

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

NATÁLIA INEZ IÓRA

OS USOS NEGOCIAIS E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS:
o conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual

Porto Alegre

2018

NATÁLIA INEZ IÓRA

OS USOS NEGOCIAIS E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS:

o conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva.

Porto Alegre

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Ióra, Natália Inez

Os usos negociais e os contratos empresariais: o conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual / Natália Inez Ióra. -- 2018.

204 f.

Orientador: Luis Renato Ferreira da Silva.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Usos negociais. 2. Contratos empresariais. 3. Interpretação de contratos. 4. Integração de contratos. 5. Produção normativa social. I. Silva, Luis Renato Ferreira da, orient. II. Título.

NATÁLIA INEZ IÓRA

OS USOS NEGOCIAIS E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS:

o conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva.

Aprovada em Porto Alegre/RS, 15 de maio de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva (Orientador)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Cristiano de Sousa Zanetti

Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Gerson Luis Carlos Branco

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Fabiano Mencke

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestranda:

*Para o meu pai, Dr. Celito Avelino Ióra,
meu advogado, meu amigo, meu coração.*

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é uma importante etapa da realização de um sonho.

Eu pude sonhar este sonho graças ao amor e ao exemplo que recebi dos meus pais, Sirlei e Celito, e graças ao convívio com a minha irmã Maria Eduarda e com o meu irmão, hoje também meu anjo, João Luiz.

Eu pude cultivar este sonho graças ao incentivo e ao estímulo recebidos de brilhantes colegas advogados, cujos exemplos colhi, muitas vezes, os observando e os admirando silenciosamente. Entre eles, o Dr. Wilson Barufaldi.

Eu pude realizar este sonho graças a um esforço individual aliado à existência de numerosos e preciosos vínculos. Sendo impossível nominá-los um a um, expressamente agradeço a todos, representados nestes que citados serão:

À minha amiga Elaine Schmitz, por acreditar comigo.

Aos meus Professores Dr. Edmar Viane Marques Daudt e Dra. Adriana Pilati Scheleder, pelo estímulo e auxílio, desde os tempos da Universidade de Passo Fundo.

Aos Professores Dr. Fernando Araújo e Dr. Nuno Trigo dos Reis, pela acolhida na Universidade de Lisboa e por possibilitarem conversas tão ricas sobre este tema, sobre a academia e sobre a vida.

Ao Professor Dr. Antônio Pinto Monteiro, pelo exemplo de dedicação à carreira acadêmica que conheci em enriquecedor encontro na Universidade de Coimbra.

Ao Professor Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch, pela contribuição que ofereceu.

Aos colegas e amigos do Instituto de Estudos Jurídico-Empresariais, por tantos encontros frutuozos.

Aos meus sócios, Dr. Wilson, Alexandre, Cristiano e Luís, e a toda a equipe Barufaldi Advogados, com quem eu tenho a honra de trabalhar e de aprender todos os dias, há uma década, e a quem agradeço o precioso auxílio prestado durante este processo.

Aos Professores e colegas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelos ensinamentos, exemplos, debates e auxílios que seguem me proporcionando. Entre eles, o Professor Dr. Gerson Luís Carlos Branco e o amigo Alexandre Barufaldi.

Aos Professores Dr. Gustavo Haical e Dr. Fabiano Mencke, pelas valiosas contribuições no exame de qualificação, que revelaram não só uma leitura técnica e profunda desta dissertação, como o destacado conhecimento jurídico e a intensa dedicação acadêmica.

Com o merecido destaque, um agradecimento especialíssimo ao meu Professor Orientador e meu grande exemplo, Dr. Luís Renato Ferreira da Silva, pelas brilhantes aulas, pela cuidadosa orientação e pela confiança no meu trabalho, sem a qual, definitivamente, não teria sido possível a gratidão por este momento.

RESUMO

O estudo analisa e sistematiza tecnicamente a atuação dos usos negociais não só enquanto pautas interpretativa e integrativa dos contratos empresariais como, também, especificamente, um elemento objetivo formador de obrigações contratuais empresariais em decorrência da repetição de condutas negociais, daqueles que exercem a empresa, praticadas habitualmente, com intuito de padronizar as relações, de reforçar a confiança e de estabilizar as expectativas. A pesquisa tem como objetivo estudar os usos negociais, diferenciando-o dos demais relevantes elementos consuetudinários, abordando o seu conteúdo e o seu alcance no processo contratual empresarial. Serão identificadas e analisadas as funções desempenhadas pelos usos negociais nos seus diferentes papéis – *hermenêutico, integrador e normativo* – ainda que não se possa, em variadas situações, categorizá-los *a priori* em apenas uma dessas dimensões. O objetivo específico deste estudo é investigar a extensão e a relevância da atuação dos usos negociais em relação aos contratos, em especial no contexto empresarial, buscando investigar eventuais critérios para a aferição de juridicidade vinculante ao poder normativo social. Mesmo diante do princípio constitucional da reserva legal, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho revela as vantagens e até mesmo a necessidade da (re)valorização dos usos negociais, os quais podem, inclusive, predominar – ainda que apenas materialmente – à lei, em determinadas situações, sem, contudo, descurar da primazia da intenção das partes.

Palavras-Chave: Usos Negociais. Contratos Empresariais. Interpretação. Integração. Produção normativa social.

ABSTRACT

This study analyzes and technically systematizes the trade usage practices not only as an interpretative and integrative guideline of business contracts, but also specifically as an objective element that shapes business contractual obligations as a result of the repetition of business conducts by those who run the company in order to standardize relations, strengthen trust and stabilize expectations. The research aims to study the concepts of the most relevant customary institutes, addressing their content and their scope in the formation, development and compliance of business contracts, as well as to explore what the functions of trade usages are in their different roles - *hermeneutic*, *integrative* and *normative* - although it is not possible, in various situations, to categorize them *a priori* in only one of these dimensions. The specific objective of this study is to investigate the extent and relevance of the trade usage practices in relation to contracts, especially in the business context, seeking to investigate any criteria to measure the legality binding on social regulatory power. Even in view of the constitutional principle of the legal reserve, in force in the Brazilian legal system, the work reveals the advantages and even the need for trade usage (re)valorization, which may even predominate - albeit only materially - to the law in certain situations, without however neglecting the primacy of the parties' intention.

Keywords: Trade Usages. Business Contracts. Interpretation. Integration. Social normative production.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
ACiv.	Apelação Cível
AgRg	Agravo Regimental
Amm.	Administrativo
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Atual.	Atualizado
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil da Alemanha)
c/c	combinado com
Cass.	<i>Cassazione</i>
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
Cf.	Conforme; conferir
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias)
Civ.	Civil; Cível; <i>Civile</i>
Cod.	<i>Codice</i>
Comm.	<i>Commercial</i>
Coord.	Coordenador(a) de obra coletiva
Des.	Desembargador
Desa.	Desembargadora
Dir.	Direito; <i>Diritto</i>
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DNRC	Departamento Nacional do Registro do Comércio
Dr.	Doutor
Dott.	<i>Dottore</i>
ed.	edição; editor(a)
e.g.	<i>exempli gratia</i>
Fall.	<i>Fallimentare</i>
Fin.	<i>Finanza</i>

G.V.	Getúlio Vargas
ICC	International Chamber of Commerce
<i>Incoterms</i>	<i>International Commercial Terms</i>
JUCERGS	Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul
L.	<i>Law.</i>
LGDJ	<i>Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence</i>
LINB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
Mina.	Ministra
Mod.	<i>Modern</i>
n.	número
Org.	organizador; organizadora
Orgs.	organizadores; organizadoras
p.	página
p.e.	por exemplo
Proc.	<i>Processuale</i>
Prof.	Professor
Rass.	<i>Rassegna</i>
Rel.	Relator
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rev.	Revisado; <i>Review</i>
R.I.E.J.	<i>Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques</i>
Riv.	<i>Rivista</i>
Séc.	Século
Sez.	<i>Sezioni</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
T.	Turma; tomo
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Trib.	<i>Tributi</i>
Trim.	<i>Trimestrale</i>
Trad.	Tradutor(a)
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT	<i>Institut International pour l'unification du Droit Prive</i>
USP	Universidade de São Paulo
v.g.	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	15
1	A INTERPRETAÇÃO DOS USOS NEGOCIAIS E OS CONTRATOS	23
1.1	O CONTEÚDO DOS USOS NEGOCIAIS	23
1.1.1	Os elementos consuetudinários: usos e costumes e conceitos correlatos	24
1.1.2	Os usos negociais: objeto e pauta de interpretação	35
1.2	AS FUNÇÕES DOS USOS NEGOCIAIS	42
1.2.1	A dimensão hermenêutica.....	44
1.2.1.1	A interpretação	44
1.2.1.2	A interpretação-integrativa.....	55
1.2.1.3	A (pré-)compreensão	60
1.2.2	A dimensão integradora.....	63
1.2.2.1	Remissão legal geral.....	67
1.2.2.2	Remissão legal específica.....	69
1.2.3	A dimensão normativa	75
1.2.3.1	Normatização genérica: o direito espontâneo como fonte de Direito	76
1.2.3.2	Normatização específica.....	79
1.2.3.3	O pré-contexto	81
1.3	O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RECEPÇÃO DOS USOS NEGOCIAIS	84
1.3.1	O princípio constitucional da reserva legal e os usos negociais	85
1.3.2	Os usos e a boa-fé: além da coexistência textual do artigo 113 do Código Civil	90
1.3.3	A insuficiência e a ineficiência da legislação e da pressuposição	92
1.3.3.1	(In)completude legislativa: o enfraquecimento da pretensão de totalidade	93
1.3.3.2	(In)completude contratual: a inexistência da totalidade da pressuposição.....	96
1.3.4	(Novos) Caminhos: produção normativa social.....	100
2	O PODER SOCIAL DE PRODUÇÃO NORMATIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	101
2.1	OS USOS NEGOCIAIS NO ESPAÇO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	102
2.1.1	Autodeterminação, autonomia e liberdade	103
2.1.2	Os limites à autonomia privada e a sua atuação no panorama negocial.....	110
2.1.3	A circularidade entre os usos e a autonomia privada	114

2.2	A JURIDICIZAÇÃO DA ROTINA NEGOCIAL EMPRESARIAL.....	117
2.2.1	A atuação e os efeitos dos usos negociais nos contratos empresariais	118
2.2.1.1	Dos usos negociais ao tipo contratual	119
2.2.1.1.1	<i>A tipicidade social como expressão dos usos negociais</i>	<i>120</i>
2.2.1.1.2	<i>Dos usos negociais ao tipo contratual legal</i>	<i>125</i>
2.2.1.2	Dos usos negociais ao desuso.....	129
2.2.1.3	Dos usos negociais à transnacionalização autônoma: lex mercatoria	129
2.2.2	A prova dos usos negociais	134
2.2.3	Os critérios ou elementos para a aferição de juridicidade ao poder normativo social	142
2.2.3.1	A prescritibilidade e a imperatividade dos usos negociais: autoridade para direcionar e/ou impor condutas contratuais	146
2.2.3.2	Os usos negociais como elemento objetivo com poder de criar, modificar e extinguir obrigações contratuais empresariais	160
2.3	OS LIMITES DA PRODUÇÃO NORMATIVA SOCIAL: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INCIDÊNCIA	163
2.3.1	O conflito entre diferentes usos negociais	164
2.3.2	O conflito entre usos negociais e outros elementos consuetudinários.....	167
2.3.3	O conflito entre os usos negociais e a lei	168
2.3.4	A primazia da intenção das partes.....	172
	CONCLUSÃO	177
	REFERÊNCIAS	184
	JULGADOS	199

INTRODUÇÃO

O sistema múltiplo e plurifacetado das relações humanas – sejam elas sociais ou transmutadas à posição de relações jurídicas¹ – está em constante movimento e reclama do Direito, em especial, do Direito Contratual, soluções e tutelas variadas. A sociedade está cada vez mais dinâmica. O indivíduo, em especial aquele que exerce a empresa, está, a todo instante, a contrair as mais diferentes e complexas obrigações.

Os contratos prolongam-se no tempo e espraiam-se no espaço. Há uma rede de conexões criando, a todo instante, um novo mundo contratual, complexo e dinâmico, que não cabe mais na redução formalista do conceito clássico. São infinitas e imprevisíveis as possibilidades, o que exige do Direito muito mais do que o positivismo legalista tem a oferecer.

Na dinâmica de mercado atual, o Direito – e, em especial, o Direito Comercial –, buscando atender às necessidades de padronização das relações jurídicas, de estabilização das expectativas e de reforço à confiança dos indivíduos e, ainda, como fator de segurança à tutela jurídica, rende-se à (re)valorização dos *usos e costumes*.²

Os usos e costumes, nas suas mais variadas concepções, com todas as peculiaridades inerentes a cada uma delas, muito antes, e já quando o Direito Civil e o Direito Comercial possuíam ordenamentos e diplomas jurídicos próprios e independentes, exercem diferentes e, em maior ou menor grau, importantes papéis no Sistema Jurídico Brasileiro.

Ao longo da história, os usos passaram por diversos momentos. Desde quando eram reconhecidos como fontes primárias do Direito, sendo tomados, inclusive, como fontes ancestrais em relação às demais, até os dias de hoje, os usos e costumes deparam-se com diferentes medidas e exercem diferentes funções.

¹ As relações jurídicas, segundo Emílio Betti, têm o seu substrato em relações sociais anteriormente existentes e, até mesmo, estranhas à ordem jurídica. Tais relações não são criadas pelo Direito, mas, sim, encontradas, previstas e orientadas, de acordo com qualificações e valorações normativas. (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008).

² O objeto deste estudo são os *usos negociais* aos quais será atribuído específico e determinado significado, oportunamente. As principais e necessárias distinções com elementos afins serão abordadas. Por ora, cabe a ressalva de que a utilização da expressão *usos e costumes* é, aqui e em poucas passagens próximas, proposital, pois se está, justamente, remetendo aos fenômenos consuetudinários em geral, de forma mais ampla, portanto, do que o corte metodológico adotado nesta dissertação.

A consagração dos usos e costumes deu-se no Direito Comercial, o qual é reconhecido por ser eminentemente consuetudinário.³ O Código Comercial Brasileiro, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, previa, em diversos dispositivos,⁴ a remissão aos usos e a sua aplicação. O espírito liberal que inspirava a disciplina das relações comerciais no Brasil procurava incrementar o tráfico mercantil com esses dispositivos, ao lado da previsão expressa de criação de Tribunais de Comércio, cuja composição contava com deputados-comerciantes, eleitos por seus pares.⁵

Sobreveio o Código Civil de 1916, Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916, o qual carregava, em seu último dispositivo⁶, a revogação expressa dos usos e costumes concernentes às matérias de direito civil nele reguladas.

Assim, se algumas relações jurídicas já se alimentaram do protagonismo dos usos e costumes, ao menos na seara das relações comerciais, na qual tinham forte relevância e aplicação, não mais o fazem. O conteúdo e o alcance dos usos passaram a ser designados para um papel bem mais restrito: o de critério hermenêutico. Passaram, assim, a ser aplicados na interpretação e, no máximo, na integração, das leis e dos contratos.

Os usos e costumes foram relegados ao papel de *fonte subsidiária* do direito. A declaração legalista estampada no artigo 5º, II, da Constituição da República Federativa do

³ “Diz-se, mesmo, que o direito comercial é eminentemente consuetudinário. Ora, se a lei comercial silencia, nada mais lógico do que recorrer a esse viveiro, aos usos, a expressão mais direta da prática do comércio”. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1, p. 172).

⁴ O art. 130 do Código Comercial previa que “as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”. Ainda, o art. 131, do mesmo diploma, previa que “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; [...]”. O art. 132, por sua vez, previa que “se para designar a moeda, peso ou medida, se usar no contrato de termos genéticos que convenham a valores ou quantidades diversas, entender-se-á feita a obrigação na moeda, peso de medida em uso nos contratos de igual natureza”. O art. 133 previa que: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”. (BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850).

⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72-73.

⁶ Art. 1.807 do Código Civil de 1916: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”. (BRASIL, Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916).

Brasil,⁷ e um quimérico propósito de segurança jurídica, que seria alcançado a partir da uniformização legislativa das relações negociais, nas diversas regiões dos estados ou do país, enfraqueceram a força dos usos.

Contudo, a redução do Direito à mera legalidade acarreta graves prejuízos, pois, além da perda do papel central do jurista em detrimento do legislador político, conforme destacou Paulo Grossi, há o enrijecimento do saber jurídico, que acaba se tornando menos sensível ao fluxo histórico-social. Nesse *absolutismo jurídico*⁸, como chamou o autor, o Direito estava associado à vontade do legislador, perdendo a sua dimensão dinâmica e dúctil.

Atualmente, a velocidade e a conectividade das relações comerciais impedem que mesmo o mais eficiente e completo Poder Estatal consiga acompanhar o ritmo com que se formam, desenvolvem-se e se extinguem as obrigações entre os sujeitos.⁹ O fato é inconteste: o Poder Estatal de normatização não acompanha no tempo – *seja por não ser capaz de regular em tempo todas as hipóteses, seja por ficar obsoleto num piscar de olhos* – e não acompanha no espectro – *eis que é impossível antever todas as variáveis e condicionantes de uma relação, por mais simples que ela seja* – o processo obrigacional.

Mesmo as partes contratantes são incapazes de antever todas as variáveis e condicionantes de uma relação contratual. A pressuposição – seja legal, seja contratual – é insuficiente e, muitas vezes, ineficiente. O sujeito, ao contratar, não pode e, em determinados casos, sequer pretende prever e regular todas as possíveis vicissitudes contratuais.

A necessidade de segurança jurídica e de previsibilidade no espectro contratual, especialmente em um sistema jurídico no qual vige a liberdade para contratar modelos atípicos,¹⁰ somada à atual, e cada vez maior, complexidade das relações entre os sujeitos,

⁷ Art. 5º, II, CF: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil).

⁸ GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998. Paolo Grossi destaca que o jurista deve desempenhar um papel renovado e intenso, desfrutando de todas as potencialidades da interpretação. A tarefa é interpretar a norma oficial e formal à luz dos sinais dos tempos, sendo o intérprete o “[...] insubstituível mediador entre a imobilidade do texto e a mobilidade da sociedade, herdeiro legítimo do *iurisperitus* romano e medieval como também do *common lawyer*”. (GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico [ou: da riqueza e da liberdade do historiador do Direito]. **Revista GV**, v. 1, n. 2, p. 199-200, jun./dez. 2005).

⁹ As referidas rapidez e complexidade das relações fazem esse processo acelerar e dinamicizar-se a ponto de torná-la tarefa impossível diante da insuficiência e da ineficiência da lei e da pressuposição. Abordar-se-á o tema em outro momento.

¹⁰ O artigo 425 do Código Civil dispõe: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

amplia a necessidade de aprofundar os estudos e debater acerca da atuação dos usos negociais no processo de formação, de desenvolvimento e de cumprimento dos negócios jurídicos.

A compreensão do processo de formação de um negócio jurídico e da sua interpretação são indispensáveis à revelação de quais efeitos jurídicos concretos ele produz.¹¹ Inexoravelmente unidos a esse processo, encontram-se os usos e costumes.

O atual Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, revogou expressamente as disposições do Código Comercial. Por outro lado, em seu conteúdo e em sua metodologia¹², foi aberto espaço à aplicação dos usos na interpretação dos negócios jurídicos, com a previsão expressa do artigo 113. Esse espaço, entretanto, não tem sido explorado em sua máxima potencialidade.

Os usos estão atualmente estampados, ao lado da boa-fé, no artigo 113 do Código Civil, que prevê: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Judith Martins-Costa alertou que grande parte da doutrina não tem retirado dessa união toda a sua “força hermenêutica”.¹³ Outros dispositivos do Código remetem à aplicação dos usos e costumes como forma de integração dos contratos. Contudo, não há previsão expressa acerca do seu potencial de produção normativa.

A necessidade de identificar os limites da atuação dos usos negociais e como o Direito os recepciona, por si só, justifica a relevância da investigação da temática, a qual se revela, também, na necessidade de se maximizar¹⁴ a função de tais fenômenos na Ordem Jurídica e, em especial, a sua função no que concerne aos contratos empresariais.

¹¹ DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941. p. 6.

¹² Para Judith Martins-Costa, a concepção culturalista do Código Civil de 2002 teria aberto espaço para a manifestação do poder social e para o alargamento do campo de atuação dos usos e costumes, inclusive como modelo consuetudinário prescritivo. MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 16.

¹³ Idem. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 474.

¹⁴ Segundo Tullio Ascarelli, “os institutos jurídicos devem ser lançados de modo a funcionar efetivamente, alcançar o seu fim, lançá-lo do modo mais simples e socialmente menos custoso.” (ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 220).

As necessidades da prática das transações comerciais demandam uma agilidade maior do que as normas de origem exclusivamente legislativa podem fornecer, e a importância dos usos, assim, é, nessa área, ainda mais percebida. O Direito Empresarial é permeado por institutos que não estão regulados pela lei ou cujas leis tratam apenas de seus aspectos gerais, dependendo, pois, de outros elementos para que as relações jurídicas sejam devidamente tuteladas¹⁵.

