maneira meramente indireta, e passa a ser bastante explicitada no último, que contém os seguintes dispositivos:

84. A proposta de assentamento publicado no *DOE* de 18.3.1966 trazia apenas 33 artigos, mas dizia respeito ao comércio de café em todas as praças, à exceção de Santos. Isso se justifica pelo fato de que era justamente em Santos, porto de embarque, o centro das negociações cafeeiras, que se travavam as negociações mais complexas e em maior número, com a existência de costumes mais explícitos e arraigados. Por outro lado, o assentamento datado de 26.6.1956 possuía 89 artigos, alguns dos quais, contudo, foram extirpados do assentamento de 19.2.1964, por serem *contra legem* ou dizerem respeito a matérias já reguladas por lei. Contudo, verifica-se uma clara discrepância em termos de números de artigos entre os assentamentos do fim do séc. XIX e início do séc. XX e aqueles efetivados em meados do séc. XX.

"Da responsabilidade do vendedor quanto às despesas que oneram o café

"Art. 59. O vendedor é sempre responsável dentro de 30 dias do prazo da fatura pela conservação, armazenamento, seguro, etc., do café vendido.

"Art. 60. No caso de haver uma firma comprado à outra firma uma fatura de café de diversas qualidades, em vários lotes, e achando-se entre eles um ou mais que seja preciso retirar e estejam colocados por detrás dos lotes pertencentes à mesma fatura, ainda não vencida, as despesas com a respectiva mudança devem ficar a cargo da firma vendedora.

"Art. 61. Antes do vencimento da fatura, todas as despesas do café nos armazéns gerais correm por conta do entregador, inclusive a do empilhamento; nas entregas de café já depositado nos armazéns gerais para efeito da liquidação do negócio, as despesas de repeso e sacaria correrão igualmente por conta do entregador, não, porém, as de reempilhamento, que passam, desde esse momento, ao interesse do recebedor.

"Art. 62. O entregador é obrigado a pagar as despesas de armazenagem e seguro do primeiro mês, nos armazéns gerais, quando fizer a entrega do café vendido a termo em contrato garantido, ainda que a entrega seja feita no último dia da fatura."

No que diz respeito ao conteúdo das regras constantes dos assentamentos, especificamente sobre o art. 5º daquele datado de 16 de julho de 1907, atinente ao ensaque do café e já transcrito acima, manifestou-se Carvalho de Mendonça:

"Não foi sem esforços que, na praça de Santos, se conseguiu adotar a exportação do café em sacos novos. A primeira deliberação a esse respeito foi tomada pela Associação Comercial de Santos em assembleia geral de 26 de novembro de 1886 (...).

"No convênio, aprovado pela assembleia geral da mesma Associação, realizada aos 7 de agosto de 1890, estipulou-se: 'Art. 8º. Todo café deve ser ensacado em sacos novos de aniagem superior, tendo o comprador o direito de recusar os que não estiverem nessas condições' (...).

"Surgiu, depois, a necessidade de fixação de um tipo especial de saco, destinado à exportação do café, em virtude das reclamações das Câmaras de Comércio de Londres, Hamburgo, Antuérpia, Trieste e Rotterdam, sobre a má qualidade e fraca resistência do então empregado, especialmente nas costuras finais, resultando daí o vazamento nos porões, e, portanto, as constantes faltas de peso."[85]

Verifica-se, destarte, que uma questão aparentemente banal – o ensaque do café –, tipicamente fora do objeto da rígida de regulação legal, foi apta a gerar um costume em um dado mercado. E tal não se deu por acaso, como bem ressalta Carvalho de Mendonça. Pelo contrário, adveio de uma necessidade comercial, em virtude das reclamações feitas por Câmaras de Comércio estrangeiras, de que, devido à má qualidade do ensaque, as mercadorias chegavam no porto de destino com peso inferior ao contratado (e embarcado). Esse caso tipicamente demonstra a função exercida pelos costumes como elemento de adaptação e facilitador das transações comerciais. Por certo, a regra em questão diminuiu os custos de transação entre os agentes do mercado cafeeiro – em especial comissário e comitentes – estabelecendo padrões prévios que permitiam satisfazer ao comprador e, por via de consequência, facilitar as vendas ou mesmo aumentar o valor agregado do produto.

Outra norma do já transcrito assentamento de 16 de julho de 1907 que merece comentário é o seu art. 13, que cuida da divisão do ônus pelo pagamento do selo dos recibos. Com efeito, em outros assentamentos também se encontram normas sobre a divisão do custo fiscal de determinadas transações. Ainda que tais normas, de origem não estatal, não pudessem ser opostas diretamente ao Fisco, tinham o objetivo de esclarecer qual parte deveria arcar com o efetivo ônus financeiro do pagamento de tributos. Uma vez mais, o costume atuava como um redutor de custos de transação, permitindo a comissários e comitentes, vendedores e compradores realizar operações de forma mais rápida, em virtude do preestabelecimento da divisão dos encargos fiscais – os quais, por certo, influenciariam no preço da negociação e nas comissões a serem pagas.

85. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, t. 1, pp. 31-32, nota 4.

Das poucas decisões judiciais que trazem a aplicação expressa de normas costumeiras, há duas, originárias do Supremo Tribunal Federal, que se baseiam em regras constantes dos assentamentos da Jucesp sobre o comércio do café e cuja transcrição parcial merece ora ser realizada.

