

Diálogo entre usos e costumes comerciais e a autonomia privada: regulação estatal *versus* liberdade econômica

Gustavo Tanger Jardim

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Mestre em Direito Civil pela UFRGS

Pós-graduado em Direito Civil e Master em Gestão

Estratégica de Pessoas pela UniRitter

Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela

Universidade Anhanguera Uniderp

Professor de Direito Civil na Pós-Graduação da FMP

Professor de Direito Civil na Escola da

Magistratura Federal RS

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar um exame refletido sobre os usos e costumes comerciais como ferramenta de integração do contrato e sua estruturação mediante as recentes alterações introduzidas pela Lei das Liberdades Econômicas. Para atingir esse escopo, será feita uma análise histórica da forma como os Estados se relacionaram com a ordem econômica, partindo da Idade Média. Buscando sedimentar as bases conceituais da influência dos usos e costumes comerciais, o trabalho também aprofunda a análise da teoria do diálogo das fontes e indica uma nova tendência de recuo da atuação regulatória estatal e valorização da autonomia privada.

Palavras-chave: Usos e Costumes Comerciais. Autonomia Privada. Diálogo das Fontes. Integração dos Contratos.

ABSTRACT

The purpose of this study is to carry out a reflection on commercial uses and customs as a tool for contract integration and its structuring through the recent changes introduced by the Economic Freedom Act. In order to achieve this scope, a historical analysis of the way in which States related to the economic order, starting from the Middle Ages,

will be carried out. In the search to consolidate the conceptual bases influenced by commercial customs and uses, the work also deepens the analysis of the theory of dialogue of sources and indicates a new trend of retreating state regulatory action and valuing private autonomy.

Keywords: Commercial Uses and Customs. Private Autonomy. Dialogue of Sources. Integration of Contracts.

Introdução

Durante muito tempo, os usos e costumes comerciais se consolidaram como uma importante ferramenta que alberga, dentro de suas limitações, um padrão de conduta a ser seguido por todos os que fazem do comércio a sua atividade habitual. Partindo de regras simples e universais, com o passar dos anos, a *lex mercatória* atingiu inegável importância, pois reflete a eficiência das práticas mercantis construídas no cotidiano das corporações e soluciona eventuais conflitos durante disputas.

Por evidente, refletir sobre a evolução dos usos e costumes comerciais significa, a grosso modo, captar a forma de interação entre os comerciantes e como as transformações políticas se relacionam com as atividades das corporações. Para tanto, as transformações sofridas pelo Estado ao longo da história e como se desenvolviam as interações com as práticas da época são muito importantes para analisar o panorama geral do objeto dessa reflexão.

Não bastasse isso, entender como as práticas comerciais se desenvolviam no decorrer do tempo permite aos estudiosos do direito alcançar uma lógica que, em diversos momentos, caminhou de forma paralela à função estatal de criar e dizer o direito. Estamos acostumados com a exclusividade estatal de ditar a ordem legal, e isso é fato.

Por outro lado, não podemos deixar de perceber que, cada vez mais, novas práticas *praeter legem* e, até mesmo, *contra legem* sacodem o monopólio estatal que, seguidamente, avoca o poder de ditar leis que deveriam estar vinculadas à autonomia dos particulares. Nesse ponto, a presente reflexão se comunica com os mais variados ordenamentos jurídicos, sejam eles vinculados à *Civil Law* ou *Common Law*.

Mesmo que de maneira tímida e com consideráveis tropeços, estamos nos dirigindo à universalização do direito — mormente nas relações comerciais. Contudo, ao que parece, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Por isso a importância de conhecer e analisar refletidamente os usos e as práticas comerciais que podem ser considerados o embrião da construção de um direito livre das fronteiras e do monopólio rígido de leis nacionais. É verdade que a utilização dos usos e costumes não visa apenas à segurança nas relações comerciais, mas, sobretudo, estão direcionados à eficiência e à agilidade das relações mercantis, sem burocracias ou entraves estatais.

Dentro dessa ótica é que emergem as leis atuais vocacionadas a fomentar a liberdade econômica nos dias modernos. Eis a validade de analisar o *ius mercatorum* e como essa experiência, que nasceu durante o século XII nas cidades italianas de Gênova e Veneza, entre outras, pode enriquecer o debate jurídico atual.

1 As transformações do Estado e as práticas comerciais

Ao nos debruçarmos sobre a evolução dos usos e costumes comerciais, não podemos olvidar de que o instituto acompanhou a complexidade crescente imposta pelo desenvolvimento comercial ao longo da história. Os desafios não foram poucos, eis que era necessário resolver adequadamente as equações que exigiam o cotejo entre a autonomia e a praticidade.