As características específicas dos contratos empresariais revelam as razões pelas quais é neste ramo do direito que a atuação dos usos e costumes alcança maior aplicabilidade e acaba desempenhando suas funções mais intensamente. A atividade empresarial é caracterizada pela habitualidade, pela mercancia e pela ductilidade. Portanto, é nela que há uma reiteração maior de condutas negociais praticadas habitualmente em determinado espaço e tempo, com determinado conteúdo. Ou seja, mais comumente usos negociais se formam e mais comumente tais usos se aplicam.

Basta se considerar que os contratos civis, ao contrário dos contratos empresariais, são, em geral, episódicos. Não é à toa que, no preço da compra e venda, por exemplo, o artigo 488 do Código Civil¹⁶ prevê que, se for convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao *preço corrente nas vendas habituais do vendedor*. E, ainda, o parágrafo único prevê que, na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o *termo médio*. Quem pratica vendas habituais é, normalmente, aquele que exerce a atividade empresarial. Em um contrato civil, por certo, seria difícil configurar um *preço corrente nas vendas habituais*, eis que não há habitualidade nas compras e vendas entre civis e não há, então, preço de *vendas habituais*.

A própria índole das relações mercantis, marcada pela prevalência de objetivos econômicos, pela flexibilidade e variabilidade de operações e pela despreocupação com

¹⁵ VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: *Commercianti*. p. 64-65.

¹⁶ O Art. 488 do CC dispõe: “Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

fórmulas força o Direito Privado, mais ligado à atividade dos homens de negócios, a um constante apelo aos usos e costumes.¹⁷

Ocorre que, para tanto, os próprios usos carecem, e muito, de interpretação,¹⁸ especialmente porque não mereceram a devida atenção no Código Civil vigente e são timidamente utilizados como razão de decidir nos tribunais brasileiros.

A interpretação dos usos negociais e a sua aplicação na interpretação dos negócios jurídicos, em um movimento de circularidade interpretativa, é parte da proposta desta investigação. Assim, são pressupostos do objetivo deste trabalho compreender: (i) como os usos negociais estão sendo ou devem ser interpretados; (ii) como esses usos são aplicados na interpretação dos contratos; (iii) qual é o limite da atuação e da aplicação dos usos negociais pelo intérprete, e, ainda, (iv) como os usos negociais se conectam com a pré-compreensão e com a contextualização inerentes aos processos hermenêutico e integrativo.

Interpretando-se os usos negociais, diversas questões emergem a completar a perspectiva de análise deste estudo e a alcançar o seu objetivo específico, ou seja: investigar se os usos negociais, além de pautas interpretativa e integrativa dos contratos empresariais, podem ou não atuar, especificamente, como um elemento objetivo formador de obrigações contratuais empresariais em decorrência da repetição de condutas negociais daqueles que exercem a empresa.

Dentre as questões que buscam, então, explorar o conteúdo e o alcance dos usos negociais no processo contratual, objetiva-se responder: (i) os usos negociais ultrapassam a função hermenêutica que o Ordenamento Jurídico Brasileiro lhes atribui no art. 113 do Código Civil? (ii) os usos negociais podem criar, modificar e/ou extinguir obrigações contratuais empresariais? (iii) os usos negociais criam tipos contratuais sociais ou são por esses configurados? (iv) como o Direito observa e responde aos conflitos¹⁹ entre a lei e os

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 316.

¹⁸ Cabe o quiasmo para retratar o duplo fio condutor deste estudo: a interpretação dos usos negociais e a aplicação dos usos negociais para a interpretação do contrato.

¹⁹ Ou, usando questionamento de Rodrigo Octávio Broglia Mendes, e se o conflito se estabelecer entre “ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica ‘privada’, como o da *lex mercatoria*?”. (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29). Ainda que a abordagem do autor seja acerca da *lex mercatoria*, que abarca fenômeno para além de um direito costumeiro interno, vale a referência a essa trazendo-a à ótica de ser, também, ordem privada e ensejar semelhante desafio conflitivo. Acerca da *lex mercatoria*, vide subparágrafo 2.2.1.3.

usos negociais, especialmente em um sistema legalista? (v) qual é o limite da atuação e da aplicação dos usos e costumes pelo intérprete e como tais limites afetam, minimizam ou propulsionam a autonomia privada e a intenção das partes? (vi) seria possível elencar critérios objetivos a conferir juridicidade à rotina contratual empresarial? (vii) os usos negociais são comandos diretivos, prescritivos ou impositivos de condutas?²⁰

Todos esses questionamentos são desdobramentos de uma mesma temática: o conteúdo, as funções e o alcance dos usos negociais no processo contratual.

Para desenvolver o tema e buscar possíveis respostas a esses questionamentos, de forma a adquirir os “horizontes”²¹ necessários para, quiçá, propor uma melhor sistematização e ampliação da função e da aplicação dos usos nos contratos empresariais, foi traçado um caminho lógico e estrutural. Esse caminho se divide em duas partes.

A primeira parte do presente estudo analisa e interpreta o instituto²² dos usos negociais, desde o seu conteúdo, passando pelas funções que desempenha, especificamente, nos contratos empresariais, até a averiguação da sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se com a análise distintiva e, ao mesmo tempo, correlacional entre os usos e costumes e os demais elementos consuetudinários que com eles se entrelaçam, para permitir a delimitação do objeto da pesquisa. Passa-se à identificação dos critérios do processo de reconhecimento dos usos negociais. Avança-se para a investigação das diferentes funções que os usos negociais desempenham na ordem jurídica brasileira, em especial, na sua aplicação nos contratos empresariais. Abordar-se-á, especificamente, a atuação dos usos negociais nos processos de (i) interpretação, objetiva e integrativa, (ii) integração, e (iii) normatividade. No

²⁰ A abrangência dos questionamentos que emergem do objeto deste trabalho justifica-se, eis que a extensão de abordagem é dissertativa.

²¹ “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 400).

²² Abordam-se os usos negociais, na presente dissertação, como verdadeiro *instituto jurídico*, o que se justifica pela sua própria essência. A abordagem está conceitualmente adequada à acepção com que a palavra é utilizada neste trabalho. Nesse sentido, segundo Lipari, o *instituto jurídico* é dotado de uma disciplina sistematicamente organizada. (LIPARI Nicolò. **Le Categorie del Diritto Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2013). Miguel Reale afirma que um *instituto jurídico* representa uma estrutura normativa complexa, mas harmônica e homogênea, formada pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a dada esfera da experiência jurídica. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 190-191). Assim, partindo-se da definição adotada e da sistematização ora proposta, neste trabalho, refere-se, tal como o faz Cesare Vivante, aos *usos* como instituto jurídico. (VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: Commercianti, p. 51).

último capítulo da primeira parte, o fenômeno da nomogênese social será investigado e revelado, para que se possa adentrar no objetivo específico desta pesquisa.

Feitas as necessárias incursões acerca do universo dos usos negociais, a segunda parte deste estudo investigará o alcance do seu poder de produção normativa nos contratos empresariais. Analisa-se, então, se as relações comerciais quotidianas, reiteradamente praticadas por aqueles que exercem a empresa, são dotadas de função normativa, bem como, se todas as formas de atuação dos usos negociais são compatíveis com o ordenamento jurídico, em especial, com a autonomia privada. Por fim, competirá a investigação acerca da juridicização das rotinas contratuais empresariais e se essa juridicização se dá a ponto de conduzir os usos negociais de elementos interpretativos e integrativos, para elementos objetivos de criação, modificação e extinção de obrigações contratuais empresariais.

A presente pesquisa utilizou-se do método de abordagem dialético, eis que se trata de formulação e legitimação ou não da hipótese apresentada, mediante análise de diferentes abordagens acerca do tema. De outra feita, é a compreensão histórica do direito que conforma a metodologia de procedimento utilizada para a elaboração desta pesquisa. O método histórico possibilitará a análise do aparecimento de determinadas correntes doutrinárias à passagem para novos fundamentos. O instituto poderá, assim, ser devidamente posto em relação à evolução gradativa e dinâmica das relações jurídicas.

Que este estudo, cujo (re)pensar, certamente, há de seguir vívido, sirva de estímulo à identificação e à análise técnica e sistematizada do instituto, contribuindo para estruturar os limites da aplicação dos usos negociais nos contratos empresariais, de modo que se possa, a partir desta experiência, encontrar um modelo teórico que promova os valores e os princípios que orientam a concretização do ordenamento jurídico no cenário econômico-jurídico atual.

1 A INTERPRETAÇÃO DOS USOS NEGOCIAIS E OS CONTRATOS

Os usos negociais – além de serem pautas orientadoras para a interpretação dos contratos, como este estudo oportunamente abordará – de fato, carecem, eles próprios, de interpretação e reclamam investigação acerca de seu conteúdo, das suas funções e de seu alcance no processo contratual.

No cenário traçado para a abordagem do tema, deve-se, então, em primeiro plano, analisar como interpretar os usos negociais: o que são, como surgem, como se manifestam, como se diferenciam de outros institutos e fenômenos a ponto de se independizar, como devem, enfim, ser interpretados. Essa tarefa é necessária para, por conseguinte, investigarem-se a aplicação e as funções de tais fenômenos no processo contratual, em especial, o empresarial.

1.1 O CONTEÚDO DOS USOS NEGOCIAIS

A expressão *usos negociais*²³ é entrelaçada a outros conceitos que com ela se conectam, mas sem sinonímia. Fundamental, assim, a distinção²⁴ entre tais conceitos, os quais, de certo modo, partem, em maior ou menor grau, dos usos e dos costumes (considerados, no presente estudo, *lato sensu*), para possibilitar a adequada qualificação e, conseqüentemente, a interpretação do instituto que é, por ora, o objeto.²⁵

A distinção entre conceitos é, pois, tarefa que, além de delimitar os significados na linguagem jurídica, permite alcançar a qualificação, determinando, portanto, a eficácia

²³ Nem por isso se pode afastar da análise as diversas expressões utilizadas pela doutrina, pela jurisprudência e pela legislação vigente. Para Marcos de Campos Ludwig, parece despida de significado maior a distinção entre *usos normativos* e *usos negociais*, o que, oportunamente, será refutado. (LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 116). Nesse sentido, também, PAVONE LA ROSA, Antonio. *Consuetudine (usi normativi e usi negoziali)*. In: **ENCICLOPEDIA del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9. Disponível em: <[http://davidelaurino.altervista.org/A.%20Pavone%20La%20Rosa%20-%20v.%20Usi%20normativi%20e%20usi%20negoziali%20\[ED,IX\].pdf](http://davidelaurino.altervista.org/A.%20Pavone%20La%20Rosa%20-%20v.%20Usi%20normativi%20e%20usi%20negoziali%20[ED,IX].pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2018. p. 521 et seq.

²⁴ Judith Martins-Costa afirma “A dogmática jurídica seria inútil se indiferente fosse à técnica das distinções”. E, adiante, segue: “A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado ‘raciocínio jurídico’; é sua ‘operação primeira’”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 259).

²⁵ Tullio Ascarelli afirma: “Tutores da justiça são os juristas, também técnicos, engenheiros que devem construir e aplicar determinados instrumentos para alcançar determinadas soluções e alcançá-las com o menor custo possível; [...]”. (ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 220).

jurídica de certas palavras, especialmente quando se está diante de termos ou expressões semanticamente vagas.²⁶

1.1.1 Os elementos consuetudinários: usos e costumes e conceitos correlatos

A análise e a distinção dos diversos elementos consuetudinários presentes no ordenamento jurídico brasileiro permitirão a definição dos institutos e a extensão de cada um deles, ressaltando, desde já, que não há, na doutrina ou na jurisprudência, univocidade a esse respeito.

Dentre os elementos consuetudinários correlatos às mais variadas relações humanas ou construídas pelos humanos – *não necessariamente jurídicas ou ainda não juridicizadas* –, muitas figuras se tocam. Os usos de diferentes tipos, os costumes propriamente ditos, as circunstâncias do caso, a natureza do negócio e as práticas negociais são os exemplos que mais interessam ao presente estudo, ou por lhe ser objeto direto ou por guardar com ele estreita, ainda que indireta, relação.

Em todos esses elementos, está marcadamente selada a presença de fatores externos, quotidianos, representativos de condutas habituais e repetitivas ou, minimamente, elementos objetivos externos ao contrato. Imprescindível a diferenciação e a pontuação da atuação específica de cada um dos elementos quando postos em relação aos usos negociais:

(i) Costume

A expressão *costume*²⁷ em seu *lato sensu* poderia nela abarcar diversos institutos os quais, ainda que com contornos pouco sistematizados, vão permeando o Direito. Conceitos, como visto, não uníssonos, para uma mesma raiz fenomenológica.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Ajustado com o CADE. Critérios da Interpretação Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, p. 87-126, out. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document/retrieval?&docguid=If9235060f25411dfab6f01000000000&0.15713929757475853>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁷ “Os costumes são adotados livremente, mas não criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 372). O termo “tradição”, por vezes utilizado como sinônimo de “costume”, expressa, portanto, algo mais, algo que lhe antecede ou que, numa relação de pertinência-continência,

O *costume* propriamente dito é definido, comumente, como determinada prática social intensa, que se repetiu e que se repete ao longo de diversos anos, de forma reiterada²⁸, vinculando um determinado grupo ou uma dada comunidade que a conhece e a reconhece como tal, e que, portanto, recorrem àquela conduta *costumada e acostumada*, para pautar o seu comportamento. Os costumes são, assim, elemento constitutivo de um determinado grupo. Por isso, é quase unanimemente conceituado como uma *prática social reiterada (corpus)*, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade (*opinio iuris*).²⁹

A doutrina destaca a necessidade de preenchimento de alguns requisitos pré-determinados para a configuração de um costume. São eles, basicamente, a temporalidade, a vinculatividade e o reconhecimento da sociedade ou do grupo ao qual ele está ligado.³⁰

Há entendimento no sentido de que o *costume* é revelado pela presença de dois elementos: o uso (no sentido de prática social reiterada) e a convicção de obrigatoriedade.³¹ Assim, se não existe esse elemento espiritual da *opinio iuris vel necessitatis*, o termo a utilizar seria, simplesmente, *uso* (também referido como *costumes de facto* ou *meros usos*). O costume contrapor-se-ia aos “simples usos”, que não precisariam ser acompanhados da *opinio iuris vel necessitatis*, elemento preciso do costume que o uso não teria.³²

estabelece-se *frente ao costume*. Tudo aquilo que se pratica como hábito, como uso e como costume constrói a tradição, que é em si própria o fundamento da sua validade. A tradição, mais ampla, portanto, não constitui o objeto do presente estudo.

²⁸“La ripetizione degli atti deve essere costante e generale. La generalità va intesa avendo riguardo all’ordinamento sociale nel qual la consuetudine è sorta. Una norma consuetudinaria si pone come giuridica quando è praticata ed è sentita come tale dai soggetti che partecipano di quell’ordinamento sociale”. Tradução nossa: A repetição dos atos deve ser constante e geral. A generalidade deve ser entendida tendo em conta a ordem social em que o costume surgiu. Uma norma consuetudinária é juridicizada quando é praticada e é sentida como tal pelos sujeitos que participam dessa ordem social. (CARBONE, Carmelo. **La consuetudine nel diritto costituzionale**. Padova: Antonio Milani, 1948. p. 8).

²⁹ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 563. O autor expõe que “mais decisivo do que a convicção de obrigatoriedade, é o sentimento de que, com o incumprimento do costume, se frustrou uma expectativa equiparável a um direito (*intentio fundata*); tais são os elementos que devem ser ponderados para a classificação como jurídica de uma norma consuetudinária”. (Ibidem, p. 563).

³⁰ Ricardo Luiz Lorenzetti faz referência a três elementos identificáveis no costume: (i) a repetição homogênea; (ii) o elemento subjetivo da consciência da obrigatoriedade; (iii) sanção pelos mesmos integrantes do grupo. (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 55). Marcos de Campos Ludwig afirma, ainda que sem sistematização, que os requisitos seriam a repetição de atos em um mesmo sentido, a longa duração do hábito, a convicção da juridicidade do uso (*opinio necessitatis*) e a racionalidade do costume. (LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48).

³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I**: conceito, fontes, formação. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 64.

³² Esse entendimento é assaz presente no Direito Português, em especial, pela interpretação do previsto no Código Civil Português, no qual está previsto no art. 3º, acerca do “valor jurídico dos usos”, que “1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”. E,

Muitos doutrinadores apontavam e ainda apontam que o que diferencia os *costumes* dos *usos* é a convicção de obrigatoriedade, elemento que não estaria presente nesse último. Orlando Gomes, por exemplo, afirma que a *opinio necessitatis* é o elemento que serve para distinguir o costume de outras regras de conduta e de práticas ou hábitos que não correspondem a uma necessidade jurídica.³³ Poder-se-ia, nesse sentido, afirmar que os costumes seriam usos (práticas reiteradas) somados ao sentimento de obrigatoriedade. Essa conceituação é aceita e repetida há muitos anos.

Outra corrente, contudo, destacava a existência de um círculo vicioso nessa distinção baseada na convicção de obrigatoriedade, já que seria o mesmo que afirmar que o costume não se forma senão com a *opinio iuris*, mas, por outro lado, a *opinio* somente nasce quando o costume está formado.³⁴

Com o passar dos anos, parte da doutrina equiparou as expressões. Embora parte da doutrina e da jurisprudência, de fato, não diferencie os termos *costume* e *usos*³⁵ ou os utilize – o que é ainda mais comum – na sua expressão coligada, *usos e costumes*³⁶, percebe-se, a partir da análise de diversas formas de conceitualização, mais adequada a cisão e a diferenciação entre as palavras. Contudo, a distinção entre os conceitos não parece estar na *presença ou não* do elemento da *opinio iuris atque necessitatis*, mas sim, em outros fundamentos fático-jurídicos.

ainda, no n. 2 do mesmo artigo, está previsto que “2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos”. (VERA, Miguel Ángel Encabo. O costume e os usos como fonte de direito de autor Espanha e Portugal. In: VICENTE, Dário Moura et al. [Coord.]. **Estudos de direito intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária**. Coimbra: Almedina, 2015. p.451-452).

³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 43.

³⁴ MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. Itália: Giuffré, 1957. v. 1, p. 107.

³⁵ Galgano não diferencia usos e costumes. (GALGANO, Francesco. **Instituzioni di Diritto Privato**. 8. ed. Padova: CEDAM, 2017. p. 28). No mesmo sentido, sem apresentar distinção, mas conceituando *usos e costumes* de forma sutilmente diferente da proposta por Galgano: MACHADO, Brasília. **O Código Commercial do Brasil em sua evolução histórica**. São Paulo: Siqueira Salles, 1910. p. 264. Em sentido contrário, e fazendo diferentes distinções entre usos e costumes: (CALAMANDREI, Rodolfo. **Gli usi del commercio italiano**. Firenze: Luigi Niccola, 1889. p. 26); (BOLAFFIO, Leone. **Il Codice di Commercio Italiano Commentato**. Padova: Drucker & Tedeschi, 1883. v. 1, p. 2).

³⁶ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135. A autora refere, assim como Brasília Machado, que, antigamente, havia distinção na doutrina entre usos e costumes, sendo o primeiro uma reiteração do ato ou repetição do fato, e o segundo, a norma jurídica desse mesmo fato. Mas que, hoje, essa distinção estaria esquecida e que tanto o uso quanto o costume exprimem uma mesma ideia, de relação jurídica derivada e a reiteração do ato ou do fato jurídico. (MACHADO, op. cit., p. 264). Entendimento que é refutado na presente dissertação. Ressalta-se, contudo, que não se está remontando àquela antiga distinção mencionada pelos autores, mas, sim, parte-se da distinção de conceitos aqui proposta. No ordenamento jurídico brasileiro, não há univocidade conceitual, seja na legislação, seja na doutrina, seja na jurisprudência, conforme se poderá perceber ao longo deste trabalho.

O primeiro deles parece ter proximidade com a corrente que criticava a utilização da *opinio iuris* como elemento diferenciador entre os termos. Basta analisar a formação de um uso para se verificar que, para que ele simplesmente exista (ainda que como *mero uso*), é necessário haver, minimamente, consciência de obrigatoriedade. Caso contrário, ele não se formaria. Entende-se, por conseguinte, que, também no uso, há convicção de obrigatoriedade.

Ademais, o termo *costume* está muito próximo e ainda vinculado ao conceito de *consuetudine* do costume romano.³⁷ O *costume* poderia, *exempli gratia* (e.g.), gerar discussão acerca dos requisitos de determinado número de anos para a sua configuração, requisito que, em se tratando de *usos*, na acepção objeto deste trabalho, pode-se até dizer que é menos rígido, mas não de todo inexistente.

Em outro sentido – mas que também distancia o termo do objeto do presente estudo e, por essa razão, de igual modo, justifica seu afastamento – *costume* está muito mais atrelado às práticas sociais e ao comportamento das pessoas em sentido geral e abstrato,³⁸ do que necessariamente a uma conduta negocial determinada. Mesmo no âmbito comercial, poder-se-ia dizer, no máximo, que é costume, por exemplo, a fácil concessão de crédito, compras parceladas etc., ou seja, um comportamento perceptível e reconhecível pelo mercado, geral e abstratamente.³⁹

³⁷ Assim entende Bolaffio ao explicar a utilização da palavra *usi* e, não, *consuetudine*, no art. 1º do Código Comercial Italiano. Segundo o autor, caso o Código utilizasse essa última palavra, estariam excluídos aqueles usos que não têm preenchidos todos os requisitos dos costumes. (BOLAFFIO, Leone. **Il Codice di Commercio Italiano Commentato**. Padova: Drucker & Tedeschi, 1883. v. 1, p. 2).