No primeiro caso, a questão dizia respeito à aplicabilidade das normas constantes do Código Comercial brasileiro sobre o contrato de comissão à relação jurídica entre um comissário e um comitente, referentes à negociação de café na praça de Santos. Mais especificamente, discutia-se sobre o acerto de contas entre comissário e comitente, ao término de um relacionamento que perdurou por diversos anos. Do voto condutor, de lavra do Ministro Afrânio Costa, lê-se:

"Profundo conhecedor de nossos usos e costumes, da falta de contato íntimo entre os centros comerciais do Brasil, disseminados por um território imenso, e ainda sabedor que as regras peculiares ao comércio do café, divergem essencialmente da borracha, do cacau, do açúcar etc., o legislador comercial prudentemente permitiu que pelos usos e costumes se pudesse suprir as deficiências casuísticas.

"E o braço dessa prudência vai até a organização das sociedades mercantis (art. 291).

"E é a autoridade incontestável de Carvalho de Mendonça, fundada em sólida cultura e nos exercício intenso da profissão de advogado, com que teve um destaque invulgar, que serviu de alicerce ao julgado [recorrido] para caracterizar a singular situação defrontada:

"'A comissão de venda de cafés na praça de Santos apresenta um tipo curioso de operação mercantil, muito interessante e digno de ser estudado nas minúcias e nos diferentes prismas que oferece. Em primeiro lugar, a mercadoria nem sempre é vendida tal como é recebida em consignação pelo comissário. Este procede à liga dos cafés quando aconselhada pela conveniência da melhor colocação do gênero no mercado, e, portanto, em regra, a benefício do comitente, e faz o ensaque apropriado para a exportação. Este ensaque é negócio particular do comissário. Em segundo lugar, as vendas são sempre feitas a dinheiro com desconto de trinta dias contados da data da venda. Quer isso dizer que o comprador tem a faculdade de retirar a mercadoria dentro do prazo de trinta dias com a condição, porém, de pagá-la no ato da retirada, gozando o desconto convencionado caso retire antes desses trinta dias... Em terceiro lugar, o comissário, que, como dissemos, vende a dinheiro de contado, reserva-se o direito de entregar ao comitente o produto líquido da venda trinta dias depois da data da conta apresentada. Nesta conta, não faz a declaração do nome e domicílio do comprador, nem do prazo estipulado com o comprador, como exige o art. 177 do Cód. Comercial no caso de comissão' (*Trat. Dir. Com.*, vol. 8º, nota 4 ao n. 1.003, p. 292)

"'Os comissários de Santos não são aqueles modestos intermediários que o Cód. Comercial define no art. 165 e que se contentam com a simples comissão de 3% sobre o bruto das contas de venda. Eles são banqueiros e, nessa qualidade, abrem créditos em conta-corrente aos fazendeiros, cobrando-lhes juros de 12% sobre as quantias adiantadas a título de fornecimento...' (autor e ob. cit., idem, p. 293).

"Não houve assim qualquer infração ao art. 168, ao revés a situação foi resolvida dentro da compreensão que permitem essa e outras regras preceituadas no Cód. Comercial e dentro do sistema nele estabelecido" (STF, 2ª T., RE 14.465-SP, rel. Ministro Afrânio Costa, j. 2.6.1953, *DJ* 6.1.1954, p. 126).

O segundo acórdão versa sobre a necessidade de o comitente receber ordens especiais para a alienação do bem que lhe fora entregue. Também foi relator o Ministro Afrânio Costa, que assim decidiu sobre o tema:

"Não houve violação de lei, como acentuou com clareza, que lhe é peculiar, o eminente ministro Orosimbo Nonato:

"'... não é de pura comissão mercantil que se cogita, senão de convenção complexa que abrangia até financiamento, admitindo, então, o uso da praça a venda objeto.'

"(...).

"As vendas se fizeram de acordo com a praxe seguida na praça de Santos, conforme rezam os documentos de fls. 63 a 67, todos assinados pelo réu. Em tais condições, independia a venda de consulta ao comitente, levando-se em conta que os cafés estavam financiados.[86] Assim também já se manifestou o E. Tribunal de Apelação do Estado (*Rev. Trib.* 141/164).

"(...).

"Trata-se assim de uma convenção *sui generis*, típica do comércio de café, que tem indiscutivelmente peculiaridades próprias, exigidas pela celeridade e necessidade de desobstruir espaço para que as mercadorias não permaneçam demasiadamente paralisadas.

"Os Usos e Costumes da Praça de Santos estabelecem regras supletivas para atender a tais necessidades desse comércio especializado que sofreria grandes embaraços se regulados, apenas por preceitos rígidos do Código. Permitindo convenções mistas, sua aplicação não importa violação dos preceitos invocados, reguladores de contratos não desfigurados pela vontade das partes e por elas utilizado" (STF, 2ª T., RE 12.878-SP, rel. Ministro Afrânio Costa, j. 29.12.1959, *DJ* 17.7.1961, p. 163).