Observe-se que, no medievo, os estatutos corporativos precisavam lidar com questões que percorriam, *v.g.*, desde a liberdade da forma do contrato mercantil até a “licitude da venda de bens alheios quando realizada por comerciantes ou auxiliares de comércio” (ABREU, 2016, p. 32).

Não bastasse isso, é de crucial importância perceber como os usos e costumes comerciais foram influenciados pelas transformações dos Estados e as suas diferentes formas de interação com o espectro econômico, principalmente diante da evolução do direito comercial, que transitou do mercantilismo até os dias atuais.

O Estado soberano nasce amparado em monarquias absolutistas, onde o rei detém todos os poderes e interpreta a realidade mediante sua percepção. Aliás, a centralização na pessoa do rei era tamanha que acreditavam ser ele o representante de Deus na Terra, justificando, entre outras situações, o monopólio da violência e da tributação.

O Estado Absolutista, no campo econômico, baseou sua atuação no amplo controle dos negócios econômicos, exercendo “o controle das transações comerciais e bancárias, especialmente nos reinos italianos” (SILVEIRA, 2011, p. 173). Em Portugal, por

exemplo, as Ordenações Afonsinas de 1446 já regulavam o mercado, demonstrando que o modelo mercantilista do nosso colonizador também estava baseado em forte intervenção estatal.

Durante o período do mercantilismo, apenas os membros das corporações poderiam se valer dos estatutos mercantis, empregando um perfil essencialmente subjetivo ao ordenamento comercial, ou seja, um caráter eminentemente pessoal entre os negociantes.

Posteriormente, alicerçado essencialmente nos ideais da Revolução Francesa de 1789, o Estado Moderno desloca-se para o modelo liberal, modificando substancialmente seu modo de atuação. Entre os séculos XVIII e XIX, o poder muda de mãos, afastando-se do rei e deslocando-se para uma estrutura dividida em três poderes independentes entre si: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. No plano econômico, “ocorre a transição do mercantilismo do Estado Absolutista para o capitalismo do Estado Liberal” (SILVEIRA, 2011, p. 174).

Inaugurado esse novo período, o Estado reduz seu protagonismo e passa a prestigiar o poder de iniciativa individual, limitando sua atuação perante os cidadãos e o mercado. O Estado Liberal, dentro desse contexto, estabelece limites formais entre o ambiente público do privado, prestigiando as liberdades individuais e suavizando sua intervenção no ambiente econômico e social, o qual passa a ser reconhecido como campo de atuação privada. Lembra Leonardo Corrêa (2011, p. 64):

Sob influência do liberalismo econômico, espaço não há para uma regulamentação e ordenação verticais da atividade econômica pelo Estado, pois a este cabe apenas garantir a propriedade privada, o exercício da livre iniciativa, a liberdade de contratar e a livre concorrência em um sistema econômico auto-regulado.

Impulsionado pela Revolução Industrial, enceta o período do industrialismo, do livre comércio, do *laissez faire*. Durante essa época de expansão e conquista de novos mercados, o direito comercial abandona o modelo amparado na pessoa do comerciante e direciona seu interesse para a prática dos atos de comércio. A partir desse contexto, “o comerciante não é mais aquele que é inscrito na *matricula mercatorum*, mas aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio” (FERRI, 1964, p. 992).

O Brasil, em seu espectro legal, buscou alinhamento com a teoria dos atos de comércio de base francesa, considerando que o artigo 4º do Código Comercial de 1850 enfatizava que ninguém era reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que o Código liberaliza em favor do comércio sem estar matriculado e fazendo da mercancia profissão habitual.

Com o passar dos anos, as disfunções geradas pelo Estado liberal – vinculadas à sua incapacidade de lidar com o exacerbamento do conflito entre o capital e o trabalho – começam a abalar a estrutura do modelo. Tulio Ascarelli (1934, p. 8) ensina que:

Il superamento del liberalismo e dell'individualismo economico è oggi ovunque nella realtà delle cose. Nel diritto privato è stato naturalmente innanzi tutto nel diritto del lavoro che, dalla fine del secolo XIX, la concezione liberale e individualista è stata sottoposta a una critica serrata ed trasformazioni profonde.

Com o ocaso da estrutura liberal, surge o Estado Social, dando resposta aos crescentes movimentos e ideias sociais, em que se perseguiu o implemento da dignidade da pessoa como uma faceta necessariamente alicerçada em pressupostos socioeconômicos, considerando que o bem-estar das pessoas também dependia da sua condição econômica. Ensina Eros Grau (2017, p. 20) que, no final do século XIX e início do século XX, as imperfeições do liberalismo associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados conduziram à atribuição de novas funções ao Estado.