³⁸ Nesse sentido, pode-se citar, como exemplo de como os usos e costumes podem se distanciar do objeto deste trabalho, e, mais ainda, distanciar-se muito do mundo contratual, a situação do *caso do acidente de trânsito* em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que é “notório pelos usos e costumes do lugar que a via por onde trafegava era secundária”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível n. 71006562896. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, 2017).

³⁹ Como exemplo, pode-se citar entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (inobstante tenha utilizado a expressão usos e costumes, onde, segundo o conceito ora desenvolvido, seria *costume*) no qual menciona que a concessão de descontos àqueles que adquirem produtos em grande quantidade não discrepa dos *usos e costumes*. *In verbis*: “Com efeito, em decorrência, tem-se que a redução do preço da mercadoria consistia em prática que não discrepa dos usos e costumes verificados nas relações mercantis, em que é usual a concessão de desconto àqueles que adquirem produtos em grande quantidade, não tendo, por si só, o condão de despertar legítima expectativa de direito”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 915.130-RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2012).

O termo *costume*, assim, como adotado neste trabalho, estaria mais para descrever, portanto, um modo de pensar e/ou de agir característico de uma pessoa ou de um determinado grupo social, maior ou menor, podendo remeter, ainda, à cultura de um povo.⁴⁰

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, prevê que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os *costumes* e os princípios gerais de direito”.

No Código Civil vigente, a expressão *costumes* aparece, expressamente, em apenas dois dispositivos, nenhum deles vinculado aos negócios jurídicos; um deles, ao se referir aos *costumes da localidade*, e o outro, a *crimes contra os costumes*.⁴¹

(ii) Bons costumes

A expressão *costumes*, quando adjetivada – *bons costumes* –, assume diferente significação dentro da ordem jurídica e mesmo dentro da sociedade.⁴² Assim, pode-se estar diante de um negócio jurídico celebrado contra os *bons costumes* e necessitará o intérprete aplicar o direito e atribuir ao contrato a consequência jurídica, por exemplo, a sua nulidade.

Em cinco disposições expressas do Código Civil, consta a expressão *bons costumes*.⁴³

⁴⁰ Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o entendimento do TJRS de que houve justificativa plausível para a negativa de ingresso de uma pessoa em baile realizado em centro de tradições gaúchas, pois “é de comezinho conhecimento que os bailes voltados às tradições gaúchas preservam a elegância de vestimentas mais longas às mulheres, valorizando sua compostura perante os demais em detrimento de roupas mais curtas” e que “ao comparecer a evento festivo promovido pelo MTG com traje incompatível com as exigências do convite para ingresso no Fandango, a própria autora deu causa ao constrangimento a que se expôs por conta própria, não podendo pretender tirar proveito econômico dessa postura contrária aos usos e costumes do lugar. APELO DESPROVIDO”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70067571133. Relator: Miguel Ângelo da Silva, 2016). A utilização do termo *costume*, nesse sentido tido como cultura de um povo, aproximar-se-ia, com a amplitude conferida na conceituação, à tradição, a qual, conforme já referido, não é objeto deste estudo.

⁴¹ O artigo 1.297, parágrafo 1º, do CC, prevê “Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com *os costumes da localidade*, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação”. E, ainda, o artigo 1.735, inciso IV, do CC, prevê que não poderão exercer a tutela ou serão exonerados, caso a exerçam, “os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, *contra* a família ou *os costumes*, tenham ou não cumprido pena”. Sem grifo no original. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁴² Abordando especificamente a cláusula geral dos *bons costumes*: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2017.

⁴³ Ao disciplinar os direitos da personalidade, o Código Civil, no artigo 13, prevê: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os *bons costumes*”. No capítulo que trata da condição, do termo e do encargo nos negócios jurídicos, o

Por sua vez, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê, em seu artigo 17, que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os *bons costumes*”.

Ocorre que a lei não especifica, para nenhuma das hipóteses em que tal expressão é utilizada, qual é o real conteúdo dos chamados *bons costumes*. A lei não prevê, portanto, quando um negócio jurídico contraria os *bons costumes*.⁴⁴ Tampouco a lei expressa quais seriam os *bons* e quais seriam os *maus costumes*. Pode-se questionar, a partir daí, *quem avalia* os *bons* ou *maus costumes* e *quais os critérios* que utiliza para tanto. Se houve um tempo em que ao rei era centralizada essa tarefa, mesmo com os abusos daí decorrentes – abuso da função legislativa e monopólio da criação do direito⁴⁵ –, quem hoje a desempenharia sem que os mesmos erros fossem realizados, sem que abusos fossem cometidos ou, mais especificamente, sem que *costumes danosos* venham a prevalecer?

As respostas a esses questionamentos, certamente, aproximam-se de um elemento de consciência e dos valores insertos na própria ordem jurídica. Os próprios *usos e costumes*, sim, até certo modo, ao lado da jurisprudência (ou por ela consagrados), podem vir a conformar aquilo que se qualifica como *bons costumes*. O objeto do presente estudo não compreende essa investigação, embora dela não se possa afastar (por inferência negativa).

Destaque seja dado ao disposto no art. 187 do Código Civil, ao dispor que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

Código Civil, no artigo 122, prevê: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos *bons costumes*; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. Já o artigo 187 do Código Civil dispõe expressamente que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos *bons costumes*”. O artigo 1.336, inciso IV, utiliza a expressão como balizadora da conduta do condômino ao prever, dentre os seus deveres, o de “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos *bons costumes*”. Por fim, a expressão é utilizada no art. 1.638, ao prever, dentre as hipóteses de perda do poder familiar, por ato judicial, ao pai ou à mãe que: “praticar atos contrários à moral e aos *bons costumes*”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁴⁴ Werner Flume, em sua obra “El Negocio Jurídico”, aborda, ao tratar dos negócios jurídicos ilícitos, “el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres”, e afirma que “La Ley no especifica cuándo un negocio jurídico contraviene las buenas costumbres”. (FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. parte general del derecho civil. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992. v. 2, p. 435). E, adiante, afirma: “la indeterminación del concepto de buenas costumbres está en contradicción con el postulado de la seguridad jurídica, que exige que todos sepan qué negocio jurídico puede o no puede realizarse eficazmente”. (Ibidem, p. 436).

⁴⁵ A abordagem do poder do rei na apreciação do costume e dos efeitos daí decorrentes é utilizada, aqui, comparativamente ao Direito Português, conforme abordado por: SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 239.

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos *bons costumes*”. Esse dispositivo pode ser compreendido como uma “cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva”.⁴⁶

Essa previsão legal deixa claro, no ordenamento, que há abuso não apenas quando há a intenção de prejudicar, mas sim quando o exercício de um direito exceder manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa fé e pelos *bons costumes*.

Está, com isso, contida, no mesmo dispositivo legal, a referência a quatro princípios fundamentais do ordenamento: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os *bons costumes*.⁴⁷ Como cláusula geral que é, contudo, depende da boa aplicação por parte da doutrina e da jurisprudência, para compor todo o seu alcance dentro do ordenamento jurídico.

(iii) Circunstâncias do caso

Por sua vez, a expressão *circunstâncias do caso* retrata uma figura também diferente dos usos negociais, apesar de com ele guardar maior relação, eis que diz respeito às práticas que envolvem uma atuação específica. Ressalta-se que, no presente estudo, as circunstâncias do caso que guardam relação com os usos negociais são as utilizadas na acepção de *fatores extratextuais*.⁴⁸

As circunstâncias do contexto situacional referem-se ao ato; as circunstâncias da base do negócio, à sua finalidade. Ambas são exteriores ao negócio, embora pressupostas na sua compreensão e no seu equilíbrio.⁴⁹

⁴⁶ BRANCO, Gerson Luís Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109.

⁴⁷ Ibidem, p. 109. Por sua vez, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, acerca do dispositivo em comento, afirmou que se trata de “regra quase perfeita, que servirá para iluminar todo o Direito Obrigacional no Brasil”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil: obrigações e contratos. **Revista do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, v. 3, n. 9, p. 31, set./dez. 1999).

⁴⁸ Noutro sentido, Carlos Ferreira de Almeida aborda também as circunstâncias intratextuais, dedicando-se a investigar as circunstâncias do texto do contrato (circunstâncias de tempo, de espaço, de eventualidade, de conformidade, de comparação, de fim, de meio), as quais, segundo ele, modelam, circunscrevem ou complementam o núcleo funcional composto pela função eficiente e pela função econômico-social. Tal acepção conferida ao termo *circunstâncias* não é a mesma que ora se aplica. Ressalva seja feita que “a mesma circunstância pode ser tomada como elemento do conteúdo e como meio de interpretação ou de integração e a sua alteração pode influenciar o devir do contrato”. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014. p. 113).

⁴⁹ Ibidem, p. 113.

As circunstâncias do caso, na interpretação contratual, servirão como elementos para a determinação do sentido.⁵⁰ Nessa medida, pode-se dizer que a sua função se aproxima da função hermenêutica dos usos negociais. As circunstâncias estabelecem critérios, modos de raciocínio e argumentação que dão à declaração negocial a significação que esta possui no contexto material.⁵¹

Assim, o intérprete deverá levar em consideração todas as circunstâncias do caso, sob pena de se alterar o sentido da declaração, resultando, possível e provavelmente, em um efeito jurídico falso.⁵²

A expressão *circunstâncias do caso* é mencionada expressamente quatro vezes no Código Civil.⁵³ Outras diversas passagens do diploma referem o termo *circunstâncias*.⁵⁴

A correlação das *circunstâncias do caso* com o objeto do presente estudo está, propriamente, no fato de que essa expressão, assim como *usos e costumes*, reporta ao âmbito concreto dos fatos. Contudo, nas circunstâncias do caso, opera o *singular*, diferentemente dos usos, nos quais opera o *coletivo*.⁵⁵

Entretanto, essa distinção – singular/coletivo – não significa dizer que ambas as figuras são opostas ou, menos ainda, que não possam interagir. Ao contrário. Podem as circunstâncias de um determinado caso ser, justamente, formatadas pelos usos. Em outras palavras: para se investigarem as circunstâncias de um determinado caso, pode ser útil, e/ou

⁵⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014. p. 113.

⁵¹ KIRCHNER, Felipe. **Interpretação Contratual**: hermenêutica e concreção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 214.

⁵² *Ibidem*, p. 282.

⁵³ No capítulo dos bens reciprocamente considerados, o artigo 94 prevê que “Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das *circunstâncias do caso*”. Ao tratar das obrigações de dar coisa certa, o Código Civil dispõe, em seu artigo 233, que “a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das *circunstâncias do caso*”. A respeito da formação dos contratos, prevê o diploma civilista, em seu artigo 427, que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das *circunstâncias do caso*”. Já ao tratar de injúria, difamação ou calúnia, o Código Civil dispõe, em seu artigo 953, Parágrafo único: “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das *circunstâncias do caso*”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁵⁴ Diversas são as referências feitas pelo Código Civil Brasileiro às “circunstâncias” do caso: artigo 24, 74, 111, 133, 138, 151, 156, 311, dentre outros. Analisando esses dispositivos e, ainda, outros relativos às circunstâncias do caso ou do negócio: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 116-128.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 116.

até mesmo necessário, o recurso aos usos e costumes, de modo que esses podem vir a configurar aquelas.

A análise das circunstâncias de um determinado caso, por outro lado, permitirá a verificação da aplicabilidade ou não de determinado comportamento usual, já que aquelas acabam por influir, diretamente, no sentido da declaração de vontade.⁵⁶

(iv) Natureza do negócio

Já, a *natureza do negócio* diz respeito à estrutura e à função que esse desempenha e que somente subsistem se ele próprio as preservar. O Código Civil utiliza a expressão *natureza do negócio* em quatro dos seus dispositivos, todos vinculados ao processo obrigacional.⁵⁷

⁵⁶ Ao abordar as “circunstâncias do caso” e como elas colmatam o próprio sentido da declaração de vontade, Erich Danz traz o apropriado exemplo: “Se entro num restaurante e digo ao criado: ‘Traga-me um bife, fósforos e o jornal’, a palavra ‘traga-me’, que, só por si, significa a condução de uma coisa para junto de nós, muda de sentido conforme a coisa pedida. No primeiro caso, a respeito do bife, significa – segundo o sentido usual no comércio, não segundo os princípios jurídicos – que desejo obter em propriedade uma determinada coisa, o bife, em troca de uma quantia em dinheiro, o preço usual naquela casa. Êste sentido depreende-se do objecto do negócio jurídico; do lugar em que se formula a declaração de vontade, o restaurante, onde é usual, isto é, corrente, normal, que a palavra ‘trazer’, aplicada aos alimentos, tenha êste valor; e, por último, do fim económico que se deduz da declaração de vontade e que esta pretende atingir. Mas para determinar êsse fim económico corrente e normal que a declaração de vontade tem em vista, é necessário olhar, também cuidadosamente, para o objecto da declaração e para o lugar em que ela é feita. A minha vontade, tal como se deduz manifestamente da declaração de vontade, no sentido que lhe damos, não pretende, portanto, em última análise, a simples faculdade de comer o bife no próprio restaurante, mas pretende, ainda, adquirir um direito de propriedade sobre êle, para o comer ali, para o deixar ao cão ou para o embrulhar e levar para casa. Se o criado responde que ‘sim’ ao meu pedido, isso quer dizer, interpretado segundo os usos do comércio jurídico: ‘Obrigame a entregar-te o bife em propriedade, a trôco do preço corrente’. Logo que o criado pronuncia o ‘sim’, nascem para ambas as partes as obrigações jurídicas que correspondem ao sentido da declaração de vontade; ficamos juridicamente obrigados a efectuar as prestações indicadas na nossa declaração de vontade. [...] No segundo caso, em que a mesma palavra ‘traga-me’ se refere aos fósforos, aquire – sempre em relação com o objecto, o lugar e o fim económico – o sentido usual de que pretendo adquirir a faculdade de consumir gratuitamente todos os fósforos de que necessite para ascender o charuto, mas dentro da sala, no próprio restaurante. Só a isto se obriga o dono do restaurante. [...] Finalmente, quanto ao jornal, da mesma declaração de vontade, dadas as circunstâncias especiais do objecto, o lugar e o fim económico pretendido, só nasce para o dono da casa, se o criado responde que ‘sim’, a obrigação de o deixar usar para o ler, e dentro da sala. Mas o caso muda imediatamente, se essas palavras forem ditas na rua, ao vendedor de jornais”. (DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941. p. 60-62). O autor esclarece que, para que nasça uma obrigação diferente do sentido usual da declaração de vontade manifestada, terá a parte de declará-lo expressamente. Retornar-se-á a esses e outros exemplos no mesmo sentido, ao abordar o pré-contexto e, por distinção, o contexto.

⁵⁷ Os dispositivos do Código Civil que remetem à *natureza do negócio* são: “Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à *natureza do negócio*, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;”; “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da *natureza do negócio*”; “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da *natureza do negócio*, ou das circunstâncias do

Pode-se, assim, dizer que a natureza do negócio está atrelada ao cumprimento da função e/ou do fim do contrato. Essa figura pode ter duas fontes: (i) a *lei*, quando, por exemplo, analisa-se a relação entre a compra e venda e a transferência da propriedade; ou (ii) o *uso*, na situação, por exemplo, dos contratos atípicos, nos quais a reiteração das práticas acaba por gerar um uso a eles aplicável, o que será aprofundado na segunda parte deste estudo. Infere-se, a partir dessa abordagem, que os usos podem, assim, ajudar a *explicar* a natureza do negócio.

A natureza do negócio atuará, portanto, como um instrumento de qualificação e de atribuição de efeitos esperados de um contrato.⁵⁸

(v) Práticas negociais

Relativamente às *práticas negociais*,⁵⁹ pode-se dizer que essa figura tem a ver com as práticas *internas* dos contratantes, ou seja, um comportamento reiterado que os contratantes têm em um determinado contrato ou dentro das várias relações contratuais que eles estabelecem entre si.⁶⁰ Está relacionada a um compromisso, uma expectativa e uma confiança mútua que desencadeiam em um comportamento mutuamente esperado,⁶¹ ou seja: como o

caso”; “Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a *natureza do negócio* e os usos locais”. Sem grifos no original. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁵⁸ Os tipos, legais ou sociais, ajudam a compreender a intenção das partes, pois elas se valeram de um tipo que tem a mesma determinada e específica finalidade. Tal ponto, acerca dos efeitos esperados pelo negócio, será aprofundado na segunda parte desta pesquisa.

⁵⁹ Judith Martins-Costa afirma que o significado da expressão “práticas negociais” é polissêmico e que há sobreposição de significados com o conceito de *usos*. Destaca a autora que “em rigor técnico, se deve distinguir entre *práticas* e *usos*” (grifo no original). (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 471).

⁶⁰ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a prática de atos reiterados como padrão de normalidade por ambos os sócios e nas três sociedades que mantêm há mais de 40 anos, ainda que irregulares e espúrios, não servem como causa necessária da quebra da *affectio societatis* a fim de configurar justa causa para exclusão de sócio [...]”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.280.341-PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2014). Trata-se de um exemplo de referência à prática negocial, por estar remontando ao comportamento reiterado dos contratantes, entre si, em um determinado contrato.

⁶¹ Vera Fradera, proponente do Enunciado 409 ao artigo 113 do Código Civil, tendo como paradigma o artigo 9º da CISG, afirma que se admitem como relevantes as práticas seguidas pelas partes desde que elas tenham certa frequência e duração e cuja ocorrência não tenha se dado em uma circunstância particular ou excepcional. (FRADERA, Vera. Enunciado ao artigo 113. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado [Org]. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. p. 100. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em: 29 set. 2016). Referido Enunciado dispõe: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com *as práticas habitualmente adotadas entre as partes*” (sem grifo no original). (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 409. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado [Org]. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em:

sujeito A se comporta e como o sujeito B espera que o sujeito A se comporte e, da mesma forma, o contrário.⁶²

As práticas negociais, desse modo, são um conjunto de atos de caráter preceptivo entre as partes em vias de contratar ou no processo obrigacional de uma relação contratual já estabelecida.⁶³

Percebe-se, pois, que as *práticas negociais* são distintas dos *usos negociais*,⁶⁴ pois, enquanto aquelas dizem respeito ao interior de uma relação contratual, tendo como limite os seus partícipes, os *usos negociais* – os quais também são chamados de *usos do tráfico*, *usos do tráfico*, *usos de mercado*, *usos do comércio*, *usos do setor* – são elementos externos aos contratos. Enquanto as *práticas negociais* denotam um caráter individualizador, no sentido de que são seguidas por *aquelas* partes em situações análogas *entre si*; os *usos negociais* podem ter vários significados e eficácias, mas, em todas as suas manifestações, identifica-se um caráter transindividual.⁶⁵

Apesar de parecerem equivalentes, as *práticas negociais*, sutilmente, diferem das *práticas comerciais* ou *práticas mercantis*. Essas se referem às práticas do comércio ou práticas do mercado, em âmbito mais geral. Ou seja, aquilo que ocorre ordinariamente no comércio e no mercado. Para melhor demonstrar a distinção, pode-se ilustrar, e.g., com o *caso da liberação de limite no comércio de crédito*, no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou que não houve, por parte da instituição financeira ré, a realização de qualquer ato que desse azo ao dever de reparar eventual dano sofrido pela parte autora, tendo em vista que se trata de exercício regular de direito decorrente da prática mercantil usual no comércio de

<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em: 29 set. 2016).

⁶² Bento de Faria traz, ainda, a conceituação do que seria o *hábito mercantil*, prática que teria alcance muito mais reduzido, pois observada por “condescendência, tolerância, liberalidade ou admitidas por negligência”. Afirmo o autor que, mesmo “praticando êsses atos, ainda que com uniformidade e constância, não tem o comerciante a persuasão de executá-los para satisfazer obrigação jurídica”. (FARIA, Antonio Bento de. **Direito comercial: do comércio em geral**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1947. v. 1, pt. 1, p. 120-121).

⁶³ O conceito é de Gerson Branco, em artigo no qual o autor faz uma proposição de reflexão a respeito de que as práticas negociais consistiriam em modalidade peculiar de atos de autonomia privada, com eficácia jurídica vinculante entre as partes. O artigo aborda os possíveis efeitos normativos de caráter vinculante que o comportamento fático das partes pode produzir sobre o conteúdo das obrigações contratuais. (BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição?** 2017. No prelo. p. 2 et seq).

⁶⁴ Também chamadas de *usos particulares*, como: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 474.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 471.

crédito o decurso de prazo razoável para liberação deste, medida que visaria a garantir as partes quanto à utilização adequada do direito creditício. Percebe-se que, ao julgar que a instituição financeira precisa de um prazo razoável para liberar o limite após o pagamento da fatura do cartão de crédito, fundamentou que a concessão do prazo era plausível, pois decorre de prática mercantil usual, no sentido de que isso ocorre ordinariamente nessas situações.⁶⁶

A análise conceitual e exemplificativa distintiva dos elementos consuetudinários realizada neste trabalho (inferência negativa em relação aos usos negociais) revela que a doutrina, a legislação e a jurisprudência conferem à natureza de cada um dos elementos consuetudinários abordados, distintas e, muitas vezes, inconciliáveis definições. São extremas a diversidade de posições e a imprecisão terminológica.