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação das normas codificadas com relação à comissão, aplicando os usos assentados pela Jucesp, referentes ao comércio de café na praça de Santos. Nos dois julgados, a principal motivação para esse afastamento foi a peculiaridade de tais transações, em especial em virtude do financiamento concedido pelos comitentes aos comissários, o que descaracteriza a comissão tipificada por lei.

Outrossim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento no assentamento aprovado pela Jucesp em sessão de 20 de março de 1940, confirmou expressamente o costume corrente na praça de Santos, ao decidir que "sempre que o café esteja financiado pode o comissário vendê-lo independentemente de prévia consulta ao comitente".[87]

86. Sobre essa questão, assim dispunha o assentamento referente ao comércio de café na praça de Santos, aprovado em 26 de junho de 1956:

"Artigo 2º. O café financiado, salvo expressa convenção em contrário, garante o débito total do devedor para com o financiador, verificado em conta-corrente, ainda que proveniente de outras operações, e não apenas as parcelas referentes a determinado lote ou a determinada conta. Parágrafo único. A base para financiamento, em via de regra, é tomada em relação às operações em conjunto.

"(...).

"Artigo 28. Os comissários podem alienar as mercadorias e títulos retidos em garantia de débito do comitente, independentemente de autorização especial, para imputar imediatamente o valor apurado no pagamento do débito do mesmo comitente."

87. TJSP, ACiv n. 16.804, 2ª Câmara Civil, rel. Desembargador Frederico Roberto, j. 27.10.1942, m.v., *RT* 96/164.

4.3 Dos negócios de bolsa e dos assuntos bancários

Há assentamentos efetuados pela Jucesp que dizem respeito a negócios realizados na bolsa oficial de valores de São Paulo (datado de 19 de julho de 1940) e à caixa de liquidação e bolsa de mercadorias de São Paulo (um datado de 19 de julho de 1940, bem como, no que tange aos negócios de algodão em pluma e caroço de algodão na bolsa de mercadorias, outro datado de 14 de julho de 1939). Outrossim, também há projetos de assentamentos inconclusos sobre bolsa de valores (propostas publicadas no *DOE* de 5 de dezembro de 1962 e de 23 de outubro de 1963) e negócios com algodão em pluma na bolsa de mercadorias (proposta publicada no *DOE* de 27 de novembro de 1965).

Já no que diz respeito aos assuntos bancários, na praça de São Paulo, há o assentamento aprovado em sessão de 4 de maio de 1965 e outro aprovado em sessão de 9 de agosto de 1927, referente a cheques.[88] Por fim, não se pode olvidar o assentamento acerca da capitalização de juros em contas-correntes bancárias, na praça de São Paulo, aprovado em sessão de 9 de agosto de 1901 e já acima analisado.

Verifica-se, destarte, que as transações nos hoje denominados mercados financeiro e de capitais foram também objeto de atenção da Jucesp, acarretando um número considerável de assentamentos. Com efeito, é antigo o sentimento de que se trata de setores sensíveis da atividade econômica, nos quais a segurança jurídica é primordial para seu sucesso e desenvolvimento. Contudo, na época em que foram feitos os assentamentos (entre julho de 1940 e maio de 1965), as normas oficiais reguladoras desses mercados, no Brasil, eram poucas e bastante esparsas, permitindo que florescessem uma série de costumes sobre a matéria, com o intuito de tornar possíveis, mais seguros e mais ágeis os negócios realizados.

Nesse contexto, os costumes cumpriram um papel bastante peculiar, diferente daquele que normalmente se lhes reserva nos sistemas jurídicos atuais.[89] Não foram as normas consuetudinárias uma mera adaptação, especificação das normas existentes sobre uma determinada atividade econômica ou tipo de negócio. Elas cumpriram, primordialmente, a função de criar um ambiente jurídico (um marco normativo, para usar uma terminologia mais atual), diante de um ambiente de parcial anomia existente.

É importante notar que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, com competência normativa e executiva para a execução da política monetária pátria e o controle da atividade financeira, somente foram criados pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a chamada "lei da reforma bancária". Por outro lado, o mercado de capitais somente veio a ser adequadamente normatizado com a edição das Leis ns. 4.728, de 14 de julho de 1965, 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (que criou a Comissão de Valores Mobiliários), e 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal algumas vezes decidiu questões atinentes ao cheque visado, reconhecendo a validade e eficácia do assentamento levado a efeito pela Jucesp no dia 4 de maio de 1965. Nesse sentido, ao menos em dois casos[90] reconheceu que o emitente do cheque visado fica responsá-

88. Este último foi objeto de pareceres prévios de eminentes juristas da época, como Waldemar Ferreira, Otávio Mendes e Antão de Moraes, em especial diante de manifestação da Bolsa de Mercadorias no sentido de que o primeiro costume objeto desse assentamento seria *contra legem* (cf. Antão de Moraes, *Problemas e Negócios Jurídicos. Direito Comercial*, pp. 15-30).

89. À exceção dos assentamentos que versavam sobre os cheques, matéria já então objeto de regulação legal, ainda que insuficiente.