A simbiose existente entre o sistema capitalista e o poder público também pode ser percebida no Estado de bem-estar social. Nesse modelo, o Estado volta a exercer importante atuação no ambiente econômico e passa a intervir no trabalho, no salário, na moeda, regulando diversas situações cotidianas com o escopo de atenuar as desigualdades sociais que se acentuaram durante o período do liberalismo. Essa nova realidade interfere diretamente na forma como a atividade empresarial se desenvolve perante o mercado.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social entra em declínio e reconfigura-se mediante o Estado Democrático de Direito. Essas rupturas geralmente ocorrem quando o ambiente social percebe a ausência de respostas eficientes aos problemas enfrentados pela coletividade.

Assim, diante desse roteiro que insiste em se repetir ao longo do tempo, é que ganha importância perceber as peculiaridades da interação entre o Estado e o espaço destinado às práticas comerciais.

2 Reflexões sobre os usos e costumes comerciais

É possível verificar que existe um intenso embate entre duas forças grandiosas. Na realidade, há um verdadeiro duelo de Titãs. De um lado, existe a força de normas costumeiras, construídas de maneira espontânea por todos que praticavam o comércio, imunes às referências rígidas das leis nacionais.

Essa grande força colide frontalmente com a estrutura dos Estados, que, no decorrer do tempo, não poupou esforços em retirar do direito comercial a sua primazia de matriz liberal. Em que pese a grande energia dispendida entre os envolvidos, não restam dúvidas de que não há vencidos nem vencedores nessa queda de braço.

Observe-se que a Economia e o Direito possuem bases essencialmente distintas; contudo, se debruçam sobre a mesma realidade, servindo-se mutuamente. Nasce, nesse contexto, a importância de refletir como a ordem jurídica exercita premissas regulatórias em relação à ordem econômica. Alerta Bruno Miragem (2017, p. 106) que a regulação de atividades econômicas no ambiente de mercado “constitui um dos principais desafios do direito administrativo brasileiro desde o início do século”.

A crescente complexidade das relações comerciais atrai maior atenção dos Estados, considerando que, diariamente, surgem novos pontos de contato entre os atores que interagem com o mercado e as riquezas que circulam nesse *locus*.

Ao longo da história, pensava-se que a intervenção do Estado na ordem econômica – seja de forma mais aguda ou mais branda –, baseava-se na correção de distorções, de modo a conferir a necessária segurança às relações jurídicas.

Ensina Modesto Carvalhosa (1973, p. 159) que o Estado se relaciona com o capitalismo desenvolvendo instrumentos estruturais baseados no planejamento econômico estabelecido. Segundo o citado autor, o Estado elege as prioridades socioeconômicas e propõe “mecanismos jurídicos que possibilitem a harmonização daquele princípio com os fins, também constitucionais, de justiça social e desenvolvimento nacional atribuídos à ordem econômica” (Carvalhosa, 1973, p. 159).

Por outro lado, adverte José Carlos Magalhães (2012, p. 176) que os usos e costumes mercantis não podem ser vistos formalmente como a lei do Estado, tampouco constituem um direito supranacional que derroga o direito nacional. Entretanto, é um direito adotado, sobretudo, na resolução de conflitos na esfera comercial internacional, *ad latere* do sistema estatal. Essa é a realidade.

Exatamente por isso não é razoável a ausência de diálogo entre os usos e costumes comerciais e a força regulatória estatal. Isso porque as soluções previstas no *ius mercatorum* nem sempre conflitam com as normas previstas nos direitos nacionais, sendo, muitas vezes, compatíveis com os princípios gerais do direito, mormente os vinculados ao direito obrigacional.

Sem ferir as esferas do direito público regulatório, é bem razoável que – após uma minuciosa análise e adequação de eventual conflito a normas do direito interno – sejam preservadas a autonomia privada e a boa-fé objetiva, presentes tanto nos costumes comerciais como nos regramentos internos. Nesse ponto, pode residir o segredo para desatar esse grande *nó górdio*.

3 Aplicação coordenada de fontes plúrimas no direito comercial

Em situações envolvendo incertezas quanto à aplicação adequada do direito, especialmente quando somos demandados a cotejar fontes diversas de maneira coerente e coordenada, não podemos olvidar do brilhantismo do pensamento de Erik Jayme e o diálogo das fontes. Ensina a Professora Cláudia Lima Marques que:

Em 1995, em seu Curso geral de Haia, Erik Jayme, examinando o pluralismo pós-moderno de fontes e o fenômeno da comunicação, cunhou a expressão “diálogo das fontes” para significar a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, daí a impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação ou solução clássica das antinomias. (MARQUES, BENJAMIN, 2018, p. 22)

Observe-se que, no caso em estudo, é importante procurar uma solução eficiente para a aplicação adequada das fontes do

direito, eis que não estamos diante de um simples conflito hierárquico de normas, mas de um conflito entre as fontes aplicáveis, muitas vezes oriundas de sistemas jurídicos diversos. Por isso, a solução não deve seguir uma lógica linear, diante da potencial contraposição entre usos e costumes comerciais e uma norma interna.