1.1.2 Os usos negociais: objeto e pauta de interpretação

Feitas as distinções necessárias entre os elementos consuetudinários presentes no ordenamento jurídico e superada a investigação, de certo modo negativa, acerca do objeto do presente estudo, é preciso delimitar, especificamente, esse objeto.⁶⁷

Os *usos negociais* são as práticas que, somadas e reiteradas, comunicam-se e convencem uma determinada comunidade ou um determinado grupo ou setor, que alguns negócios devem ser feitos de determinada maneira. Resta evidenciado, por sua característica,

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70029604436. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, 2009. Ainda, podem-se citar mais dois exemplos em que o TJRS se refere à prática mercantil no sentido empregado nesta dissertação: (i) o julgamento do *caso da devolução de produto por meio de bônus*, na qual o TJRS negou pedido de indenização por dano moral, feito por consumidor que alegava enriquecimento ilícito e *prática comercial ilegal*. O TJRS julgou que receber a diferença de valores mediante “bônus de troca” para adquirir outros produtos do estabelecimento comercial seria, no máximo, dissabor. “[...] TROCA. DIFERENÇA DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE QUANTIA POR MEIO DE "BONUS DE TROCA". PRÁTICA MERCANTIL. DANO MORAL NÃO CONSTATADO. MERO DISSABOR. POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70049970791. Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, 2012); e (ii) o *caso do preço de mercado*, também julgado pelo TJRS. Nesse caso, a parte consumidora alegou ter contratado serviço de internet ilimitada, no valor de R\$ 19,90, para cinco terminais telefônicos móveis e, portanto, estaria sendo cobrada por valor superior ao contratado. O Tribunal afirmou que tal contratação seria “dissonante da prática mercantil”, pois não guardaria pertinência ao preço de mercado deste serviço. Portanto, por fugir daquilo que ocorre ordinariamente, deveria ter sido objeto de prova, o que não ocorreu. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível n. 71004587085. Relator: Fernanda Carravetta Vilande, 2013).

⁶⁷ E, ainda, é preciso expor qual é o objetivo, mas, também, ante a imprecisão da posição do instituto no sistema jurídico, expor quais *não* são os objetivos – ao menos não diretos ou não específicos – deste trabalho; tarefa que pode ser melhor desempenhada agora, depois de sinalizada a divergência terminológica e elaborada a pré-compreensão dos demais elementos consuetudinários que circundam o tema.

a presença de um conteúdo de aspecto geográfico, por isso, muitas vezes, fala-se em *usos do local da contratação*.⁶⁸

O vocábulo *usos* é, nas palavras de Judith Martins-Costa, “polissêmico”.⁶⁹ A autora esclarece que há, pelo menos, três acepções: (i) *usos particulares das partes*, relativo à conduta habitual entre elas;⁷⁰ (ii) uma acepção mais técnica seria aquela que remete às condutas geralmente adotadas em determinados setores da vida social, econômica, profissional, que seriam, nas palavras da autora, *usos da vida*, *usos do tráfico*, ou, no setor comercial, *usos do comércio* ou *práticas do comércio* ou *usos do setor*, ou, ainda, sendo referidos a locais ou regiões,⁷¹ e, ainda, (iii) quando a expressão *usos* vem acoplada ao termo *costumes*, traduziria uma fonte jurídico-prescritiva, bem como os seus correspondentes modelos – os modelos consuetudinários, ou seja, os modelos jurídicos prescritivos formatados, consolidados e seguidos em determinado setor da experiência jurídica, com valor não apenas hermenêutico, mas, verdadeiramente, vinculativo no plano normativo (*usos e costumes* como Direito Costumeiro).⁷²

O presente estudo tem como objeto, diretamente, os *usos negociais* nas acepções (ii) e (iii) especificadas por Judith Martins-Costa e, ainda, mesmo que talvez indiretamente, às demais figuras correlatas analisadas neste capítulo, para sinalar as relações de pertinência e/ou continência que há entre todas e cada uma delas frente, portanto, aos *usos negociais*.

⁶⁸ Como será oportunamente exposto no presente estudo, outros são os ângulos pelos quais se pode analisar os usos negociais e, não apenas, o geográfico.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 474.

⁷⁰ Adota-se, na presente dissertação, o termo *práticas negociais* para referir-se ao fenômeno descrito por Judith Martins-Costa, como *usos particulares*. (MARTINS-COSTA, loc. cit.).

⁷¹ Judith Martins-Costa cita como exemplo desse último “os usos para medição de áreas rurais, diversos no Rio Grande do Sul e em São Paulo, respectivamente ‘hectare’ e ‘alqueire’” (Ibidem, p. 474). O mesmo exemplo é mencionado em comentário ao art. 113 do CC: “Os usos e costumes do lugar de celebração de um negócio jurídico devem ser observados para sua interpretação (exemplo: um contrato que se refira a ‘alqueires’ de terra, sem maiores especificações, precisará ser interpretado de acordo com os usos do lugar de sua celebração, de vez que existem diversas medidas diferentes conhecidas como ‘alqueires’: o alqueire paulista, o alqueire mineiro)”. (BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Márcia Sguizzardi. **Novo código civil**: parte geral, obrigações e contratos. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 424). Nesse sentido, Plínio Cabral afirma: “em um país com dimensões continentais como o Brasil, o uso constante consolida-se em costume que é lei aplicada e cumprida. Uma cooperativa de produtores no RS tem procedimentos que diferem de suas congêneres do Pará ou da Bahia”. (CABRAL, Plínio. **Usos e costumes no Código Civil de 2002**. São Paulo: Rideel, 2009. p. 108).

⁷² Acrescenta-se que Antunes entende que só há consciência de obrigatoriedade jurídica nos *costumes comerciais*. Essa característica, para o autor, estaria ausente nos chamados *usos mercantis*. (ANTUNES, José Engrácia. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 46, n. 146, p. 9, abr./jun. 2007).

Resta evidenciado que, tanto a doutrina, quanto o Código Civil, como os tribunais brasileiros utilizam a expressão *usos* e todas as figuras a ela correlatas, de forma múltipla, atribuindo-lhes vários e imprecisos significados.

Contudo, essas terminologias, em que pese levarem em conta, individualmente, determinados critérios, acabam por não definir o instituto dos *usos negociais* como um todo. Isso porque não aspiram a conceituar e definir a natureza dos *usos negociais* a partir de seus elementos ou requisitos e propósitos essenciais, como parece ser o mais adequado, o que revela, por si só, a relevância desta pesquisa e a necessidade de sistematização do instituto.

A expressão *usos negociais*, que se entende a mais adequada para fins do presente estudo, remete à aplicação técnica e específica dos *usos*. Não significa que não careça de sistematização ou que esteja livre das imprecisões.

O objeto deste estudo, conforme exposto, é o conteúdo, as funções e o alcance daqueles *usos negociais* que retratam, especificamente, as condutas geralmente adotadas habitual, repetida e utilitariamente em determinados setores de negócios, remetidos a contextos locais ou de determinadas regiões, em determinado tempo.

Poder-se-ia, assim, nominar o fenômeno abordado neste ponto, simplesmente, como *usos*, uma forma geral. Contudo, não parece ser tecnicamente adequado deixar de adjetivar ou qualificar um vocábulo do qual outras ciências ou mesmo outras atividades e condutas do homem e da sociedade, igualmente, servem-se (*e.g. usos da medicina; usos medicinais*). A falta de adjetivação, ao mesmo tempo, não remete o termo ao campo do Direito que se está a abordar.

Prosseguindo-se na composição da denominação, especificar os *usos* aqui abordados como *comerciais* ou *empresariais*, por sua vez, não remete ao campo do Direito Contratual e, mais especificamente, do Direito dos Negócios, sobre os quais se está a tratar. E não permitiria a sistematização, conforme proposta neste estudo. Isso porque, especialmente o

termo *uso comercial*, mesmo em Direito Comercial, é comumente empregado para significar a *finalidade* de um determinado uso.⁷³

Por pertinência e adequação terminológica que se busca, portanto, mostra-se mais adequado adotar a expressão *usos negociais*,⁷⁴ a qual revela um contributo, uma pauta, uma forma e, propriamente, um *instituto do mundo dos negócios*.

Essa nomenclatura – *usos negociais* – não foi adotada, ao menos não *ipsis literis*, pelo Código Civil vigente. Nenhum dos dispositivos remete, especificamente, a essa expressão. A doutrina e a jurisprudência, no entanto, adotam-na e aplicam-na, ainda que sem precisão e sem qualquer sistematização, conforme será revelado nesta pesquisa.

O *iter* percorrido para que sejam consolidados os usos negociais, normalmente, inicia-se com a utilização de determinada conduta ou mesmo de determinada cláusula em um específico contrato celebrado entre as partes. Assim, ao verificar-se, no mercado, que tal conduta ou tal cláusula possui grande utilidade, passa ela a constar em todos ou na maioria dos contratos celebrados, ao menos, naquela determinada praça em que surgiu.⁷⁵ E, como afirma Márcio Ferro Catapani, “aos poucos, em virtude do intercâmbio não só de bens, mas também de conhecimentos e técnicas entre os comerciantes, a norma se espria para outros ramos da atividade econômica e para outras praças”.⁷⁶

Esse processo de formação dos *usos negociais* ocorre de tal modo que “em um determinado momento não detectável no tempo, a classe dos comerciantes passa a considerar

⁷³ Quando se fala, por exemplo, no direito de se usar comercialmente ou não determinados termos em produtos não procedentes da região produtora específica, *e.g.*, o *uso comercial* da palavra *champagne* para espumante.

⁷⁴ Ressalva seja feita que, como não existe uma só escala terminológica, sem pretensão alguma de que a ora proposta seja exaustiva, ou “a melhor”, e com a certeza de que não existe, *a priori*, sistematização “correta”, é imperioso esclarecer que, ao longo do presente trabalho, diversos autores que serão citados, referem-se às mais variadas expressões (*usos mercantis, usos do comércio, usos e costumes, usos do setor, usos do tráfico, usos do tráfico, costume mercantil, prática mercantil*) referindo-se ao fenômeno para o qual, neste trabalho, adotou-se a expressão *usos negociais*.

⁷⁵ Judith Martins-Costa ressalta que os usos negociais, normalmente, são remetidos a contextos locais ou de determinadas regiões. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 474).

⁷⁶ O autor utiliza, na passagem citada, a expressão “costume comercial”. A ideia por ele exposta, contudo, ao ser relacionada à nomenclatura adotada nesta pesquisa, melhor adequar-se-ia à expressão *usos negociais*. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 28, abr./jun. 2011).

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”.⁷⁷

Os usos negociais, desse modo, partiriam de uma prática comercial expressa que, contendo certos elementos e/ou ao preencher determinados requisitos, torna-se uma “regra coletiva tácita”,⁷⁸ aplicável, em determinado tempo, a determinado grupo, setor, local ou região, como determinada forma de pensar e agir e/ou como forma de interpretar, integrar ou mesmo de se realizarem negócios jurídicos.

Ainda que sem a sistematização ora proposta como experiência, extrai-se, da doutrina, a presença de critérios *objetivos* e de critério *subjetivo* para a identificação, a configuração e o próprio reconhecimento dos usos negociais.

Os critérios de ordem *objetiva* seriam, basicamente: (i) o *critério espacial*; (ii) o *critério ou elemento histórico-temporal*; (iii) o *critério temporal reiterado*, que, na seara dos contratos empresariais, será a *habitualidade*; e (iv) o *critério de conteúdo*.

O *critério espacial* será o determinado segmento ou setor mercantil ao qual os usos negociais são atrelados – ou seja, onde eles nascem e onde eles atuam ou são aplicados. A análise da doutrina⁷⁹ e da jurisprudência⁸⁰ permite afirmar que, quanto ao viés espacial ou à *geografia da aplicação ou da incidência*, os usos poderão atuar de maneira mais – ou menos

⁷⁷ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 28, abr./jun. 2011

⁷⁸ No sentido de que os usos, quanto à sua formação, nascem como uma prática individual expressa, e terminam como uma regra coletiva tácita: ESCARRA, Jean. **Cours de droit commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952. p. 42. Por sua vez, ao explicar a formação dos usos, Rubens Requião explica que os *usos comerciais* (chamados, aqui, de usos negociais), surgem espontaneamente, a partir de um hábito fixado por determinado comerciante, que fixa determinada norma, que vai sendo adotada por outros. E, assim, para o autor, “de individual o uso torna-se geral”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p.27).

⁷⁹ Cesare Vivante afirma que os usos se distinguem, no que concerne à extensão ou escala do território onde exercitam a sua autoridade, em usos *gerais* e usos *locais*. Segundo o autor, enquanto os primeiros têm atuação em todo o território, com maior abrangência, portanto, os usos locais têm uma esfera de ação mais limitada, à região, à praça, à bolsa etc. (VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: Commercianti, p. 56). Prefere-se, neste trabalho, quanto ao critério espacial, categorizar os usos apenas como *mais* ou *menos* abrangentes, conforme referido, pois falar em usos gerais ou especiais é conceito mais indeterminado do que aquele que assume que existe uma diferença pela progressividade da amplitude espacial de abrangência.

⁸⁰ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, com fulcro nos *usos e costumes do interior*: “Não é de ser declarada nula a cláusula do contrato rural que fixa o preço do arrendamento em quantidade do produto. Aplicação do art. 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66 que resta mitigada, considerando os usos e costumes do interior, quando não verificada onerosidade excessiva a uma das partes. Lições doutrinárias e precedentes jurisprudenciais.”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70059671263. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, 2014).

– ampla, p.e., (i) no mercado mundial; (ii) no mercado do país, estado, município ou região; (iii) em algum grupo ou setor específico de mercado; (iv) em uma rede de contratos; (v) em um negócio jurídico entre as partes, ou seja, em uma relação contratual específica.

Quanto ao *elemento objetivo histórico-temporal* dos usos negociais, haverá de se ter em conta que os usos podem ou não ser atuais.⁸¹ Esse aspecto é fundamentalmente importante para a averiguação da contemporaneidade de um determinado uso a determinado negócio jurídico e, conseqüentemente, sua obrigatoriedade ou não, seja como pauta interpretativa, seja como pauta normativa.

Quanto ao *elemento objetivo temporal reiterado ou habitualidade* dos usos negociais, haverá de se ter em conta a reiteração de determinada conduta durante um dado lapso temporal que nela se possa reconhecer um uso negocial.

Já no viés do *critério do conteúdo*, poderá haver tanto usos aplicáveis a todos os negócios, como usos de mercado ou usos aplicáveis a um determinado e específico segmento, altamente especializado.⁸²

Já quanto ao *elemento subjetivo*, para a interpretação dos usos negociais, a doutrina remonta à chamada *opinio iuris atque necessitatis*⁸³, ou seja, ao fato de as pessoas que seguem aquele determinado costume terem consciência dessa prática e de sua obrigatoriedade.

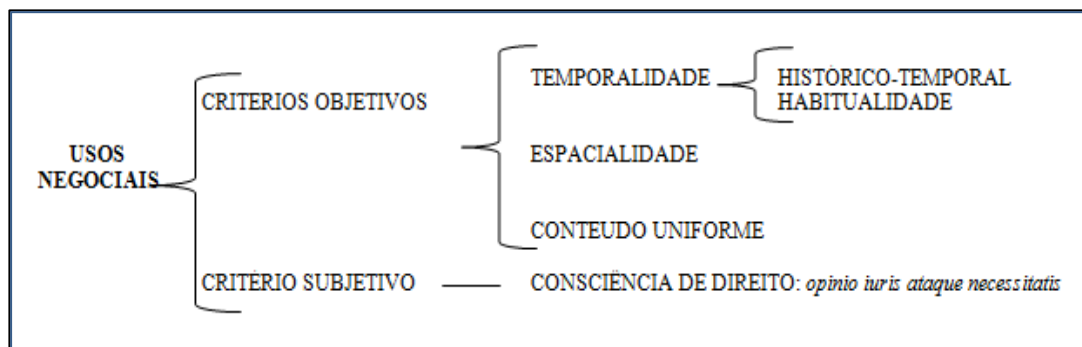
⁸¹ Acerca da relação entre temporalidade e historicidade: “[e]nquanto a temporalidade é o fluir do tempo, a historicidade é aquilo que, no tempo, tem significação. São, portanto, inconfundíveis o tempo histórico e o fluir do tempo: este é a passagem cronológica, aquele é o recorte na temporalidade do que tem significação, pelo seu valor. A história não constitui, assim, mera reprodução do ocorrido. É reconstituição, é o resultado do olhar de um sujeito também histórico, é escolha e é recorte, é opção e valoração.” (BRANCO, Gerson Luís Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 172). Acerca do significado hermenêutico de distância temporal e do conceito de historicidade propriamente dito: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 354 et. seq.

⁸² Por Cesare Vivante, o critério que ora se chama de *geografia da aplicação*, é denominado “território”, e o critério do *conteúdo*, é chamado da “matéria”. O autor, diferentemente da classificação adotada nesta dissertação, divide o critério de “matéria” (*conteúdo*), também, em gerais e especiais. Por isso, o autor faz a ressalva de que: “quindi un uso può essere contemporaneamente generale rispetto al territorio e speciale rispetto alla matéria, generale per la matéria e locale o speciale rispetto al territorio”. (VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: Commercianti, p. 56).

⁸³ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48. Abordando a *opinio iuris et necessitatis* como o elemento interno constitutivo do costume, Vicente Ráo afirma que “consiste na convicção de que a observância da norma costumeira corresponde a uma necessidade jurídica, disto resultando a sua obrigatoriedade”. (RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 273).

Acerca dos elementos caracterizadores dos usos negociais, é possível, portanto, como experiência de sistematização, ilustrar:

Figura 1 - Elementos do processo de reconhecimento dos *usos negociais*:



Fonte: Autora

Os *usos negociais* são, portanto, as condutas ativas ou passivas⁸⁴ geralmente adotadas habitual e repetidamente em determinados setores da vida negocial.

Esse conceito se assemelha, portanto, àquele previsto no *Uniform Commercial Code* (UCC), sob a denominação de “*usages of trade*”. O UCC conceitua tal fenômeno como qualquer prática ou método de negociar que tenha determinada regularidade de observância em um lugar, vocação ou comércio, para justificar uma expectativa que será observada no que diz respeito à transação em questão.⁸⁵

⁸⁴ Essas condutas poderão ser ativas (e, mais comumente o são) ou passivas ou omissivas, como, por exemplo, um uso negocial formatado a partir do silêncio ou de uma manifestação tácita de vontade. Nesse sentido, o art. 111 do CC dispõe: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. (BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁸⁵ É o que está previsto no § 1-303 (alínea c), do UCC, no capítulo denominado *Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade*. Nesse mesmo capítulo, estão previstos fenômenos distintos dos usos negociais (ou, como denominado no UCC, *usage of trade*): “(a) A “course of performance” is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection. (b) A “course of dealing” is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct. (c) A “usage of trade” is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law. (d) A course of performance or course of dealing between the parties or usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware is relevant in ascertaining the meaning of the parties’ agreement, may give

Cada vez mais, ao negócio jurídico, e, em especial, aos contratos, atrela-se a ideia de usos negociais, pois esse fenômeno repercutirá, inúmeras vezes e diretamente, na interpretação, na integração e, até mesmo, na produção normativa.

1.2 AS FUNÇÕES DOS USOS NEGOCIAIS

Os *usos negociais*, nas suas mais variadas concepções, com todas as peculiaridades inerentes a cada uma delas, atuam, de maneira mais, ou menos, determinante, nas diversas fases do processo contratual, exigindo, para a sua aplicação, sempre, a análise do caso concreto. Somente em uma dada situação, em um espaço e em um tempo determinados, dentro de um grupo, uma comunidade, um setor, ou mesmo, dentro de uma relação contratual específica, é que se poderão aplicar os usos negociais e deles se extrair resultado válido e profícuo. Caso contrário, não passará de conceito vago e de insegura aplicabilidade.

Busca-se, para melhor revelar tais papéis, uma estruturação e sistematização das possíveis funções que os usos negociais desempenham no processo contratual.

Os usos negociais desdobram-se, nessa tarefa, em *três dimensões ou esferas* – assim chamadas por serem, efetivamente, *processos de incidência* dos usos negociais, nos quais o instituto exerce os seus diferentes papéis:

- (i) A dimensão hermenêutica – a interpretação e a interpretação-integrativa ou interpretação-integradora – na qual os usos negociais atuam com a função de auxiliar o intérprete na construção e na clarificação do conteúdo contratual em sua plenitude.
- (ii) A dimensão integradora – formatada pelas remissões legais, as quais serão de caráter geral ou específico ou pelas remissões contratuais, as quais poderão ser positivas ou negativas – na qual os usos negociais desempenham a função de integrar a regra ou integrar o próprio conteúdo contratual, em havendo lacunas, no sentido de completá-los.

particular meaning to specific terms of the agreement, and may supplement or qualify the terms of the agreement. A usage of trade applicable in the place in which part of the performance under the agreement is to occur may be so utilized as to that part of the performance. [...]” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Uniform Commercial Code).