90. STF, Pleno, Bem no RE 30.125-RJ, rel. Ministro Victor Nunes, j. 16.2.1967, *DJ* 26.4.1967; e

vel pelo pagamento do respectivo valor, caso o banco sacado venha a falir antes de esgotado o prazo para apresentação do título. Em um terceiro caso, em que a aplicabilidade do assentamento foi mais explicitada, assim votou o relator, Ministro Hahnemamm Guimarães:

"Mas esta matéria não pode ser discutida nesta causa, porque, na praça de Santos se lavrou na Junta Comercial um assento, em virtude do qual se atribuiu ao 'visto' um efeito particular; aliás, o efeito mais moral, não se admitindo a revogação do cheque, em obséquio à boa-fé. Quem recebe um cheque visado, está certo de que o pagamento lhe será feito necessariamente. Foi o que ressaltou o Tribunal de Justiça, em vista de um assento lavrado na Junta Comercial de Santos. Aí não é possível ver ofensa de letra de lei, nem mesmo dissídio de arestos. É aplicação de um uso adotado na praça de Santos, em virtude de um assento na Junta Comercial. O Tribunal aplicou esse assento ao caso. Os costumes são fontes de direito, eles preenchem a lacuna da lei. A doutrina preponderante tem admitido esse uso. Inteiramente de acordo com o Sr. Ministro Rocha Lagoa, não vejo cabimento para o recurso extraordinário, porque não é possível ver ofensa da letra de lei, que é omissa, no caso. Também não há possibilidade de admitir dissídio de arestos a respeito da aplicação da lei. O Tribunal de Justiça, de acordo com a melhor doutrina, observou um uso da praça de Santos" (STF, 2ª T., RE 22.796-SP, rel. Ministro Hahnemamm Guimarães, j. 21.7.1953).[91]

STF, Pleno, RE 57.717-SP, rel. Ministro Victor Nunes, j. 14.10.1966, *RTJ* 38.162.

91. A questão, bastante controversa à época, na doutrina e na jurisprudência, dizia respeito ao reconhecimento do cheque visado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, esse reconhecimento não tinha base legal, mas fazia parte do costume bancário das praças do Estado de São Paulo, tanto que foi objeto de assentamento. Os votos dos Ministros nesse recurso extraordinário revelam um amplo panorama acerca dessa discussão. Ressalte-se que, no trecho transcrito, há algumas imprecisões, como a menção à inexistente Junta Comercial de Santos, e aos costumes bancários da praça de Santos, sendo que, na verdade, os costumes em tela diziam respeito a todas as praças do Estado de São Paulo.

Por outro lado, sobre o cheque visado, o assentamento de 4.5.1965 trazia as seguintes normas:

"Artigo 1º Os Bancos, ao visarem cheques, retiram no ato a respectiva provisão da conta-corrente do emitente, transferindo-a para uma conta específica de cheques visados. Em consequência, fica a provisão à disposição somente dos portadores legitimados, podendo achar-se dentre estes o próprio emitente. No ato do pagamento de tais cheques, os bancos apenas dão baixa na respectiva provisão anteriormente lançada na conta de cheques visados.

"Artigo 2º Os bancos costumam fixar em 30 e 120 dias a validade dos cheques visados, respectivamente para a praça e para o país. O resgate de tais cheques, fora desses prazos, costuma sujeitar-se a aprovação especial do Banco sacado.

"Artigo 3º. O cheque visado apresentado em praça diferente daquela indicada no 'visto', mas no mesmo estabelecimento bancário, poderá ser pago, mas não obrigatoriamente.

"Artigo 4º. Opera-se o cancelamento do cheque visado quando for ele devolvido por inteiro e sem rasuras ao Banco sacado, acompanhado de solicitação expressa do emitente. Com base nesta o Banco reverterá para a conta-corrente do emitente o valor do cheque visado.

"Artigo 5º Os bancos podem cancelar e restituir ao emitente o valor do cheque visado por este declarado extraviado, mediante abertura de um processo interno de cancelamento. O cancelamento se faz mediante estorno a crédito da conta-corrente do emitente e consequente baixa da respectiva provisão lançada na conta de cheques visados. No recibo passado pelo emitente, pela restituição do valor do cheque extraviado, assume ele, perante o Banco, a responsabilidade integral por eventual e futura apresentação do cheque.

"Artigo 6º. O cheque visado por Banco participante da Câmara de Compensação, costuma, sempre *pro solvendo*, servir para pagamento de títulos em carteiras bancárias."

4.4 Dos vários ramos

Dos assentamentos feitos pela Jucesp, dois não se restringiram a um ramo ou atividade únicos, mas abrangeu diversas áreas, trazendo algumas poucas disposições sobre cada uma delas. Assim, o assentamento aprovado na sessão de 19 de julho de 1940 veiculou normas costumeiras sobre o comércio de fumos e cigarros; geladeiras e refrigeradores no atacado; guarda-chuvas, sombrinhas e bengalas; ladrilhos de cimento; laminação e siderurgia; lápis, canetas e outros objetos para escritório; louças; lustres; madeiras (esquadrias, artefatos de madeira, móveis, etc.); malas, bolsas, cintos e artefatos de couro; máquinas em geral; máquinas para a indústria de tecelagem; mármores e granitos; indústria e comércio de matérias-primas; metalurgia; minérios; óleos comestíveis; pianos; porcelanas, estatuetas e objetos para presentes; produtos farmacêuticos e perfumarias; produtos de laticínios (queijos e manteigas); produtos químicos; serralheria; tecidos de algodão, lã, seda, juta, lona, etc., e seus artefatos; tintas, óleos, vernizes e artigos para pintura; tipografia, litografia e indústria de papel; e vidros, espelhos e vitrais (planos), vidros e cristais para uso de mesa, adorno, iluminação, frascaria, etc.