Nesse ponto, não surge apenas uma necessidade genérica de buscar eficiência hierárquica, “mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’” (MARQUES, 2011, p. 644).

Ao verificarmos a necessidade de convivência de fontes diversas do direito, sem que uma delas se sobreponha integralmente à outra, o diálogo entre elas pode alcançar a finalidade “comunicada” em ambas. É extremamente razoável pensarmos na utilização dos usos e costumes comerciais, sem agressões à normativa interna quando nos utilizamos da boa-fé objetiva e de cláusulas gerais positivadas no ordenamento interno.

Observe-se que a Lei 13.874/2019 introduziu os § 1º e § 2º no artigo 113 do Código Civil, estabelecendo regras de integração e, entre outras medidas, o prestígio aos usos, aos costumes e às práticas do mercado relativas ao tipo de negócio:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve-lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Diante desse cenário, é possível verificar a recente preocupação do legislador com o fortalecimento da autonomia privada, o que é digno de louvor. Ao mesmo tempo, aplicando-se a teoria idealizada pelo mestre de Heidelberg, não restam dúvidas que é possível pavimentar o acesso à utilização dos usos e costumes como fonte de solução de conflitos dentro do direito comercial, atualmente denominado empresarial.

Frisa-se que a utilização da técnica do diálogo das fontes em cotejo com a possibilidade de introduzir até mesmo o direito alienígena nos pactos como forma de integração confira uma grande ferramenta de prestígio à autonomia privada e à potencialização da liberdade econômica. Logo, estamos diante de um momento muito oportuno para fazer análises comparativas entre sistemas jurídicos, os quais – não raras vezes – colmatam os usos e costumes comerciais. Assim, poderemos aperfeiçoar o direito e harmonizar as opções legislativas.

Conclusão

Considerando a pesquisa realizada e o raciocínio estruturado ao longo deste artigo, foi possível verificar a relevância que os usos e costumes comerciais desempenham no campo do direito empresarial. Em que pese a inexistência de uma unidade conceitual sobre a aplicação cogente no campo do direito mercantil, as diferentes percepções trazidas pela doutrina podem enriquecer, sobremaneira, o debate sobre a sua utilização em diferentes sistemas jurídicos.

Partindo da interação universal entre os comerciantes e como as transformações políticas se relacionam com as atividades das corporações, a relação do Estado com a atividade econômica ganhou importância. Os desafios não foram poucos, eis que essa equação sempre exigiu o cotejo entre a autonomia e a praticidade, sem olvidar da ordem jurídica interna de cada país.

É verdade que os Estados elegem suas prioridades e criam mecanismos jurídicos de harmonização no anseio de desenvolver suas trocas comerciais, mas isso nem sempre é tão eficiente como a prática difundida e aplicada de modo universal entre os comerciantes.

Por evidente, o efetivo prestígio ao conjunto de regras costumeiras que presidem negócios comerciais internacionais inibiria a arguição de eventuais colisões com as leis nacionais. Percorrendo o caminho delineado pelo diálogo das fontes, normas aparentemente incompatíveis poderiam ser integradas ao direi-

to local, fortalecendo a autonomia privada e a ideia de liberdade econômica.

Frente a impossibilidade de pensar nos contratos comerciais sem qualquer vinculação a uma ou mais leis nacionais, a Lei 13.874/2019 introduziu os § 1º e § 2º no artigo 113 do Código Civil, estabelecendo regras de integração e, entre outras medidas, o prestígio aos usos, aos costumes e às práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. Essa recente norma geral figura como uma grande pepita dourada, que merece ser lapidada pelos ourives do direito privado.

Finalmente, embora ainda existam imprecisões ou dúvidas sobre as recentes alterações legislativas trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, o certo é que há um terreno fértil a ser trabalhado por todos os estudiosos que procuram a funcionalidade e a harmonização das leis e do direito como um todo, mediante o método de estudo comparado.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

ASCARELLI, Tullio. La funzione del diritto speciali e la trasformazioni del diritto commerciale. **Rivista di Diritto Commerciali**, n. 34. 1934.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CORÊA. Leonardo Alves. **Direito Econômico e desenvolvimento: uma interpretação a partir da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Publit, 2011.

FERRI, Giuseppe. Diritto Commerciale. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 12. Milano: Giuffrè, 1964.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MAGALHÃES, José Carlos. "Lex mercatoria" - evolução e posição atual. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, vol. 5/ 2012.

MARQUES, Cláudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115/2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, vol. 1/2011.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira

ra. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.24, 2004.

_____. **Direito administrativo aplicado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, vol. 1, Dez/2010.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**. vol. 912, Out/2011.