- (iii) A dimensão normativa – de caráter geral ou específico – na qual os usos negociais atuam como normatizadores de condutas, podendo criar, modificar e, até mesmo, extinguir obrigações e direitos.

Nessa forma proposta, os usos, portanto, não são *eles próprios* categorizáveis como *interpretativos* ou *integrativos* ou *normativos*. Dito de outro modo: o *ser* interpretativo, integrativo ou normativo não remete a *tipos* de usos. O *ser* está, aqui, em lugar do *estar*. Os usos aqui objeto são, como exposto, os *negociais*, e esses usos *atuam, performam seus papéis*, na *interpretação do conteúdo contratual, na integração da lei aplicável e dos contratos e na normatização de condutas contratuais*.

A função dos usos negociais, em essência, torna-se, portanto, uma *função pluridimensional* no campo obrigacional; as três esferas, porquanto atuem intermeadas umas pelas outras durante o processo contratual, excedem ao somatório das funções expostas em cada uma delas três. As três dimensões, nas quais os usos negociais atuam, cumulam-se. Por isso, não parece adequado tentar enquadrar os *usos negociais*, como sendo, *a priori*, *usos interpretativos*, *usos integrativos* e *usos normativos* como grande parte da doutrina o faz ao tentar criar uma aparente taxonomia dos usos.⁸⁶

Nesse sentido, as dimensões serão abordadas individualmente, porém, não como hipóteses alternativas, mas, sim, complementares, cuja incidência, muitas vezes, dar-se-á de modo dinâmico e conseguido.

Na segunda parte deste estudo, competirá aprofundar a atuação e o desempenho do papel dos usos negociais especificamente na última das dimensões, qual seja a *normativa* e a aplicabilidade dos usos negociais no processo contratual, objetivo específico do presente estudo.

⁸⁶ Por exemplo, pode-se citar Guido Alpa, que aborda os *usi normativi* como fonte subsidiária do Direito e apresenta a distinção entre: *usi interpretativi, usi aziendali e usi civici*. (ALPA, Guido. **Manuale di Diritto Privato**. 10. ed. Padova: CEDAM, 2017. p. 52). Por sua vez, Calamandrei classifica os usos em *particolari e generali* e, ainda, em *interpretativi, suppletivi e derogativi*. (CALAMANDREI, Rodolfo. **Gli usi del commercio italiano**. Firenze: Luigi Niccola, 1889. p. 32). Rubens Requião classifica os usos como: *usos propriamente ditos*, também conhecidos como *usos de direito e usos interpretativos*, chamados, também, de *usos de fato* ou *usos convencionais*. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p.28).

1.2.1 A dimensão hermenêutica

Os usos negociais, ao serem aplicados em sua dimensão hermenêutica, atuam como cânones ou elementos objetivos externos auxiliares para a formação da compreensão do intérprete acerca do conteúdo contratual.

Esse *auxílio* poderá consistir na participação dos usos na chamada “antecipação hermenêutica”⁸⁷ do intérprete e, ainda, na elucidação de um ou mais termos de um determinado contrato, que poderão variar no tempo e no espaço.

A dimensão hermenêutica da atuação dos usos negociais desdobra-os em duas sub-esferas: (i) interpretação propriamente dita e (ii) a interpretação integrativa ou integradora. Ambas são colmatadas pela pré-compreensão.

1.2.1.1 A interpretação

Aprofundar o conceito de interpretação do negócio jurídico, em seu sentido amplo, não é o objetivo deste trabalho.⁸⁸ Contudo, assumir sua significação é pressuposto para

⁸⁷ ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. p. 36.

⁸⁸ Para tanto, remete-se, exemplificativamente, à doutrina que se desincumbiu dessa tarefa e que auxilia a compreensão do processo, inclusive, para fins deste trabalho. Em diferentes abordagens e com diferentes referenciais teóricos, todos tendo como objeto a interpretação do negócio jurídico: ALPA, Guido. **L'interpretazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1983; ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L'interpretazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 2001; BETTI, Emílio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmatica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971; CANARIS, Claus-Wilhelm; GRIGOLEIT, Hans Christoph. **Interpretation of contracts**, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1537169>>. Acesso em: 6 jan. 2017; CASELLA, Mario. **Negoziio giuridico (interpretazione)**. In: **ENCICLOPEDIA Del Diritto**. v. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978; DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941; DE LUCCA, Newton. **Normas de Interpretação Contratual no Brasil**. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 81, p. 25-89, jan./fev. 2007; DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2016; FRANZOLIN, Cláudio José. **Negócios jurídicos: interpretação, integração, conteúdo negocial e efeitos**. **Revista de Direito Privado**, n. 39, p. 61-86, jul./set. 2009; IRTI, Natalino. **Principi e problemi di interpretazione contrattuale**. **Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile**, v. 4, p. 1139-1171, 1999; GENOVESI, Guido. **Interpretazione del contratto formale ed elementi extratestuali**. **Corriere Giuridico**, n. 2216, p. 1329-1333, fev. 2004. Disponível em: <http://www.studiomariconda.com/upload/file/papers/files/rpretazione_del_contratto_formale_ed_elementi_extratestualidf.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; KATZ, Avery W. **Contract formation and interpretation**. **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, New York, may 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=69534>>. Acesso em: 01 jul. 2017; LIPARI Nicolò. **Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?**. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 60, n. 3, p. 711, 2006; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a**

adentrar nas pautas interpretativas, dentre as quais, encontram-se os usos negociais. Cumpre, assim, desvelar a aplicação dos usos negociais *na interpretação* dos negócios jurídicos: qual é o seu papel e quais são os limites a essa atuação.

Diversas são as experiências da doutrina para significar o ato de interpretar, o qual, em seu mais amplo sentido, pode ser bem entendido como “*a ação cujo êxito ou evento útil é o entendimento*”.⁸⁹

O processo de *interpretar o negócio jurídico*⁹⁰ tem a finalidade de determinar o seu conteúdo total, isto é, determinar não somente o conteúdo expresso da declaração negocial, mas, também, o conteúdo que lhe é implícito,⁹¹ atribuindo-lhe um sentido.

Pertinente considerar, contudo, que, ainda que “atribuir sentido” a um texto, determinando o seu alcance, seja o núcleo da atividade hermenêutica, não é esse o seu limite. A interpretação envolve aspectos axiológicos e metodológicos, abrangendo, tanto problemas de relevância, quanto de qualificação, de valoração dos fatos e da prova.⁹²

Tal qual qualquer “manifestação do espírito humano”, o negócio jurídico reclama interpretação.⁹³ A peculiaridade encontrada nesse processo interpretativo consiste em *ultrapassar* a mera assimilação ou o entender, o compreender intelectual ou afetivo, para, de

sua aplicação. São Paulo: Martins Pons, 2015; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado: Parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III: Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova; Id. **Tratado de Direito Privado: Parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais, p. 72-73; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **O negócio jurídico e sua interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 67, p. 173-196, jul./set. 2008. Judith Martins-Costa remete à especializada doutrina acerca da “especificidade da interpretação contratual frente aos demais negócios jurídicos: CARNEIRO DA FRADA, Manuel. Sobre a Interpretação do Contrato. **Revista o Direito**, Coimbra, v. 144, n. 3, 2012. p. 511. Acerca dessa problemática, vide, ainda: MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Tratado de direito civil português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 741 et seq.; REALE, Miguel. **Diretrizes da Hermenêutica Contratual: questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3; ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L’Interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001; SCONAMIGLIO, Claudio. **Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti**. Padova: Cedam, 1992. em especial, p. 38-42”. (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 446-447.)

⁸⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, loc. cit.

⁹¹ MARINO, op. cit., p. 370.

⁹² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 445. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: **CONVERSA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set. 2011. (Cadernos para Debates, 4). p. 158.

⁹³ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 444.

fato, pôr em relevo e evidenciar um conteúdo normativo que vai pautar a conduta das partes no negócio jurídico.⁹⁴

Unânime a consideração de que as *normas ou cláusulas obscuras, ambíguas ou vagas* devem ser interpretadas. Assim, nas hipóteses em que se ausentar o consenso sobre o significado, o conteúdo e o alcance de determinado contrato, ou seja, se o sentido do texto contratual se apresentar problemático, deverá ser iniciado um processo técnico-jurídico de determinação do seu significado. Este é o primeiro passo do *iter* interpretativo, pois dele depende a própria qualificação dos atos ou fatos componentes do contexto normativo e, conseqüentemente, a produção da “norma para o caso”.⁹⁵

Analisando-se, contudo, a amplitude da tarefa da interpretação perante o negócio jurídico, elevando tal processo a adscrever sentido não apenas ao texto, mas a aspectos implícitos, por exemplo, o brocardo *in claris non fit interpretatio* perde forças. Parece acertado, assim, o entendimento de alguns doutrinadores⁹⁶ e, inclusive, da jurisprudência⁹⁷ de

⁹⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 444.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Martins Pons, 2015. p. 447.

⁹⁶ Guido Alpa afirma: “La regola, espressa con il broccardo *in claris non fit interpretatio*, è ingannevole, perché per accertare se il contratto è chiaro o meno, il giudice deve interpretarlo”. (ALPA, Guido. **Manuale di Diritto Privato**. 10. ed. Itália: CEDAM, 2017. p. 463). Francisco Paulo de Crescenzo Marino destaca que “a interpretação do negócio jurídico não está relacionada ao fato de ele ser ‘claro’ (não dar margem a dúvidas) ou não”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65). Nesse sentido, Kirchner destaca que esse brocardo somente teria validade se entendido que as regras claras dispensam o *esforço interpretativo*, pois a atividade hermenêutica sempre ocorre, mesmo perante objeto de fácil compreensão. KIRCHNER, Felipe. **Interpretação Contratual**: hermenêutica e concreção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 282.

⁹⁷ “[...] 5. O ponto de partida, certamente, deve ser a letra da lei, não devendo, contudo, ater-se exclusivamente a ela. De há muito, o brocardo *in claris cessat interpretatio* vem perdendo espaço na hermenêutica jurídica e cede à necessidade de se interpretar todo e qualquer direito a partir da proteção efetiva do bem jurídico, ainda que eventual situação fática não tenha sido prevista, especificamente, pelo legislador. Obrigação do juiz, na aplicação da lei, em atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). Mas, quando a lei não encontra no mundo fático suporte concreto na qual deva incidir, cabe ao julgador integrar o ordenamento, mediante analogia, costumes e princípios gerais do direito. 6. A matriz axiológica das normas, ao menos a partir da visão positivista, é o conjunto de regras elencadas na Constituição, entendida como o ápice do que se entende por ordenamento jurídico. Mais ainda: sob a ótica pós-positivista, além das regras constitucionalmente fixadas, devem-se observar – antes e sobretudo – os princípios que, na maioria das vezes, dão origem às próprias regras (normogênese). Logo, é da Constituição que devem ser extraídos os princípios que, mais que simples regras, indicam os caminhos para toda a atividade hermenêutica do jurista e ostentam caráter de fundamentalidade. 7. Na resolução do caso concreto, os princípios se aproximam mais dos ideais de justiça (Dworkin) e de direito (Larenz), sendo imprescindível que se os busquem em sua fonte primordial: a Constituição. O primeiro deles – a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88) –, é considerado, mesmo, um sobreprincípio, já que constitui não só um norte para a produção e aplicação de novas regras, mas fonte comum a todos os demais princípios. A partir da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou inúmeros outros direitos, nos arts. 5º e 6º, este último que engloba a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Ainda mais

que a interpretação tem lugar em *todos os negócios jurídicos*, mesmo os de fácil compreensão.

Em outras palavras, tomando-se *interpretação* no sentido analisado anteriormente, todo o negócio jurídico, claro ou não, *deve ser interpretado*, eis que, mesmo “[a] clareza é uma conclusão à qual se chega após a interpretação do negócio jurídico”.⁹⁸ Não fossem a pré-compreensão que o intérprete inevitavelmente carrega e o contexto no qual o contrato está inserido, poder-se-ia dizer que, antes do interpretar, há o *nada*. A partir dessas constatações, resta também fulminada a ideia de que a interpretação somente teria espaço na hipótese de ocorrência de conflitos.

Embora não se confundam, a *qualificação* está inserida na interpretação *lato sensu* considerada.⁹⁹ A qualificação compreende-se em “[...] subsumir os fatos sob as normas jurídicas, visando determinar os efeitos de direito”.¹⁰⁰ Nesse sentido, qualificar consiste em determinar se os fatos ou atos, cuja existência já está provada, correspondem ou não à noção jurídica a eles atribuída, e quais são os efeitos dessa correspondência. A qualificação assegura a “[...] circulação entre o mundo do Dever Ser (*Sollen*, o universo abstrato ou simbólico onde se situam as normas jurídicas destinadas a reger as condutas humanas) e o mundo do Ser (*Sein*, o universo concreto onde acontecem os comportamentos humanos)”.¹⁰¹

especificamente, a CF/88 garante como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, entre outros que visem à melhoria de sua condição social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. 8. Técnicas de interpretação constitucional. Tais dispositivos devem ser lidos em conjunto, visando à realização ótima de todos os bens e valores da Constituição e, ao mesmo tempo, não negar nenhum deles (princípio da concordância prática), e objetivando a unidade do Texto Fundamental, já que as normas constitucionais não são isoladas, mas preceitos integrados em um sistema unitário. Além disso, o direito à moradia e ao FGTS (como mecanismo de melhoria da condição social do sujeito jurídico) visam, não a outra finalidade, mas à direta e efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, solução que atende à eficácia integradora da Constituição. Ainda mais: à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação dos bens jurídicos em questão revela que não há como prosperar o argumento de que o FGTS (direito do trabalhador) não pode ser utilizado para a reforma de imóvel destinado ao atendimento de uma proteção constitucional (direito à moradia), em consonância com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, simplesmente pelo fato de que a legislação infraconstitucional não previu especificamente essa hipótese. 9. Interpretação teleológica da Lei n. 8036/90: admitiu-se o levantamento dos valores de FGTS, nas hipóteses em que algum direito fundamental do fundiário estivesse comprometido, por exemplo: suspensão ou interrupção do contrato laboral (direito ao trabalho), acometimento de doença grave (direito à saúde) e mesmo a garantia do pagamento de prestações de financiamento habitacional (direito à moradia). [...]”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.251.566-SC. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. 2011).

⁹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 370.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 446.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 446.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 446.

Conforme exposto, portanto, a interpretação do negócio jurídico é o processo destinado a determinar o conteúdo das declarações de vontade e, por conseguinte, os efeitos que o negócio visa a produzir, em conformidade com tais declarações, e que virá a produzir, se não houver qualquer motivo de invalidade.¹⁰²

Assim como o sentido normativo das palavras da lei,¹⁰³ pode-se afirmar que o sentido normativo a ser atribuído a um contrato, portanto, invariavelmente, depende da interpretação.

Nesse processo interpretativo, contudo, não é livre a atribuição de sentidos por parte do intérprete. Este estará adstrito a técnicas, métodos e cânones hermenêuticos específicos, quer se trate de interpretar leis ou negócios jurídicos.¹⁰⁴ Todos os cânones hermenêuticos por meio dos quais o intérprete do contrato pautará o seu agir, conquanto individualizados e específicos, atuarão conjuntamente.¹⁰⁵

Para a compreensão dessa atuação, a *interpretação* do negócio jurídico pode ser tomada, tal qual propôs Francisco Paulo de Crescenzo Marino, como um *processo bipartido* para *determinar o conteúdo do negócio jurídico em sua plenitude*. As fases da interpretação, segundo esse autor, assim seriam:

¹⁰² MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 444-445. No mesmo sentido, conforme anteriormente mencionado, “[s]em interpretar um negócio jurídico nunca poderá saber-se quais os efeitos jurídicos concretos que produzem”. (DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941. p. 6).

¹⁰³ “A interpretação converte-se em uma atividade da qual o significado normativo *invariavelmente depende*. Em outras palavras, a interpretação converte-se em um momento permanente – e, portanto, *não episódico* – na vida do direito.” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63).

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.446.

¹⁰⁵ “Atuando conjuntamente com outros cânones hermenêuticos, o princípio da boa-fé auxilia a obter essas respostas. Este é um ponto a reter: como cânone hermenêutico, dificilmente a boa-fé atuará isoladamente, de forma divorciada de outros cânones interpretativos. Chamar a boa-fé no plano interpretativo importa em conjugar *standards*, para averiguar como se individua, *in concreto*, o comportamento segundo a boa-fé, ou como é singularizado, também *in concreto*, um significado (do contrato, do comportamento contratual) em acordo à boa-fé. A solução do problema da boa-fé interpretativa, diz com razão Sconamiglio, passa pela determinação dos modos pelos quais a individualidade da singular operação negocial vem filtrada por esquemas socialmente típicos, em linha a consentir a emersão daquilo que o concreto regulamento de interesses exprime em termos de normalidade e regularidade”. (Ibidem, p. 448). Possível traçar aqui um paralelo com os usos negociais, como *outro cânone hermenêutico* que, igualmente, não atuará de forma isolada.

(i) a *fase hermenêutica meramente recognitiva*, na qual o intérprete busca reconhecer aquilo que foi efetivamente declarado entre os contratantes, revelando a intenção das partes¹⁰⁶ (o fundamento dessa fase encontra-se no artigo 112 do Código Civil¹⁰⁷), e

(ii) a *fase hermenêutica complementar*, na qual o intérprete procura corrigir eventuais ambiguidades da declaração negocial, esclarecer possíveis obscuridades ou preencher suas lacunas.¹⁰⁸

A bipartição do processo hermenêutico é, contudo, criticada, no sentido de que seria “artificial” a decomposição desta atividade em momento recognitivo e complementar, pois a exegese contratual é processo unitário, caracterizado pela circularidade hermenêutica.¹⁰⁹

Contudo, em que pese se tome, para fins didáticos, a bipartição do processo interpretativo, por outro lado, não se pode inferir que estaria impossibilitado o intérprete de, em havendo necessidade, retornar à fase primeira, se, depois de trabalhar a complementariedade da interpretação, ainda não houver revelado o conteúdo contratual.

O Código Civil, além de ter concedido pouca atenção ao regramento da interpretação contratual, retirou do ordenamento os dispositivos do Código Comercial que remetiam aos “*usos e costumes*”. Isso dá ainda maior importância ao estudo de toda e qualquer pauta interpretativa e, ainda mais, aos usos negociais, pois à interpretação, necessariamente, concorrem diversos *elementos concretos exteriormente relevantes*, mesmo na concretização da busca da intenção comum.

O intérprete, na busca da revelação da plenitude do conteúdo contratual, dispõe de regras de interpretação gerais e especiais. Dentre as regras gerais, encontram-se os *usos*.

Assim, os usos, ao desempenharem a sua função interpretativa, são utilizados como instrumentos a atribuir sentido ao conteúdo contratual, sempre por meio de uma apreciação

¹⁰⁶ Parece adequado entender que a revelação da intenção das partes, contudo, não cessa nesta primeira fase da interpretação contratual, prosseguindo e sendo mesmo o próprio fim dessa atividade.

¹⁰⁷ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

¹⁰⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159 et seq.

¹⁰⁹ Nesse sentido é o entendimento de Felipe Kirchner. KIRCHNER, Felipe. **Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 290.

objetiva, que se considera compartilhada pelas partes.¹¹⁰ Pode-se afirmar que os usos negociais, enquanto elementos interpretativos, *explicam o conteúdo contratual*.

Cumpra analisar, especificamente, se seriam tais regras cogentes ou prescritivas para a atuação interpretativa objetiva livre do intérprete ou se, por outro lado, seriam tão somente comandos não imperativos, mas, sim, meramente pautas indicativas de sugestões.

Enzo Roppo, ao analisar os critérios de interpretação do contrato (“[...] critérios de escolha entre vários significados possíveis da expressão controversa”), afirma que, como tais critérios são estabelecidos, pela lei, por meio de uma série de normas,¹¹¹ eles atuam como prescrições juridicamente vinculativas com as quais o intérprete é obrigado a conformar-se e não apenas como indicações genéricas ou simples sugestões.¹¹² Nesse sentido, caberia ao intérprete, por prerrogativa inclusive legal, conformar, necessariamente, a sua interpretação aos usos negociais, por serem esses critérios objetivos externos formadores de prescrições juridicamente vinculativas.

Por outro lado, Rui Pinto Duarte afirma que as normas legais gerais sobre interpretação de contratos tendem a não ser imperativas, não só em razão do *princípio da liberdade contratual* como, também, em razão de que as partes são livres para *manipular as ressalvas* à aplicação daquela pauta interpretativa (obstando, assim, a sua aplicação).¹¹³ Com base nesse entendimento, então, as normas sobre interpretação dos contratos não seriam imperativas.

Contudo, no Direito Brasileiro, por expressa disposição legal contida especialmente no art. 112 e no art. 113 do CC, há regras de interpretação que o intérprete *deve* respeitar. Nesse sentido, Judith Martins-Costa refere-se a esses comandos como “cânones hermenêuticos legais”.¹¹⁴ Portanto, dentre as *regras de interpretação*, o intérprete valer-se-á, necessariamente, das *regras gerais* previstas nos mencionados dispositivos legais.

¹¹⁰ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹¹ O autor faz referência aos artigos 1362º-1371º do Código Civil Italiano. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 170).

¹¹² *Ibidem*, p. 170.

¹¹³ DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 16.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 397-398.