O segundo desses assentamentos, datado de 19 de junho de 1942, trouxe normas consuetudinárias sobre o comércio de amianto; artefatos de arame; artefatos de fibra; artefatos de metal; câmaras de ar; escovas, espanadores, brochas e pincéis; fósforos; gado bovino; alfinetes e afins; móveis, cestas e artefatos de vime e junco; pneumáticos; rolhas metálicas; saltos de borracha; tintas para escrever e para carimbo; tintas para impressão; e vassouras de palha e cabelo.

A título de exemplo, transcrevemos as normas sobre o comércio de guarda-chuvas, sombrinhas e bengalas, e de máquinas em geral, constantes do primeiro assentamento mencionado:

"*Guarda-chuvas, sombrinhas e bengalas*

"Art. 1º. A mercadoria é vendida para entrega imediata, ou em época determinada, englobada ou parceladamente, conforme for combinado.

"Art. 2º. As vendas são feitas por unidade de objetos ou dúzias.

"Art. 3º. Para os negócios efetuados na capital, o preço é para a mercadoria posta na casa do vendedor; para o interior e demais praças as mercadorias são embarcadas CIF ou FOB, conforme for convencionado entre vendedor e comprador.

"Art. 4º. O imposto de consumo e outros semelhantes, diretos sobre a mercadoria, são incluídos no preço de venda.

"Art. 5º. Nos casos de vendas CIF os danos cobertos pelo vendedor são todos aqueles que normalmente possam ser segurados.

"Art. 6º. As vendas são feitas mediante apresentação de amostras, sendo as dúvidas relativas à espécie ou qualidade da mercadoria, dirimidas pelo confronto desta com a amostra.

"Art. 7º. As despesas de venda – comissão de vendedores ou corretores – são pagas pelo vendedor ou fabricante.

"Art. 8º. A percentagem usual para a comissão do vendedor ou corretor é de 5% a 10%, dependendo a sua fixação não só do importe da venda como também da espécie da mercadoria negociada.

"Art. 9º. O pagamento da comissão a que se refere o art. 8º é feito logo após ter o comprador pago o valor total da fatura.

"Art. 10. As mercadorias, uma vez recebidas, devem ser conferidas pelo comprador, cabendo-lhe o direito de exigir a substituição das peças que estiverem danificadas, defeituosas ou em desacordo com a amostra.

"Parágrafo único. A verificação dos danos, defeitos ou outras causas de reclamação do comprador, é feita pelo representante do vendedor ou fabricante, na casa ou armazém do comprador. Pode também ser feita pelos agentes da agentes da Companhia seguradora ou por peritos escolhidos de mútuo acordo entre comprador e vendedor.

"Art. 11. A venda das mercadorias é feita para pagamento à vista ou aos prazos de 60 a 154 dias.

"§ 1º. Nos casos de venda a prazo, este será contado do dia da entrega para as vendas da praça de São Paulo e do dia do embarque para as demais praças.

"§ 2º. Para as vendas à vista será concedido um desconto de 3%.

"§ 3º. Para vendas a prazo, sendo o pagamento efetuado com antecipação, o comprador tem direito a um desconto que varie de 5% a 10%, desde que o pagamento ocorra dentro de 45 dias da data da emissão da duplicata.

"Art. 12. Os casos omissos, quando couber, serão regulados pelas normas costumeiras de ordem geral, codificadas e assentadas pela Junta Comercial.

"*Máquinas em geral*

"Art. 1º. As vendas são feitas para entrega imediata ou em época determinada, englobada ou parceladamente, conforme for combinado.

"Art. 2º. Os negócios têm como base a unidade de objeto (máquina) ou a peça.

"Art. 3º. O valor da embalagem está incluído no preço da mercadoria, não concedendo o vendedor ao comprador nenhum crédito ou vantagem pela devolução da embalagem.

"Art. 4º. O preço é para a mercadoria posta na casa ou armazém do comprador, nas vendas nesta praça, e posta na fábrica ou embarcada, nas vendas fora desta praça.

"Art. 5º. O carreto para a estação ou local de despacho e o imposto de consumo, ou outros semelhantes, estão incluídos no preço da mercadoria.

"Art. 6º. Nas vendas CIF, são cobertos pelo vendedor os danos por extravio ou roubo da mercadoria, avarias totais, naufrágio e outros riscos.

"Art. 7º. As vendas não são feitas por amostras, porque as mercadorias têm tipos com denominação certa, constantes de catálogos.

"Art. 8º. A comissão dos corretores ou vendedores, que varia entre 5% a 15%, é paga pelo vendedor ou fabricante.

"Art. 9º. As mercadorias devem ser conferidas na casa do comprador, trocando-se as peças desde que haja defeitos de fabricação; a verificação destes é procedida por técnicos, pelos representantes do vendedor ou fabricante ou por outro meio idôneo.

"Art. 10. As condições de pagamento são:

"a) no ato da encomenda, concedendo o vendedor um desconto variável entre 4% a 15%;

"b) à vista ou no ato da entrega da entrega, com desconto de 10%;

"c) ou a prazo de 30 a 90 dias, contado do fim do mês, para as vendas nesta praça, e da data do despacho nas vendas para fora.

"§ 1º. Quando o pagamento é feito antes de vencido o prazo, o vendedor concede o desconto de 1% por mês de antecipação.

"§ 2º. Nas encomendas de certo vulto exige-se do comprador como confirmação do pedido, o pagamento de uma parte preço da mercadoria.

"Art. 11. Os casos omissos, quando couber, serão regulados pelas normas costumeiras de ordem geral, codificadas e assentadas pela Junta Comercial."

As normas existentes, de uma forma geral, versam sobre a forma de pagamento (à vista ou a prazo), os descontos concedidos em caso de pagamento antecipado, as unidades de venda (dúzia, quilo, etc.), as responsabilidades por certos custos, como o frete e a estocagem, e a divisão do ônus fiscal da operação.

A Junta de Corretores de Mercadorias e Navios do Distrito Federal realizou compilação de normas costumeiras[92] por volta de 1916. Nessa compilação, verifica-se que constam os mesmos temas que aparecem naquelas já mencionadas, como se extrai do seguinte assentamento, referente ao comércio de açúcar:

"61. Açúcar.

"Unidade de venda: caixa, tina.

"Pagamento: 3% de desconto à vista; 2 e um quarto por cento de desconto em 30 dias; 90 dias sem desconto.

"O comprador paga a metade da primeira armazenagem."[93]

Entretanto, essa compilação da Junta de Corretores tinha um caráter mais amplo, trazendo inclusive normas gerais[94] de Direito Comercial, como se verifica de seu art. 1º, *in verbis*:

"Compra e venda

"1. Considera-se venda mercantil a operação resultante de um acordo em que uma das partes entrega ou promete entregar uma qualquer mercadoria e a outra recebe ou se compromete a recebê-la e pagar o preço convencionado no prazo e nas condições ajustadas por ocasião de ser efetuada a transação."

92. Com base na competência que lhe foi conferida pelo Decreto n. 9.264/1911, acima já mencionada.

93. Essa compilação não foi objeto de publicação oficial por falta de verbas. Entretanto, Carvalho de Mendonça, em seu *Tratado*, transcreve-a integralmente (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, t. 1, pp. 92-104).

94. No que, claramente, desborda as funções dos assentamentos de normas consuetudinárias, que, certamente, não se prestam a traduzir conceitos e regras gerais.

95. Apesar de o art. 88 do Decreto n. 1.800/1996 prever que, quinquenalmente, as Juntas Comerciais devem revisar e publicar a coleção dos usos ou práticas mercantis assentados.

5. O "desuso" dos assentamentos

O último assentamento efetivado pela Jucesp de que temos notícia data de 4 de maio de 1965. Desde então, apesar de manter a competência para realizar o assentamento dos usos e práticas do comércio, a Junta Comercial paulista não mais o fez.[95]

Há alguns fatores, ainda que absolutamente não exaustivos, que explicam para esse "desuso" dos assentamentos.

O primeiro deles é o grande incremento na edição de atos normativos, em especial de cunho econômico, por órgãos da Administração Pública, direta ou indireta.[96] Com efeito, em virtude da crescente intervenção do Estado sobre a economia, como agente normativo,[97] os órgãos da Administração Pública tomaram para si a tarefa de regular as minúcias das relações econômicas privadas. E, nesse contexto, os costumes porventura criados (ou ainda em gestação) foram percebidos pelo ente normatizador e incorporados nas normas por ele baixadas. Assim, deixa de ser necessário que a Junta Comercial repita o que consta de normas baixadas por outros órgãos.[98] Ademais, a função de selecionar os

96. Sobre as normas de Direito Comercial, assim pontua Paula Forgioni:

"O substrato do sistema de direito comercial é composto por dois tipos de normas, que acabam desaguando na disciplina da atuação das empresas:

"(i) aquelas originadas dos *próprios comerciantes* em sua prática, e que viabilizam a fluência das relações no mercado, sob a mesma força-motriz do nascimento do direito comercial, da nova *lex mercatoria* e dos *usos e costumes* comerciais;

"(ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes, que, sempre partindo da lógica empresarial (porque, senão, comprometeriam irremediavelmente o funcionamento do sistema), devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses outros que não apenas aqueles dos mercadores" (ob. cit., pp. 17-18).

Assim, o crescimento dos atos administrativos normativos, em importância, número e abrangência, representa um incremento das normas exógenas sobre as endógenas. Contudo, é de se verificar que isso se dá, em parte, porque a adoção de um modelo de legalidade mais flexível (com maior atuação do Poder Executivo e menor do Legislativo) permite a incorporação mais rápida e técnica das normas endógenas pelo sistema de direito estatal.

97. Naquilo que Eros Grau denomina intervenção do Estado sobre o domínio econômico por direção (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, pp. 162-163).

98. Note-se, nesse tocante, que a função das Juntas Comerciais, ao efetuar os assentamentos, não é criar normas, mas apenas atestar a existência de normas consuetudinárias já existentes. Os demais órgãos, de uma maneira geral, ao editar atos administrativos normativos, inovam a ordem jurídica. E

costumes que estão de acordo com os ditames gerais da ordem jurídica, em especial com as normas cogentes, e não agridem o interesse de terceiros ou da coletividade, deixa de ser exercida primordialmente pelo Poder Judiciário e passa às mãos do Executivo. Este, por sua vez, influencia inclusive o mecanismo de "seleção natural" dos costumes e a sua gradativa formação.