A primeira delas, contida no art. 112 do CC, expressa o comando da *ultraliteralidade*,¹¹⁵ ao prever que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à *intenção nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem. A linguagem é um instrumento de comunicação humana, mas pode sofrer imperfeições e até mesmo obnubilar o sentido daquilo que se procurou exprimir, e é por isso que o intérprete não poderá estar preso à literalidade da linguagem.¹¹⁶

A segunda regra de interpretação, contida no art. 113 do CC, por sua vez, é o comando régio dos usos negociais no ordenamento jurídico brasileiro, ao prever que os negócios jurídicos *devem* ser interpretados conforme a boa-fé e os *usos do lugar de sua celebração*.

A interpretação contrária a tais regras ou que negue vigência a esses comandos legais, estará, portanto, sujeita ao controle do ordenamento jurídico.

Os usos negociais são, reconhecida e legalmente, pautas ou instrumentos interpretativos.¹¹⁷ É critério, portanto, objetivo e externo, que determinará o sentido do negócio jurídico tal qual imerso no ambiente social.

Os usos, assim, no desempenho da função interpretativa, são aqueles dirigidos a aclarar o sentido do conteúdo contratual. Existem vários elementos objetivos por meio dos quais se pode interpretar o contrato, dentre eles, os usos negociais.¹¹⁸

¹¹⁵ Recordar-se da redação do art. 85 do Código Civil de 1916, o qual previa que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. (BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916). O Código Civil de 2002 (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) acrescentou a expressão “*intenção nelas consubstanciada*”. Assim, o intérprete – além do sentido literal da linguagem – deverá buscar a intenção consubstanciada nas declarações de vontade. A inclusão da expressão marca o suplantar da teoria da vontade. Acerca da crítica ao dogma da vontade, remete-se a Betti, que esclarece que a vontade, como fato psíquico interno, esgota-se com a declaração ou com o comportamento e é por ela ou por ele absorvida. Segundo Betti, o preceito de autonomia privada aparece pela primeira vez com a declaração e com o comportamento, e é a partir dessa aparição que adquire vida como entidade duradoura, exterior e separada da pessoa do seu autor. (BETTI, Emílio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Scientifichè Italiane, 1994. p. 99).

¹¹⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Márcia Sguizzardi. **Novo código civil**: parte geral, obrigações e contratos. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 59.

¹¹⁷ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2. p. 117.

¹¹⁸ Francesco Messineo aponta que tais práticas ou usos seriam *usos de fato*, ou contratuais ou negociais. O mesmo autor afirma: “[e]n el caso a que alude el art. 1368, el intérprete desembocará en lo que se practica generalmente en el lugar donde se ha concluído el contrato: en las llamadas “prácticas generales”. Se hace referencia, luego, a *los usos locales*, es decir, los vigentes en el *lugar de la conclusión* del contrato; y son *usos interpretativos*, que deben ser distinguidos de los llamados supletórios o integradores, los que son matéria de las “cláusulas de uso” de que habla el art. 1340. Los usos *integradores* son usos generales desde el

Trata-se, portanto, de interpretar os contratos empresariais¹¹⁹ em conformidade com os usos correntes entre aqueles que exercem a empresa e pactuam a mesma espécie de contratação, em determinado local.

Na hipótese de dúvidas sobre a inteligência e a força de um contrato empresarial, “a mente dos contratantes” deveria ser interpretada segundo os usos, o “estatuto da Praça” e o lugar da celebração do contrato, mesmo que as palavras do trato ou escrito diversamente signifiquem. Cairú afirmou “[...] 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”.¹²⁰ Portanto, a palavra escrita contém mais do que ela mesma para se dizer, por si só, interpretada. Deverá o intérprete ter em conta dentre outros, também, os usos e a boa-fé.

Ressalva seja feita à referência que se fazia a “interpretar a mente dos contratantes”. Com exceção da análise subjetiva da vontade, não mais vigorante, a ideia transmitida por Cairú é a de que aqui se operacionaliza, por meio da interpretação conforme os usos negociais, o comando da ultraliteralidade.

Os Tribunais Pátrios têm interpretado e aplicado os usos, nas suas variadas acepções.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul *interpretou* o contrato a partir dos usos negociais, por exemplo, ao analisar, o *caso dos contratos de arrendamento rural, com preço fixado em sacas de soja*.

Inobstante as disposições do artigo 95, inciso XI, alínea “a”, da Lei n. 4.504, de 30.11.1964, Estatuto da Terra, e do artigo 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66, de

punto de vista del territorio; en cambio, los usos *interpretativos* a que se refiere el art. 1368, se remontan a la práctica propia de un *determinado ambiente*, aunque desde el punto de vista de la materia puedan ser prácticas generales; los primeros (*integradores*) actúan aunque no exista duda sobre el alcance del contrato; los *segundos* (interpretativos) son *invocables* solamente *en caso de ambigüedad de cláusulas contractuales*. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2. p. 117).

¹¹⁹ Não apenas os contratos, como também, todos os negócios jurídicos – inclusive os unilaterais e os plurilaterais – *deverão* ser interpretados de acordo com os usos, nos termos do disposto no art. 113 do CC. O destaque para os contratos, aqui, deve-se, unicamente, em razão dos limites do objeto da presente dissertação.

¹²⁰ CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Princípios de Direito Mercantil, e Leis de Marinha**. Lisboa: Na Imprensa Regia, 1812. v.2. p. 540 Cf. CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 35, abr./jun. 2011.

14.11.1966, que regulamenta o Estatuto da Terra e dá outras providências, nas quais consta que o preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, dispondo, essa última, expressamente, que “é vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro”,¹²¹ as partes, no interior do Rio Grande do Sul e de outros Estados, na quase totalidade dos casos, pactuam que o preço será pago em produto. Ainda que as partes saibam ser essa a forma de contratação usual, mesmo que tenha havido pactuação escrita nesse sentido, e, em muitos casos, mesmo depois de assim cumprido o contrato durante anos (*com pagamentos em produto*), diversos casos foram levados ao Judiciário, requerendo, dentre outras postulações, a decretação da nulidade da cláusula que fixa o preço do arrendamento em produto, por contrariar expressa disposição legal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a exemplo de outros tribunais estaduais pátrios,¹²² julgou diversos casos no sentido de que “não é de ser declarada nula a cláusula do contrato rural que fixa o preço do arrendamento em quantidade de produto”,¹²³ pois em consonância com os *usos e costumes do interior*, os quais, no caso concreto, “mitigariam” a legislação em vigor, quando não verificadas situações de anormalidade.¹²⁴

Desses casos, infere-se que o Tribunal de Justiça utilizou os *usos negociais praticados no interior do Estado* para interpretar o contrato e, por este estar de acordo com aqueles, entendeu como válida a cláusula do contrato que pactua o pagamento do preço em produto, ainda que expressamente contrária à legislação vigente.

Os usos negociais, ao desempenharem essa função, estariam, portanto – ainda que apenas materialmente – contrariando legislação vigente.¹²⁵ Mesmo assim, seriam válidos e aplicáveis.

¹²¹ BRASIL. Decreto Lei n. 59.566/66, de 14 de novembro de 1966. Art 18.

¹²² MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 16678/2010. Relatora: Marilsen Andrade Addario, 2012.

¹²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70059671263. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, 2014. Contudo, será abordada, ainda neste estudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela nulidade da Cláusula. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.516.582-PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2015).

¹²⁴ Acerca das situações de anormalidade e da verificação das condições de intervenção, entrar-se-ia em outra seara, que não é objeto central desta pesquisa, mas é com detalhes abordada por RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

¹²⁵ Segundo Cesare 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

Por outro lado, não foi nesse sentido o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar contrato de arrendamento com cláusula que fixa preço de arrendamento em produto¹²⁶. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial n. 1.266.975-MG, sob a Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em julgamento ocorrido em 10.03.2016, decidiu que, “muito embora não seja válida a cláusula que estipulou o preço do arrendamento com base no próprio produto, deve o recorrente pagar o que efetivamente é de direito, com base em valor a ser arbitrado em liquidação”¹²⁷.

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”. (VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: Commercianti. p. 67).

¹²⁶ Tratando do mesmo conteúdo de mérito, ou seja, arrendamento rural pactuado com preço fixo, em Decisão Monocrática, o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, decidiu obstar a análise do Recurso Especial, primeiro pois era fundamentado em violação ao Decreto n. 59.566 e, não, em lei, como deveria e, ainda, fundamentando a negativa de seguimento no teor das Súmulas 5 e 7. No referido caso, foi interposto Agravo Regimental, o qual foi desprovido pelo mesmo fundamento. (BRASIL. STJ. AgRg em Recurso Especial n. 1.062.314-RS. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 2012). Contudo, quanto à aplicabilidade da Súmula 5, parece equivocada o fundamento. Inobstante a Súmula 5 do STJ, a qual dispõe que “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” (BRASIL. STJ. Súmula n. 5), o STJ não está impedido de discutir a interpretação de cláusulas contratuais em determinadas situações que vão além de uma “simples interpretação”. A discussão acerca de eventual *erro* de interpretação, segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino, não é simples interpretação e, nessa hipótese, portanto, tal súmula, irmã da Súmula 454 do STF, não incide. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 377). A Súmula 454 do STF dispõe que: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”. (BRASIL. STF. Súmula n. 454). Nesse sentido, é o paradigmático julgamento do RE 95.230-6-MS, do Supremo Tribunal Federal, acerca do art. 85 do Código Civil de 1916 (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem”). O STF, ao julgar esse Recurso Extraordinário, de relatoria do Ministro Moreira Alves, entendeu que inexistia violação ao art. 85 do CC/1916, porque, no caso, não se discutia a interpretação de cláusulas contratuais, mas, sim, se o contrato em causa se enquadrava, objetivamente, no tipo legal da sociedade em conta de participação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário n. 95.230-6-MS. Relator: Min. Moreira Alves, 1981).

¹²⁷ “RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO RURAL. PREÇO FIXADO EM PRODUTO. LIQUIDAÇÃO DO VALOR. PRECEDENTES. 1. É defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro. Entretanto, deve o recorrente pagar o que efetivamente é de direito, com base em valor a ser arbitrado em liquidação. Precedentes. 2. Recurso especial a que se nega seguimento.”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.516.582-PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2015). No mesmo sentido: “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À AÇÃO MONITORIA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. FIXAÇÃO DE PREÇO. CLÁUSULA. NULIDADE. PROVA ESCRITA. INSTRUÇÃO DO FEITO. POSSIBILIDADE. 1. Discute-se nos autos se contrato de arrendamento rural em que se estipulou o pagamento da dívida mediante entrega de produtos agrícolas serve como “prova escrita sem eficácia de título executivo”, hábil a amparar propositura de ação monitoria. 2. A teor do disposto no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, a prova escrita capaz de respaldar a demanda monitoria deve apresentar elementos indiciários da materialização de uma dívida decorrente de uma obrigação de pagar ou de entregar coisa fungível ou bem móvel. 3. É nula cláusula contratual que fixa o preço do arrendamento rural em frutos ou produtos ou seu equivalente em dinheiro, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/1966. Essa nulidade não obsta que o credor proponha ação de cobrança, caso em que o valor devido deve ser apurado, por arbitramento, em liquidação. Precedentes. 4. O contrato de arrendamento rural que estabelece pagamento em quantidade de produtos pode ser usado como prova escrita para aparelhar ação monitoria com a finalidade de determinar a entrega de coisa fungível, porquanto é indício da relação jurídica material subjacente. 5. A interpretação especial que deve ser conferida às cláusulas de contratos agrários não pode servir de guarida para a prática de condutas repudiadas pelo ordenamento jurídico, de

Percebe-se que, nesse caso, ainda que o STJ tenha declarado que “é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa em produto”, essa premissa não teve resultado invalidante do pacto e sequer garantiu a inaplicabilidade total dos usos negociais, na prática, pois: (i) haveria enriquecimento ilícito do arrendatário se, como resultado da invalidade da cláusula, simplesmente não ocorresse o pagamento pelo arrendamento contratado e, portanto, foi determinado o arbitramento do preço; (ii) para fins de arbitramento do preço, certamente, um critério externo e objetivo válido seria, justamente, o preço praticado no mercado da região; (iii) o mercado, *usualmente*, na prática, fixa o preço do arrendamento em produto ainda que contrariamente à lei.

A *interpretação a partir dos usos negociais*, por parte de qualquer intérprete que se depare com um determinado negócio jurídico (inclusive a própria parte contratante, seu intérprete primeiro¹²⁸), ocorre, também, em diversas outras situações, das quais se pode citar, como exemplo: (i) as contratações nas regiões fumageiras, em que a “moeda” do comércio é o fumo; (ii) o preço dos imóveis, especialmente os rurais, no interior do Rio Grande do Sul, normalmente calculados a saca de sojas, pelos negociantes; (iii) as transações em moeda estrangeira e/ou relativas às *comodities*, operacionalizadas via telefone.

Percebe-se, pois, o papel fundamental que os usos negociais desempenham na interpretação contratual.

1.2.1.2 A interpretação-integrativa

Quando a fase complementar do processo interpretativo (fase ii, anteriormente abordada) volta-se, propriamente, ao preenchimento de lacunas, abre-se uma fase do processo

modo a impedir, por exemplo, que o credor exija o que lhe é devido por inquestionável descumprimento do contrato. 6. Recurso especial não provido.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.266.975-MG. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2016).

¹²⁸ KIPP-WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, §84º; HELLWIG, *Lehrbuch des D.Z.P.R.*, II, §92º, n. 5 e TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, p. 84, n.5º *apud* DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941. p.15. Mesmo reconhecendo a opinião dos doutrinadores citados, Erich Danz, em sentido contrário, entende que “[...] as regras sobre interpretação se dirigem ao juiz e não às partes, como sucede com outras normas do direito material; essas normas não dispõem que, dando-se certos factos, nasça ou se extinga um direito subjectivo individual, limitando-se a prescrever o caminho que o juiz há-de seguir para os seus julgamentos. Apresentam, portanto, uma extraordinária analogia com os preceitos do Direito processual civil”. (Ibidem, p. 15). Pontes de Miranda também analisa o tema. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais).

interpretativo cuja função é revelar o conteúdo implícito ou não declarado do negócio jurídico: a *interpretação integrativa ou integradora*. Essa pauta atuará quando o intérprete, inobstante a leitura do conjunto e da sistemática contratual completa, não consegue revelar o conteúdo global do negócio jurídico.¹²⁹

Há divergências na doutrina acerca da distinção – ou não – existente entre *interpretação integrativa e integração*. Embora, no que concerne às regras de interpretação, o sistema jurídico brasileiro guarde alguma semelhança com o sistema jurídico alemão, para a compreensão da separação entre as duas dimensões, parece adequado o entendimento adotado no sistema jurídico italiano, no qual o conceito de interpretação integrativa é menos amplo do que naquele. A doutrina italiana, como parte da doutrina brasileira já o percebe, aponta distinção entre ambos os campos de atuação.¹³⁰

Francesco Messineo destaca que a *interpretação integradora* é conceito intermediário entre a interpretação e a integração.¹³¹ O autor afirma que a *interpretação integradora* é a que serve para *evidenciar os elementos* do conteúdo do contrato.¹³² Com a interpretação integradora, não se atribui aos contratantes uma intenção comum mais extensa do que eles teriam, mas, apenas, agrega-se ao conteúdo do contrato aquilo que, por uma vontade estranha, mas não eliminável, deve se considerar incluída nele.

Comentando os artigos 1339 e 1340 do Código Civil italiano,¹³³ Francesco Messineo afirma que, nesses dispositivos, são mencionadas cláusulas que são inseridas,

¹²⁹ Segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino, “a interpretação integrativa, assim, não revela o conteúdo da declaração negocial constitutiva do negócio jurídico, pois não houve declaração negocial relativa ao ponto lacunoso”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 375).

¹³⁰ Ibidem, p. 269. Francisco Paulo de Crescenzo Marino afirma: “[...] parece mais adequado, no tocante à separação entre interpretação integrativa e integração, adotar a solução italiana, haja vista que a *ergänzende Auslegung*, fundada nos §§ 157 e 242 do BGB, ter acabado por assumir conotação mais ampla do que a interpretação integrativa da doutrina italiana, aproximando-se, então, da integração [...] Com efeito, afigura-se possível e desejável distinguir claramente os campos de atuação.” (Ibidem, p. 269).

¹³¹ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 120-121.

¹³² Ibidem., p. 120. “Se considera interpretación integradora la que sirve para poner en evidencia elementos del contenido del contrato, de los que éste ya es *virtualmente* capaz si se le entende de conformidad con el ordenamiento jurídico; y quizá se podría también hacer referencia aquí a la figura contemplada bajo outro aspecto por el art. 1365, en la que se ve (cfr. *Supra*, n.7) una hipótesis de interpretación extensiva. Con la interpretación integradora *no se atribuye* a los contratantes una *intención* común *más extensa* que la que ellos tendrían, *sino que se le agrega* lo que por voluntad *extraña*, pero ineliminable, debe considerarse incluído en ella”.

¹³³ ITÁLIA. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. **Il Codice Civile Italiano**. “Articolo 1339 - Inserzione automatica di clausole: Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative)

automaticamente, no conteúdo dos contratos. Ele especifica referindo que tais cláusulas são impostas pela lei (imperativa) ou por normas corporativas ou, então, são as chamadas *cláusulas de uso*. Para o autor, as cláusulas de uso (art. 1.340) entendem-se, igualmente, inseridas – em função supletiva – no conteúdo do contrato, exceto se as partes se manifestaram em sentido contrário.¹³⁴

Na doutrina brasileira, não é pacífica essa distinção.

Na ótica de Clóvis do Couto e Silva, a *interpretação integradora*, como é por ele chamada, é a forma de interpretação que teria como objetivo “aumentar o conteúdo do negócio jurídico”, processo esse que estaria adstrito, tão somente, “[...] à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato [...]”. Sua função, portanto, seria integrar o conteúdo do contrato com “deveres que não emergem diretamente da declaração”.¹³⁵ Percebe-se que, a partir dessa conceituação, o fenômeno estaria, portanto, restrito à interpretação da vontade das partes.

Diferente conteúdo é atribuído por Francisco Paulo de Crescenzo Marino à interpretação integrativa. O autor, defendendo posicionamento distinto do de Clóvis do Couto e Silva, remete às premissas adotadas por Judith Martins-Costa, segundo quem, a boa-fé, como “*cânone hermenêutico-integrativo*”, atuaria como “recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes’ e, também, como critério para o preenchimento de lacunas contratuais, inserindo no conteúdo do negócio jurídico os chamados ‘deveres secundários de prestação’. Tratar-se-ia, de qualquer modo, de ‘especificação do conteúdo contratual’”.¹³⁶ Já, na sua função de integração do conteúdo contratual, haveria a determinação de sua otimização, independentemente de regulação voluntaristicamente estabelecida.¹³⁷

sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti (1419, 1679, 1815, 1932)”. E “Articolo 1340 - Clausole d'uso: Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti”.

¹³⁴ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 121. “[...] *pero*, en cuanto a ellas, es concebible que las partes se hayan apartado. Esto ocurre cuando resulte o se demuestre una voluntad expresa ou tácita en tal sentido; si tal voluntad existe, el uso se entiende derogado”.

¹³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 36.

¹³⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 272. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 440. E, ainda, alterando a classificação referenciada por Francisco Paulo de Crescenzo Marino: *Ibidem*, p. 444.

Contudo, relevante anotar que Francisco Paulo de Crescenzo Marino se pauta na primeira edição da obra de Judith Martins-Costa. A autora, na edição atualizada da sua obra, pontua que:

[...] ciente de as classificações não serem verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis, pertinentes ou não-pertinentes, adoto agora outra classificação – também tripartite em seus traços mais largos – discernindo, porém, entre a *função hermenêutica* exercida pela boa-fé e suas peculiaridades na determinação do sentido e do alcance do contrato; a *função integradora*, ou *integrativa*, completando o contrato com a determinação de deveres às partes e a função de *correção do conteúdo contratual e do modo do exercício jurídico* em que se alocam as funções de modulação/expurgo do conteúdo contratual, quando abusivo, e de limite ao exercício jurídico, quando disfuncional.¹³⁸

Francisco Paulo de Crescenzo Marino define a interpretação integrativa como “a fase complementar do processo interpretativo [que] volta-se ao *preenchimento (à integração) de lacunas da declaração negocial* [...]”. E complementa: “[n]a verdade, trata-se de etapa do processo interpretativo cuja função é justamente garantir que ele atinja seu fim último: revelar o conteúdo global do negócio jurídico. Parece preferível, assim, falar em fase hermenêutica complementar”.¹³⁹

A partir da análise da doutrina referida, duas considerações parecem as mais relevantes – a par das imprecisões e da divergência de fundamentações. O problema da distinção entre interpretação-integrativa e integração passa, necessariamente, pelo: (i) conceito de lacuna da declaração negocial, que este estudo abordará ao tratar da integração; pelas (ii) espécies das respectivas fontes, e pelo (iii) objeto a ser integrado.

Assim assumindo, a interpretação integrativa prestar-se-á a operar (i) não na hipótese de lacuna, enquanto *ausência* de dados, mas, sim, operar-se-á quando há dados no contrato, porém, eles não estão claros ou não estão completos a prover a plenitude do conteúdo contratual; (ii) as fontes, ainda que externas (p.e., usos negociais) já estarão implícitas no conteúdo contratual, especificamente, na declaração da vontade, expressa ou não; e (iii) o conteúdo contratual é o objeto a ser integrado e completado.