Em virtude da grande quantidade de normas editadas e da celeridade em sua adoção, muitas vezes costumes ainda embrionários, que não foram ainda assumidos por todos os agentes econômicos que exercem uma determinada atividade, são-lhes impostos por uma norma de natureza administrativa. Por um lado, há uma maior rapidez na adoção e universalização de determinadas práticas que poderiam se tornar costumes, sendo que a sua positivação por regras de cunho administrativo confere um pouco mais de certeza acerca do panorama normativo. Por outro lado, o Estado chama para si a função típica do mercado (ao menos na concepção clássica do Direito Comercial) de avaliar até que ponto uma determinada prática facilita as transações comerciais, podendo haver equívocos de avaliação que deixam de se submeter ao mecanismo de seleção ditado pelos lucros e perdas dos agentes econômicos.[99] Ademais, certas práticas ainda não amadurecidas podem vir a causar o efeito contrário do desejado, ou seja, a dificultar o fluxo das relações econômicas, pois alguns de seus efeitos nocivos ainda não tinham se manifestado quando de sua adoção pelo Estado, ou estavam mascarados por circunstâncias diversas. Se a racionalidade dos agentes econômicos é limitada, não permitindo que todos eles imediatamente passem a se utilizar de uma determinada prática vantajosa para todo o mercado, a racionalidade do Estado (e de seus agentes) também o é, não existindo garantia de que as normas por ele editadas realmente facilitem o fluxo das relações econômicas.[100]

Outro motivo que contribuiu para o declínio dos assentamentos foi a falta de sua utilização, ao menos expressa, pelo Poder Judiciário. Com efeito, uma grande vantagem de um assentamento é tratar-se de prova pré-constituída da existência do costume. Entretanto, se as decisões judiciais, salvo raras exceções, não fazem referência aos costumes, os assentamentos perdem boa parte de sua valia.

Em certos setores, como o atinente à bolsa de valores, a expressa atribuição de competências autorregulatórias a algumas entidades torna desnecessário o assentamento dos costumes, na medida em que outras entidades, de caráter privado, passam a exercer função semelhante.

Ademais, ainda que não exista uma competência autorregulatória expressa, os agentes econômicos tendem a se contentar, no mais das vezes, com a edição, por determinadas entidades de natureza privada, de atos internos de orientação e uniformização, dirigidos especialmente a seus membros.[101] Essa forma de verificação de costumes tem a vantagem de não depender do Estado, geralmente mais lento, para a certificação de normas em constante modificação.

Isso não significa que as normas costumeiras perderam sua utilidade ou deixaram de existir. No entanto, os agentes econômicos e as respectivas associações de classe não mais sentem a necessidade de pugnar pela compilação dos costumes em assentamentos.

se o conteúdo desses atos for um costume, deixa ele de ser objeto de uma norma consuetudinária, para passar a fazer parte do direito de origem estatal.

99. Assim, o erro como forma de viabilizar o diferencial competitivo (cf. Forgioni, ob. cit., pp. 14-16) passa a ser relativamente desprezado, uniformizando-se as práticas de mercado de uma forma cogente.

100. Por tal razão, de acordo com a visão de Hayek, esse modo mais atual de produção de normas é indesejável, na medida em que privilegia uma ordem imposta em detrimento de uma espontânea. Sob a perspectiva desse autor, os agentes do mercado estão mais aptos a criar uma norma eficiente, pois detêm parcelas de conhecimento muito mais abrangentes que o órgão estatal (v. nota 19 supra).

101. É o caso, p. ex., da Associação Nacional dos Bancos de Investimento – ANBID, que edita códigos de autorregulação (como, v.g., sobre ofertas públicas de distribuição e aquisição de valores mobiliários e sobre fundos de investimento), que são reconhecidos e adotados no mercado.

Outro caso interessante é o do setor sucroalcooleiro. Com a desregulamentação do setor, a partir da extinção do Instituto do Açúcar e do Álcool, os produtores agrícolas e industriais passaram a se reunir em associações, com o fim de estabelecer regras comuns para a negociação e formação de preço da cana-de-açúcar. É nesse contexto que foi criado, v.g., o Conselho dos Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo ("Consecana-SP"), que editou um manual de instruções, contendo regras contratuais mínimas para os contratos de compra e venda e fornecimento de cana-de-açúcar, normas operacionais de determinação da qualidade da cana-de-açúcar, formação do preço e forma de pagamento da cana-de-açúcar (*Manual de Instruções*, 5ª ed., 2006). Note-se que tais questões eram justamente aquelas que, em geral, constavam dos assentamentos feitos pela Jucesp. Essas regras tendem a ser aceitas por todos os agentes daquele específico mercado (ou ao menos pela grande maioria destes), de modo a cristalizar determinadas práticas. Contudo, em geral, o recurso expresso em petições e decisões será feito ao próprio *Manual* e não aos costumes (a não ser como forma de corroborar uma tese apoiada no *Manual*), tendo em vista a consubstanciação deste em um documento escrito, dotado de uma certa estabilidade, com apoio na comunidade de comerciantes daquele determinado setor.

Bibliografia

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 1ª reed. Campinas, Bookseller, 2001.

BERNSTEIN, Lisa. "Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry". In *Journal of Legal Studies*. vol. XXI. Chicago, University of Chicago, jan./1992, pp. 115-157.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7ª ed. Brasília, UnB, 1996.

BOLAFFIO, Leone. *Il Codice di Commercio Commentato*. vol. 1, "Leggi ed Usi Commerciali, Atti di Commercio, dei Commercianti, dei Libri di Commercio". Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1935.

BORGES, José Ferreira. *Das Fontes, Especialidade, e Excelência da Administração Comercial segundo o Código Comercial Português*. Porto, Typographia Commercial Portuense, 1835.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vol. 5, t. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.

_____. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vol. 6, ts. 1 e 2, 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939.

CONSELHO DOS PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual de Instruções*. 5ª ed. Piracicaba, Consecana-SP, 2006.

ESCARRA, Jean. *Cours de Droit Commercial*. Paris, Librairie du Recuil Sirey, 1952.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1960.

FORGIONI, Paula Andréa. "A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro". In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 130/7-38, São Paulo, ano XLII, abr.-jun./2003, pp. 7-38.

GALGANO, Francesco. *Storia del Diritto Commerciale*. Bolonha, Società Editrice Il Mulino, 1976.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. Trad. de Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo, Ed. RT, 1990.

GRAY, John. *Hayek on Liberty*. 3ª ed. Nova Iorque, Routledge-USA, 1998.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial. Prova*. vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1924.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, Legislação e Liberdade*. vol. 1, "Normas e Ordem". Trad. de Anna Maria Capovilla *et alii*. São Paulo, Visão, 1985.

_____. *Direito, Legislação e Liberdade*. vol. 2, "A Miragem da Justiça Social". Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo, Visão, 1985.

INGLÊS DE SOUZA, Herculano Marcos. *Projeto de Código Comercial*. vol. 2. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1994.

LISBOA, José da Silva – Visconde de Cairu. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. Edição fac-similar. [s.l.], Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1963.

MACAULAY, Stewart. "The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules" In CAMPBELL, David, COLLINS, Hugh, e WIGHTMAN, John (orgs.). *Implicit Dimensions of the Contract*. Oxford, Hart Publishing, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

MORAES, Antão de. *Problemas e Negócios Jurídicos: Direito Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1927.

TELLES, José Homem Correa. *Commentário Crítico à Lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769*. Lisboa, Armazém de Livros Borel, 1865.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. vol. 1, "I Commercianti". 3ª ed. Milão, Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, [s.d.].

Atualidades

A RESPONSABILIDADE LIMITADA DO QUOTISTA ÚNICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DE N. 12.441/2011

GUSTAVO HENRIQUE DE ALMEIDA

1. Introdução. 2. A roupagem jurídica da atividade empresarial. 3. O exercício da atividade empresária por meio da "sociedade unipessoal" e a sua responsabilidade. 4. A sociedade individual de responsabilidade limitada em outros ordenamentos jurídicos. 5. A superada ausência de previsão legislativa para a sociedade individual e para a limitação da responsabilidade do empresário individual no Brasil. 6. A Lei n. 12.441/2011 e seu objeto. 7. O âmbito de aplicação da lei: 7.1 Capital social integralizado; 7.2 Capital social mínimo; 7.3 O limite de utilização do novo instituto pela pessoa natural; 7.4 A limitação da responsabilidade da sociedade que for única titular do capital social do empresário individual de responsabilidade limitada. 8 Conclusões. 9 Referências.

1. Introdução

A Lei de n. 12.441/2011 inovou na ordem jurídica ao permitir que o empreendedor exerça individualmente a empresa, fazendo-o com limitação de sua responsabilidade ao capital social. Tal inovação atende aos anseios de grande parcela da sociedade e da comunidade jurídica, além de criar instituto jurídico no Brasil equivalente aos já existentes em outros ordenamentos desde longa data.

O produto do trabalho do legislador, o texto legal, em que pese criar um instituto desejado por parte da sociedade, não consiste em primor da técnica. Valendo-se de expressões equívocas, a Lei que promoveu uma alteração na redação do Código Civil é contraditória com as definições do próprio *Codex*.

Diante dessas confusas expressões e atecnias, torna-se necessário decompor o objeto e delimitar o alcance da norma em espeque para que se possa definir o âmbito de sua aplicação. Para tanto, torna-se necessária uma análise criteriosa dos dispositivos da Lei de n. 12.441/2011, precedida de uma sistematização histórica e conceitual acerca da limitação da responsabilidade no âmbito empresarial.

2. A roupagem jurídica da atividade empresarial

Escolher a roupagem jurídica por meio da qual se exercerá a atividade empresária é uma das primeiras decisões a serem tomadas por aqueles que pretendem explorar a empresa. Tal escolha passa por uma primeira fase, que consiste em decidir se o exercício da atividade será desenvolvido individualmente ou por meio de uma sociedade empresária.

Em verdade, diversos fatores devem ser levados em conta antes de se iniciar a empresa, tais como alocação de riscos, fi-