Por sua vez, a integração exercerá sua função (i) na *ausência de dados*, ou seja, em caso de lacuna propriamente dita no contrato; (ii) as fontes serão extranegociais (p.e., os usos negociais); e (iii) o objeto é a integração dos efeitos dos negócios jurídicos.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 444.

¹³⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217.

Nesse sentido, a interpretação integrativa opera-se para revelar o “conteúdo implícito ou não declarado do negócio jurídico”. Trata-se de processo que configurará o “meio para se dar ao conteúdo toda a extensão que ele deve ter, dentro do que pode ter”.¹⁴⁰ Já, por meio da integração – dimensão que será abordada a seguir – “imputam-se efeitos jurídicos ao negócio jurídico *diretamente*, isto é, sem o intermédio do conteúdo do negócio jurídico”.¹⁴¹

Próximo ao conceito de *interpretação integradora*, na doutrina inglesa, existem os *implied terms*. Trata-se, justamente, de um conceito que se aproxima das estipulações tácitas. São estipulações implícitas¹⁴² que, embora não tenham sido expressas no contrato, estão presentes, quer na negociação, quer no complexo regulativo que é o contrato. Dentre esses termos ou definições implícitas, destacam-se: (i) *terms implied in fact*, cuja disciplina é óbvia para as partes, pois é a vontade presumida que contará com a interpretação integrativa da vontade, razoabilidade e boa-fé; (ii) os *terms implied in law*, ou seja, o direito legal do tipo, dispositivo ou injuntivo, pois trata-se da disciplina do tipo contratual legal; e, por fim, objeto deste estudo, (iii) os *terms implied by costum or usage*, justamente, os *usos e costumes* razoáveis do mercado, do comércio, ou da localidade que são assim introduzidos na regulação contratual.¹⁴³

Pedro Paes de Vasconcelos afirma que, “quando os contratos sejam socialmente típicos, mas legalmente atípicos, é a doutrina do ‘*implied terms*’, funcionando como *interpretação contratual integradora*, que vai fornecer o critério de preenchimento do que não tenha sido estipulado”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais, p. 72-73.

¹⁴¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

¹⁴² David Campbell e Hugh Collins, ao concluírem que a importância que deveria ser atribuída ao contrato escrito ou à minuta deve depender, em termos finais, do contexto e das compreensões implícitas que envolvem a transação. Assim, mesmo em uma transação complexa, se poderia ter um documento sucinto, não pretendendo, nas palavras dos autores, ser um exemplo de autorregulamentação extensiva, e o contexto pode ser um parâmetro comercial frequente entre as partes no mesmo tipo de negócio. Afirmam que, “nesses casos, parece haver uma tendência irresistível para o reconhecimento jurídico das dimensões implícitas do contrato a serem descobertas nos costumes comerciais e nos parâmetros negociais adotados pelas partes.” (CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Descobrimo as dimensões implícitas dos contratos. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. [Org]. **Para que serve o direito contratual?** direito, sociedade e economia. São Paulo: Direito GV, 2014. p. 84).

¹⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 393-394.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 395.

A integração contratual, que será abordada adiante, é fenômeno considerado cronologicamente posterior e subsidiário em relação à interpretação integrativa¹⁴⁵. No entanto, partindo-se do pressuposto assumido nesta dissertação, de que a função dos usos é *pluridimensional* e conseguida, conforme abordado anteriormente, não se pode assumir que seria apenas cronologicamente posterior, de forma estanque. Isso, porque as funções dos usos são dinâmicas, o que significa que, depois de interpretar e de integrar um contrato, pode ocorrer a necessidade de interpretá-lo novamente ou seguir o interpretando, na busca da clarificação do conteúdo contratual.

1.2.1.3 A (pré-)compreensão

Nos processos de interpretação dos contratos, um pressuposto deve ser assumido: a inexorável participação dos usos negociais. Ainda que, ao menos, inconscientemente,¹⁴⁶ na compreensão e na *pré-compreensão* do intérprete acerca de determinado texto ou de determinada conduta, estará presente, em maior ou menor grau, esse elemento consuetudinário.

Apesar de, como exposto, os usos negociais serem critério interpretativo para a apreciação *objetiva* do contrato, não se pode olvidar que, em toda e qualquer interpretação, seja de um texto claro ou ambíguo, seja de um texto completo ou incompleto, sempre haverá uma compreensão prévia e uma *pré-compreensão* do intérprete (seja ele o próprio contratante, seja o julgador), acerca do objeto.

Adequadas ou não tais compreensão e pré-compreensão, o intérprete, antes de tudo, haverá de reconhecer e, mais do que isso, aceitar (e, nisso consiste a sua “pré-compreensão”, no sentido de Gadamer) que elas existem e atuam no processo interpretativo. Reconhecer e estar ciente da pré-compreensão ou pré-conceitos do intérprete quanto ao objeto da realidade e

¹⁴⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159 et seq.

¹⁴⁶ Ainda que inconscientemente, no processo de elucidação de termos indeterminados ou do sentido de determinados dispositivos e condutas, participa o elemento consuetudinário. LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 116.

da sua compreensão a partir do hábito e da linguagem em determinado tempo e espaço é fundamental ao processo de compreensão e apreensão do conteúdo contratual.¹⁴⁷

As palavras não têm um significado estático. Serão contextualizadas pelo intérprete, pois são dinâmicas, e o seu significado também o é. Da mesma forma, os comportamentos.

Nesse sentido, Karl Larenz afirma que o intérprete necessita da sua pré-compreensão para proceder ao processo de compreender. Nas palavras do autor:

[...] no início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre em inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma pré-compreensão, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutra aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma ‘conjectura de sentido’. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender.¹⁴⁸

Essa pré-compreensão do intérprete é o resultado de um longo processo de aprendizagem, no qual estão necessariamente incluídos, tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as suas experiências, em especial as relativas a fatos e contextos sociais.¹⁴⁹ O intérprete do contrato terá de enfrentar a sua tarefa, portanto, com todo o seu saber acerca de problemas jurídicos, de diferentes formas de pensamento, conexões de problemas e, assim, com diferentes possibilidades condicionadas de solução do Direito vigente, bem como o seu conhecimento acerca da linguagem que costumam utilizar o legislador e o jurista.¹⁵⁰

Acresce-se, então, que, de igual modo, deverá o intérprete enfrentar a sua tarefa com o seu saber acerca dos usos negociais. Isso quer dizer que, no universo da interpretação contratual, os contratantes e operadores do direito devem se valer e normalmente se valem do que, habitualmente, se pratica em uma comunidade ou setor, em um dado momento, na “*vita di relazione*”.¹⁵¹

¹⁴⁷ Diante de qualquer texto, “[...] reconhecemos que a nossa tarefa é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 357).

¹⁴⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 288.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 288-289.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 288-289.

¹⁵¹ A expressão é usada por Emílio Betti (BETTI, Emilio. *Negoziio giuridico*. **Novissimo Digesto Italiano**, Torino, v. 11, p. 209, 1965).

E, aqui, também se opera a função hermenêutica dos usos: os usos negociais integram a pré-compreensão e a compreensão necessárias para desvelar o conteúdo contratual em sua plenitude. Seja daquele que vai contratar ou interpretar um contrato, seja daquele que vai analisar possíveis critérios de decisão de um litígio contratual.

Em certa medida, a atuação dos usos, enquanto hábito de linguagem, como integrantes da compreensão e até mesmo da pré-compreensão dos contratantes, pode ser exemplificada com o *caso da cobertura em Fortaleza*.¹⁵² O TJCE julgou uma ação de resolução de um contrato de compra e venda cumulada com perdas e danos que possuía por objeto imediato bem imóvel, alegando a autora ter recebido imóvel diverso do que se entende no tráfico por “*apartamento de cobertura*”. A autora alegou que o imóvel recebido não estava em consonância com o estabelecido no contrato, porque, por apartamento “*de cobertura*”, entende-se, no tráfico, como aquele diferenciado pela qualidade em relação aos demais que formam o edifício e não, simplesmente, como aquele localizado no último andar. Assim, interpretando a real intenção das partes contratantes, com base na boa-fé objetiva e *nos usos do lugar da celebração*, foi julgado procedente o pedido da autora.

Esse exemplo exprime a *aplicação da compreensão formatada pelos usos* (enquanto hábito da linguagem do espaço-tempo) junto à *interpretação integradora*, já que o TJCE tomou os usos do lugar para compreender a real intenção dos contratantes. Os usos, portanto, atuam, muitas vezes, de modo decisivo, seja de maneira expressa, seja por meio da pré-compreensão que cada intérprete, necessariamente, traz consigo.¹⁵³

Bem entendido, não significa dizer que o processo interpretativo será tomado de critérios subjetivos, de ordem pessoal ou de atribuição de sentidos sem formulações técnicas prévias e específicas. Conforme já mencionado nesta pesquisa, os intérpretes deverão pautar-

¹⁵² CEARÁ. Tribunal de Justiça. ED no EI 446406-75.2000.8.06.0000/2. Relatora: Maria Iracema do Vale Holanda, 2009. Em trecho da ementa, constou: “3. Na interpretação das cláusulas contratuais, para obter o efetivo desejo das partes contratantes, deve ser privilegiado o princípio da boa-fé contratual, além das práticas que a experiência ordinária reputa correntes em determinada localidade em relação aos critérios puramente gramaticais.” E “5. Na cidade de Fortaleza, as expressões ‘apartamento em cobertura’, ou ‘de cobertura’, adquirem idêntico significado, sugerindo ao contratante que se trata não apenas de apartamento situado no último pavimento do edifício, mas que possui características que o diferenciam dos demais, a evidenciar uma maior qualidade”. O exemplo foi citado por Gustavo Haical ao expor uma visualização prática da interpretação de um contrato pautada nos usos do lugar e nos ditames da boa-fé, a fim de se compreender a real intenção dos contratantes. HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 50, p. 37, 2012.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 135.

se, nesse processo, por *critérios objetivos* (p.e., pautas interpretativas ou cânones hermenêuticos).

A aplicação desses critérios, porém, não pode descurar do fato de que é inafastável a atuação do elemento pré-compreensão como colmatador e formatador desse pensar.

Assumir essa necessidade é índice de segurança, na medida em que a aplicação desta pré-compreensão poderá se dar de forma dirigida, para a correta e adequada aplicação dos critérios objetivos. Negá-la, no intuito de conferir objetividade ao processo interpretativo, seria um equívoco, pois só tornaria a incidência da pré-compreensão subjetiva e desmedida, eis que desenfreada.

1.2.2 A dimensão integradora

Conforme já abordado, ao se realizar a distinção entre interpretação integrativa e *integração*, essa é o processo aplicável quando há ausência de dados ou elementos no contrato, diferente, portanto, daquela, a qual opera quando há dados, porém, não estão claros ou não estão completos.

A integração pode ser descrita, ainda, como o processo por meio do qual se *adicionam* ao conteúdo contratual *fontes extranegociais*, tais como as normas supletivas e, no ponto que aqui releva, os usos negociais. Na integração, a interpretação, portanto, servirá como instrumento.

A interpretação integrativa é, pois, diferente da *integração por meio de interpretação*. Consegue-se integrar um contrato apenas após tê-lo interpretado e identificado aquilo que não está posto. Até mesmo para perceber que nada há a ser integrado, é preciso o interpretar.

A integração é pauta *heterônoma*, eis que ela se operacionaliza mediante aplicação de *fontes específicas e externas*.

Comumente, citam-se como as principais fontes da integração: (i) as normas supletivas (dispositivas ou cogentes); (ii) o princípio da boa-fé objetiva e, finalmente, (iii) os usos negociais desempenhando a sua função integrativa.¹⁵⁴

A integração deverá ser atenta à finalidade econômica do contrato e deverá se inspirar na boa-fé, conjugada com os usos. Importará, ainda, à integração, a equidade.¹⁵⁵

Para Francesco Messineo, a interpretação integradora e a integração são produtos da “vontade legislativa”, o que, segundo o autor, quer dizer que se devem considerar agregados ao conteúdo do contrato, todos os efeitos e/ou consequências que a lei, ou, na sua falha, os usos e a equidade implicarem.¹⁵⁶

Contudo, não é unívoco e sequer é sempre claro tal entendimento na doutrina, especialmente, no que concerne à distinção entre *interpretação integrativa e integração*, mas, mais especificamente, quanto à questão do preenchimento de lacunas do conteúdo do negócio jurídico – *se se trata de processo interpretativo integrativo ou, de fato, de integração*.

Cumprе aprofundar o já anteriormente abordado. Francesco Messineo esclarece que a integração do contrato se exercita não tanto sobre o conteúdo do contrato, mas, sim, sobre os seus efeitos. Por meio da integração, diferentemente da interpretação-integradora, os efeitos jurídicos seriam imputados ao negócio jurídico *diretamente*, o que significaria: sem o intermédio do conteúdo negocial.¹⁵⁷ Trata-se de preencher as lacunas do contrato e, não, de estabelecer até que ponto pode chegar a intenção comum das partes. Portanto, mediante a

¹⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159 et seq. Ainda sobre os usos na função de integração do contrato, Francesco Messineo afirma, tratando dos meios de integração no Direito Italiano: “Los usos y la equidad están colocados en el mismo plano; no hay jerarquía entre ellos. En cuanto a los usos, ha de advertirse que se trata de los llamados técnicamente usos jurídicos o normativos, es decir, de los usos que son verdaderas y propias fuentes de derecho objetivo [...]. Se trata, pues, de los usos jurídicos – generales o especiales o locales – que rigen en materia de contrato en general, sin perjuicio de las referencias que, a los mismos usos, se hagan en la oportunidad de disciplinar cada uno de los contratos en particular. El principal campo de aplicación del art. 1374, en orden a las consecuencias que resultan para los contratantes según los usos, es (de acuerdo con lo manifestado) el de los contratos de aparcería, colonato parciario y aparcería pecuária, respecto de los cuales dispone el art. 2187 en concordancia con el art. 1374. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 123-124). O autor faz a distinção entre a função do art. 1374 e do art. 1340, que, no primeiro, faz alusão à lei e, em subordinação, os usos ou equidade. Já, no segundo, a eficácia das cláusulas de usos é imediata, salvo se as partes a excluïrem.

¹⁵⁵ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 179.

¹⁵⁶ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 123-124.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 123-124.

integração, far-se-ia surgir dos contratos efeitos que eles não poderiam produzir por mera interpretação, nem mesmo pela interpretação integradora.

Por sua vez, Francisco Paulo de Crescenzo Marino destaca que a integração é um problema de “fontes do regramento negocial” e, não, um problema de preencher lacunas da declaração negocial. Para o autor, na maioria das vezes, a atribuição de efeitos jurídicos ao negócio depende do processo de integração, que, para ele, é logicamente posterior à interpretação. Na integração, à fonte negocial adicionam-se fontes “extranegociais”, antes referidas.

Importa, à análise do processo integrativo, a abordagem do conceito de lacuna.

Karl Engisch aborda o conceito de lacuna jurídica diferenciando-o quanto à concepção legalista ou positivista do Direito:

O conceito de lacuna jurídica, na verdade, entrelaça-se com o próprio conceito de Direito. Se, ao falarmos do Direito, apenas pensarmos no Direito legislado, ‘lacuna jurídica’ é o mesmo que ‘lacuna da lei’. Mais exactamente, falaremos de uma ‘lacuna da lei’ sempre que desta se não consegue retirar, através da interpretação (no sentido atrás explicitado), qualquer resposta para uma questão jurídica que temos de pôr. Se, pelo contrário, ao falarmos de ‘Direito’, pensarmos no ‘direito positivo’ na sua totalidade, o qual, além do Direito legislado, também abrange o Direito consuetudinário, então só teremos uma lacuna jurídica quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dêem resposta a uma questão jurídica. Se o Direito consuetudinário nos fornece qualquer indicação onde a lei nos não diz nada, encontramos-nos perante uma lacuna da lei, mas não em face de uma lacuna do Direito positivo.¹⁵⁸

Nesse sentido, as lacunas seriam as deficiências do Direito Positivo, neste compreendido o legislado ou o consuetudinário, que seriam apreensíveis como “faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora”.¹⁵⁹

Somente quando determinada questão jurídica não puder ser compreendida, nem através da lei, nem por meio do Direito Consuetudinário, é que seria possível falar em *lacunas*. Karl Engisch afirma: “[...] a lei fornece uma resposta quando esta dela é retirada por

¹⁵⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 280.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 280.

interpretação, mesmo que seja uma interpretação extensiva. Na medida em que a interpretação baste para responder às questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso”.¹⁶⁰

Apesar da diferença de referencial teórico e da diferença de alguns pressupostos adotados pelo autor, parece possível transpor, guardadas as devidas ressalvas, esse modelo de pensamento a este estudo e, especificamente, aos usos aplicados no negócio jurídico.

Poder-se-ia pensar, em perspectiva semelhante à de Karl Engisch, que se os *usos negociais* fossem tomados, aqui, como sinônimo de Direito Consuetudinário, não seriam elementos *integradores de lacunas* do conteúdo contratual, pois eles simplesmente *excluiriam as lacunas*; em outras palavras, existindo os usos negociais aplicáveis à espécie, *lacunas a integrar não existiriam no contrato*. Haveria, no máximo, interpretação integrativa a realizar.

Todavia, diante dos conceitos já expostos e assumidos como pressupostos neste estudo, poder-se-ia, por outro lado, pensar que os usos negociais são, por vezes, *elementos objetivos integradores de lacunas*, pois atuam, justamente, no sentido de *as colmatar, encerrá-las*.

A decisão por qual concepção adotar a resolver a experiência proposta, passaria, desse modo, pela *força prescritiva* do uso negocial em questão e teria de ser resolvida no caso concreto. Partindo-se do pressuposto de que os usos negociais são verdadeiro *direito positivo*, capaz de impor condutas, parece que a transposição à ótica de Karl Engisch poderia ganhar forças.

Tal forma de analisar o conceito de lacuna, no entanto, não é o mais corrente na doutrina que, conforme anteriormente exposto, encontra-as se faltar na lei ou no contrato conteúdo suficiente a alçar o intérprete à plenitude contratual, o que deverá ser *preenchido* com as fontes extranegociais anteriormente abordadas, dentre as quais, p.e., os usos negociais.

Inobstante não se tratar de tema pacífico, especialmente diante da utilização imprecisa das terminologias e da distinção entre as possíveis pautas, isso não impactará na proposta deste capítulo: interpretar os usos para investigar como eles são aplicados no *processo de*

¹⁶⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 280.

integração dos contratos. Pode-se dizer que esse processo se dá, no ordenamento jurídico brasileiro, de duas formas: por *remissão legal geral* ou por *remissão legal específica*.

1.2.2.1 Remissão legal geral

Ao tratar-se especificamente da *integração por remissão legal geral*, remete-se, necessariamente, ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no qual há genérica remissão à aplicabilidade da analogia, dos *costumes* e aos princípios gerais de direito, na hipótese de omissão legislativa.¹⁶¹ A lacuna, que não deixa de ser omissão, seria suplantada pelos *costumes*.¹⁶²

Atenta-se, neste estudo, especificamente à remissão aos “costumes” para a integração das lacunas ou, como defendem alguns autores, para a integração do conteúdo contratual mediante fontes extranegociais. O dispositivo trata-se de uma remissão geral às normas consuetudinárias, que terá cabimento sempre que houver lacuna legislativa.¹⁶³ Nesse sentido, a indicação expressa do recurso aos costumes como um dos caminhos para a integração das lacunas da lei, o art. 4º da LINDB reconhece a insuficiência do modelo legislativo e consagra a aplicação do modelo consuetudinário,¹⁶⁴ como forma de integração no sistema jurídico brasileiro.

Igualmente, necessária a combinação ao disposto no art. 113 do CC, o qual será aprofundado em capítulo específico neste trabalho, quando da análise da recepção dos usos negociais no ordenamento jurídico brasileiro. O importante, desde já, é pontuar que a legislação, expressamente, remete aos “*usos do local da contratação*”.

Percebe-se, a partir desse dispositivo legal, a remissão do intérprete aos usos do local da contratação também para integrar o negócio jurídico, na hipótese específica do contrato, quando não se puder, a partir apenas dele próprio, alcançar a intenção das partes e a totalidade do conteúdo contratual.

¹⁶¹ Art. 4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).

¹⁶² Em que pese a imprecisão terminológica, compreende-se inclusa no termo *costumes* a ideia de usos negociais, objeto da presente pesquisa.

¹⁶³ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 162.

Judith Martins-Costa, ao abordar o exemplo do *caso da fixação de juros*,¹⁶⁵ refere que o STJ apreciou a coligação entre usos e boa-fé para a *integração* de contrato bancário no caso de *lacuna* na fixação dos juros, já que declarada a nulidade da cláusula respectiva. No caso citado pela autora, o contrato previa a incidência de juros remuneratórios, porém sem lhe precisar o montante. A cláusula controvertida tinha a seguinte redação:

Cláusula 3ª. Sobre o saldo devedor do crédito concedido incidirão encargos financeiros, praticados pelo BANCO e que se mostrarem vigentes em cada oportunidade deste débito, assegurando ao CLIENTE o acesso e conhecimento dos mesmos, em quaisquer das agências do BANCO.

Percebe-se, na cláusula, a inexistência, por um lado, de pactuação dos juros em valor pré-determinado e, por outro, a inexistência de sua fixação em valor de mercado. Porém, da redação dessa cláusula, é possível inferir que os juros foram, sim, pactuados em contrato. Sua taxa, contudo, não o foi.

O STJ julgou correta a decisão que havia considerado nula tal cláusula por ficar ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. Julgou que era hipótese para “[...] *preencher a lacuna* do contrato mediante a *interpretação* de qual seria a vontade das partes em relação aos juros que foram previstos na disposição reputada nula”. A par da imprecisão terminológica, julgou restarem duas possibilidades para a solução do caso: (i) fixar os juros no *patamar legal* ou (ii) *limitá-los à média de mercado*. E o STJ concluiu:

[...] Não há como limitar os juros ao patamar legal. Em primeiro lugar, porque esse limite não é oponível às instituições financeiras, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte. Em segundo lugar, porque, nos termos do art. 112 do CC/02, é necessário interpretar os negócios jurídicos tendo em vista a intenção das partes ao firmá-los. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato. Ora, a melhor forma de adequar a contratação aos usos e costumes do local é limitando a taxa de juros, não ao percentual fixado na Lei de Usura, mas à média cobrada pelas instituições financeiras em operações da espécie. Ou seja, a média de mercado. Esses são os usos e costumes, e é essa a solução que recomenda a boa-fé. [...]

Percebe-se, então, que, aplicando o art. 112 e o art. 113 do CC, o STJ determinou ser necessário “*preencher a lacuna do contrato*”, “*interpretando-o*” tendo em vista a intenção das partes, a qual deve ter em conta a boa-fé, os *usos e os costumes do local da celebração do contrato*. Infere-se, dessa análise, que tal hipótese se refere, na verdade, à *integração* aplicada,

¹⁶⁵ BRASIL. STJ. Resp. 715.894/PR. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 2007.

ou seja: os usos negociais atuando no seu papel integrador, para preencher a lacuna do contrato, mediante a interpretação como instrumento.

1.2.2.2 Remissão legal específica

Acerca da remissão legal específica, é importante notar que diversos dispositivos esparsos do Código Civil remetem o intérprete aos *usos*, conforme, aliás, em parte, já foi abordado neste estudo, ao se tratar dos diferentes elementos consuetudinários.

Assim, especificamente no que concerne aos *usos negociais*, conforme anteriormente referido, não há uma remissão a essa expressão *ipsis litteris*. Contudo, há remissões específicas que devem, sim, ser lidas e interpretadas como remissões aos *usos negociais*, ao menos, na significação lata que lhe é atribuída neste estudo.

Na disciplina do Direito Obrigacional, a que importa ao presente estudo, são diversos os casos expressamente previstos no Código Civil, com remissões legais específicas para a atuação dos *usos*¹⁶⁶ em seu papel integrativo. Em todos eles, os usos são chamados a atuar na ausência de elemento interno do próprio conteúdo contratual, seja explícito, seja implícito. Assim, o Código Civil, em determinadas situações, remete o intérprete aos usos, geralmente tomando esses atrelados a critério geográfico, para que eles supram e completem, colmatem a plenitude do conteúdo do contrato.

Uma das remissões aos “*usos*” é feita para identificar a *não configuração da equivalência oferta ao público e proposta* e está disposta especificamente no art. 429 do CC. Referido artigo dispõe que a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos *usos*. Por meio desse dispositivo, o intérprete é remetido aos “*usos*” como hipótese de exceção à regra de que a oferta ao público equivaleria à proposta. Em outras palavras, ainda que a oferta ao público encerre os requisitos essenciais do contrato, não equivalerá à proposta se os usos assim demonstrarem.

¹⁶⁶ Deixa-se, propositadamente, de adjetivar os usos como “negociais”. Cada uma das hipóteses de remissão legal específica será tratada, neste capítulo, com a nomenclatura que lhe atribuiu o Código Civil. Registra-se, contudo, a já anteriormente abordada ausência de precisão na nomenclatura utilizada e a impossibilidade, portanto, de adotar uma taxonomia estanque.

Na disciplina dos vícios redibitórios, encontra-se uma *remissão específica aos “usos locais” para colmatar os prazos de garantia dos vícios ocultos nas vendas de animais*, prevista no art. 445, parágrafo 2º, do CC. O seu *caput* prevê a regra de que o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e no prazo de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva. E acrescenta a ressalva de que, se o adquirente já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. O parágrafo primeiro desse dispositivo excetua os vícios que por sua natureza só podem ser conhecidos mais tarde, situações nas quais o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis. E, então, especificamente no que concerne à presente pesquisa, o parágrafo segundo prevê expressamente que “[t]ratando-se de *venda de animais*, os prazos de garantia por vícios ocultos *serão os estabelecidos em lei especial*, ou, na falta desta, *pelos usos locais*, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria”. Na ausência, portanto, de legislação especial de regência da matéria, aplicar-se-ão os *prazos usuais* para a hipótese, no local da contratação, a fim de integrar o conteúdo contratual.

Ao abordar o caso de remissão legislativa específica, Marcos de Campos Ludwig afirma que “[n]este caso, em que a segurança jurídica é colocada em segundo plano perante outros valores, os órgãos de registro dos animais é que terão condições de fornecer os dados necessários para a comprovação ou não da vigência da respectiva norma consuetudinária, que poderá variar, bem entendido, de uma localidade para a outra”.¹⁶⁷ O presente estudo, diferentemente do autor citado, não considera que, em tal hipótese, a segurança jurídica seja “colocada em segundo plano”. Trata-se, sim, de uma referência legal e expressamente subsidiária. Ou seja, há uma ordem legal de preferência: (i) contratação de cláusula de garantia;¹⁶⁸ (ii) legislação especial regulando a matéria;¹⁶⁹ (iii) *os prazos usuais locais*; (iv) na ausência de regras disciplinando a matéria, aplica-se o art. 445, parágrafo primeiro, do CC.

¹⁶⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.155.

¹⁶⁸ O Art. 446 do CC prevê que: “[n]ão correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

¹⁶⁹ A compra e venda de animais poderá estar disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando tais poderão ser equiparados, para fins de enquadramento legal, em bens duráveis. Excetua-se, contudo, as hipóteses de aquisições com finalidades comerciais, às quais se aplicarão os dispositivos do CC em comento. Nota seja feita no sentido de que, mesmo para venda de animais, o Tribunal de Justiça do Rio

O art. 529 do CC traz outra remissão legal específica. Trata-se da hipótese de aplicação dos usos para identificar os *documentos necessários à tradição da coisa, na venda sobre documentos*. O artigo prevê que, na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio desse, *pelos usos*. Assim, o legislador remete o intérprete da venda sobre documentos a se socorrer dos “*usos*”, aplicados aqui para identificar quais os documentos exigidos à tradição.

O art. 569, II do CC, por sua vez, prevê, dentre as obrigações do locatário, a de pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, pagar segundo o *costume do lugar*. A palavra “costume”, utilizada pelo CC, é empregada, aqui, na acepção que se adota para fins desta pesquisa. Assim, na falta de pactuação entre as partes, o aluguel será pago segundo os *usos negociais do lugar*.

Na disciplina do contrato de prestação de serviços, o art. 596 do CC invoca o “*costume do lugar*”, ao lado do tempo do serviço e de sua qualidade, para integrar o contrato e arbitrar a remuneração do prestador de serviços, na hipótese de as partes não estipularem ou não chegarem a um acordo a esse respeito. Embora o CC utilize, no dispositivo mencionado, a expressão “*costume do lugar*”, está, bem entendido, a partir da análise conceitual desenvolvida no primeiro capítulo, que poderia estar se referindo, também, aos usos negociais.

No mesmo Capítulo, o dispositivo seguinte, art. 597 do CC, dispõe que a retribuição será paga depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou *costume*, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações. Assim, o prestador de serviços que deixar de pactuar a data do seu pagamento terá o direito a exigir a retribuição tão logo finalizada a prestação do serviço, caso os usos negociais não revelem diferente conduta. O art. 599, por sua vez, dispõe que “[n]ão havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do *costume do lugar*, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato”.

Grande do Sul já julgou situação enquadrando na hipótese do art. 445, parágrafo primeiro, em razão da “natureza” do vício. Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70060374469. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, 2015. Referido julgamento sequer faz menção aos usos locais.

O art. 615, ao regular o contrato de empreitada, remete especificamente ao “costume do lugar”. Prevê o dispositivo: “concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la”.

O CC também remete o intérprete aos “*usos do lugar*”, para determinar a retribuição do depositário no contrato de depósito oneroso, se tal não constar em lei. Na falta dos usos, a fixação dar-se-á por arbitramento. Dessa forma, o art. 628 do CC prevê que o contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão. E o seu parágrafo único, que interessa ao estudo, prevê que, se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos *usos do lugar*, e, na falta destes, por arbitramento. Portanto, os “usos do lugar” são, nessa hipótese específica, chamados a desempenhar o seu papel integrador, na hipótese de não constar em lei nem em contrato.

De igual modo, mas quanto ao contrato de mandato oneroso, no art. 658, parágrafo único, do CC, foi atribuída aos “usos do lugar” a função de integrar o conteúdo contratual quando esse e a lei forem omissos quanto à remuneração do mandatário. Dispõe o parágrafo único: “[s]e o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento”.

O art. 695 do CC prevê que o comissário é obrigado a agir em conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta dessas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. E o parágrafo único desse dispositivo prevê que estarão justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com *os usos*. Ainda no que concerne ao contrato de comissão: (i) o art. 699 do CC prevê que é presumida a autorização ao comissário para conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos *usos do lugar* onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente; (ii) o art. 700 do CC prevê que, se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os *usos locais*, poderá o comitente exigir que o comissário pague *incontinenti* ou responda pelas consequências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário e, ainda, (iii) o art.

701 do CC dispõe que se não for estipulada a remuneração devida ao comissário, ela será arbitrada segundo os *usos correntes no lugar*.

Ludwig comenta a hipótese do art. 700 do CC, afirmando que: “[n]ão restam dúvidas, também aqui, de que o modelo consuetudinário tem o condão de integrar o vazio eventualmente deixado pelos modelos legislativo e negocial, e o novo ordenamento civil brasileiro não apenas garante mas conta com o ulterior desenvolvimento jurisprudencial dessa dialética entre os diferentes modelos do direito”.¹⁷⁰

Toma-se para ilustrar outra hipótese de integração dos contratos, por *remissão legal específica*, o caso da comissão de corretagem. Segundo o art. 724 do CC, se a comissão de corretagem não estiver fixada em lei ou ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os “*usos locais*”.¹⁷¹ E o percentual, usualmente, segue regulamentação do Conselho Regional de Corretores de Imóveis. Percebe-se que, neste caso, o Código Civil não cria uma regra sobre o valor da comissão de corretagem, porém, dispõe que, no silêncio das partes, os usos suprirão o contrato, regravando-o. Trata-se, portanto, neste caso, do papel dos usos como critério *integrativo* do contrato, para o qual a interpretação servirá como instrumento.

O art. 753 do CC, dispõe que: “[s]e o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior”. E o parágrafo primeiro, que interessa ao presente estudo, dispõe: “[p]erdurando o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os *usos locais*, depositando o valor”. O parágrafo quarto, do mesmo dispositivo, prevê: “[s]e o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos *usos adotados em cada sistema de transporte*”.

¹⁷⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.

¹⁷¹ Francesco Messineo, ao comentar o Código Civil Italiano, menciona que, se o contrato for feito entre partes na qual uma é empresária, devem ser aplicados os usos do local da sede da empresa. E que, se tiver distintos locais entre as duas partes empresárias, deverão ser aplicados os usos do local onde o contrato foi concluído. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 117-118).

Outra hipótese de atuação dos usos em sua função integradora encontra-se dentro das previsões acerca da gestão de negócios, no art. 872 do CC, que dispõe: “[n]as despesas do enterro, proporcionadas aos *usos locais* e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”. Essa remissão específica do intérprete aos usos locais configura uma espécie de proteção, para que eventuais gastos excessivos por parte do gestor não sejam considerados na quantia a ser dele cobrada.¹⁷² Também nesse sentido é a disposição contida no art. 965, inciso I, do CC: “[g]oza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar”.

Situação intermediária entre remissão legal geral e específica pode ser a do art. 111 do CC, o qual dispõe que “[o] silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Percebe-se, pois, que o silêncio¹⁷³ apenas implicará uma manifestação de anuência e, portanto, somente vinculará aquele que silencia, se as circunstâncias ou os *usos do lugar* permitirem concluir que essa

¹⁷² LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

¹⁷³ As vontades não manifestadas não entram no mundo jurídico. As manifestadas, sim. As manifestações de vontade, como destacado por Pontes de Miranda, podem ser *expressas*, *tácitas* ou *pelo silêncio*, referindo à diferença entre manifestar-se por *atos positivos* ou *negativos* e manifestar-se pelo *silêncio* e aprofundando a análise acerca das manifestações tácitas de vontade e manifestações de vontade pelo silêncio. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais, p. 85). Ao trazer o panorama atualizador à obra Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. fazem menção à distinção entre o *silêncio* e a *manifestação tácita de vontade*, afirmando que “enquanto o silêncio importa postura omissiva, a manifestação tácita de vontade implica num fazer, ou seja, num comportamento comissivo, que permite distinguir as duas categorias”. Acerca da jurisprudência relativa à matéria, os autores atualizadores citam dois exemplos: “[...] Findo o prazo de vigência de contrato de arrendamento mercantil, cessam-se todos os efeitos do contrato de seguro que lhe era adjeto, por aplicação lógica do princípio de que, no silêncio da lei ou das partes, o acessório segue o principal (STJ. REsp 202.692/SP, 3ª T, j. 20.10.2011, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *Dje* 26.10.2011.)” e, em um espectro negativo, de que o silêncio não importa anuência: “1. A exoneração do fiador deve se dar por meio de distrato ou pela propositura de ação declaratória de exoneração da fiança, nos termos do artigo 1500 do antigo Código Civil. Hipótese em que não importa em anuência tácita o silêncio da locadora acerca da correspondência encaminhada pelos fiadores via *fac-simile*, comunicando-lhe a intenção de se exonerarem da fiança prestada. Precedente do STJ (STJ, REsp 941.772/SP, 5ªT., j. 11.12.2008, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *Dje* 02.02.2009.)”. (Idem. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III: Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, p.418).

postura gera o efeito de anuência e, ainda, desde que não haja necessidade de declaração expressa da vontade. Em geral, portanto, o silêncio não implica anuência.¹⁷⁴

Nesse mesmo viés, é a disposição do art. 372 do CC, que dispõe: “[o]s prazos de favor, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação”.

Percebe-se, a partir da análise dos dispositivos nos quais se encontram remissões legais específicas aos usos negociais – ainda que com variadas, atécnicas e não sistematizadas nomenclaturas – que diversas são as matérias e os contratos a serem por eles integrados.

Os usos estão ligados, não só aos processos de interpretação e de integração, como, também, ao processo normativo de formação, desenvolvimento e cumprimento dos contratos.

1.2.3 A dimensão normativa

Se a doutrina e a jurisprudência aceitam, ainda que com imprecisões terminológicas, os usos negociais desempenhando as suas funções hermenêutica e integrativa, e, inclusive, a legislação, em muitas hipóteses, guia essas incidências, por outro lado, é muito controvertida a aceitação de uma possível função normativa dos usos.

A ordem jurídica nasce, historicamente, dos *usos e dos costumes* de um determinado conjunto de pessoas, em um determinado território. O Direito espontâneo tem precedência histórica em relação às manifestações do poder normativo estatal.¹⁷⁵

Contudo, não há unicidade na doutrina acerca do reconhecimento dos usos como caráter constitutivo de Direito – *usos como fato produtor de Direito* – ou, ainda, se tem

¹⁷⁴ Nesse sentido, o STJ afirmou: “[...] A regra de que quem cala consente tem aplicação restritíssima nas relações jurídicas: dentro do prazo prescricional, quem cala, simplesmente silencia”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 555.803-MS. Relator: Ministro Castro Filho, 2007).

¹⁷⁵ Neste sentido, “In tutti gli stati primitivi dell’incivilimento, il costume precede la codificazione o la legislazione, cioè il potere normativo dello Stato. Il diritto privato anche a Roma avrebbe origini private, perchè consuetudinário, in certo senso anteriore allo Stato”. (DE MARTINO, Francesco. **Individualismo e diritto romano privato**. Torino: Giappichelli, 1999. p. 6). Por sua vez, nesse contexto, Amado Adip afirma que “detrás de la ley está la vida. Ante el juez, surge la realidad social tal como es. El legislador ha de penetrar profundamente en la idiosincrasia de su Pueblo, para aprehender sus necesidades y sus anhelos y transformarlos en normas del derecho escrito”. Para Adip, o espontâneo é, sempre, um produto de uma paciente elaboração e construção social. (ADIP, Amado. **Conflicto entre ley y costumbre**. Buenos Aires: Depalma, 1975. p. 161).

caráter apenas declaratório – *o costume seria característica que permite reconhecer o Direito positivo, mas não o fundamento ou a causa de seu aparecimento.*¹⁷⁶

Diferentes conjunturas, através do tempo, foram concedendo diferentes tratamentos aos usos e aos costumes os quais passaram, especialmente no sistema *civil law* – *contrastantes ao sistema da Common Law, de raízes profundamente pragmáticas e despregadas de compromissos com modelos abstratos*¹⁷⁷ –, de fontes primárias e ancestrais em relação às outras formas de criação do Direito, a fontes subsidiárias, ou, ainda, a modelo hermenêutico.

1.2.3.1 Normatização genérica: o direito espontâneo como fonte de Direito

O objeto deste estudo não consegue escapar à discussão acerca da reconstrução da teoria das “fontes” ou dos “modelos” do direito:¹⁷⁸ apenas é Direito aquilo que o Poder Estatal normatiza?¹⁷⁹ Ou, de outra feita: o espectro social pode criar – *e tem criado* – Direito?

François Gény dedicou-se ao estudo da fonte consuetudinária assegurando uma posição diferenciada para o *costume*, no rol das fontes do direito, para o reconhecer como *fonte formal das regras jurídicas.*¹⁸⁰

Com o movimento de codificação, a doutrina passou a entender, por determinado período, o primado da lei como fonte única e exclusiva do direito civil e, nesse “prisma epistemológico” pelo qual era visto o fenômeno da codificação, os usos só tinham função

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 253.

¹⁷⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: uma introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁷⁸ Analisando-se os dois modelos, hermenêutico e jurídico, defendendo, também, o caráter normativo dos usos: HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 11-47, 2012. No mesmo sentido: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 111.

¹⁷⁹ Nesse sentido, Wolkmer que aborda o pluralismo, o direito consuetudinário e a justiça indígena, defende que a “juridicidade emerge das diversas formas do agir comunitário”. O autor aborda a “insuficiência das fontes clássicas da legalidade ocidental e o alargamento dos centros geradores de produção jurídica através de outros meios não convencionais, privilegiando, sobretudo, a autorregulamentação emanada desses “novos movimentos sociais”, portadores dos elementos constitutivos para a edificação de uma juridicidade alternativa. (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 127-128).

¹⁸⁰ GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1919. v. 1, p. 345. Veja-se, ainda, GÉNY, François. **Science et Technique em droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1915. Acerca da obra de François Gény, interessante artigo de Paolo Grossi (Página introdutiva (ripensare Gény). **Quaderni Fiorentini**, Milano, n. 20, 1991. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/20/volume.pdf#page=2>>. Acesso em: 03 jan. 2018).

interpretativa e integrativa quando a lei remetesse a eles o regramento de determinada relação.¹⁸¹

Mesmo hoje, a aceitação da normatividade dos usos é muito controvertida.

Nesse sentido, conforme já anteriormente referido, a primazia da legislação¹⁸² e da rigidez na hierarquia das “fontes” são fortemente defendidas por alguns doutrinadores, para os quais, a lei é hierarquicamente superior aos usos.

Divergências doutrinárias são encontradas também neste ponto, acerca da existência dessa relação hierárquica firme entre esses contributos¹⁸³ ou de um relacionamento com maior mobilidade entre eles.¹⁸⁴

Ludwig, atento às transformações econômicas e sociais, quando do seu estudo sobre a matéria à luz do Código Civil, propôs que os *usos e costumes* exercem, sim, papel normativo, na qualidade de modelos jurídicos oriundos do poder social.¹⁸⁵ Em outra visão, de certo modo, correlata, as normas jurídicas individuais pertenceriam tanto ao Direito, ou seja, seriam tão integrantes da ordem jurídica, quanto as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas.¹⁸⁶

Também admitindo a atribuição de normatividade produtiva aos usos, é o entendimento de Gustavo Haical, que afirma que os usos, em sua atuação normativa de modelo jurídico, têm a função de, ora atuarem como elemento integrador de lacuna, por intermédio de remissões legislativas específicas ou gerais, ora de terem força prescritiva, admitindo, inclusive, que essa força seja superior a determinado modelo jurídico legal.¹⁸⁷

¹⁸¹ HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 20, 2012.

¹⁸² Amado Adip reconhece as divergências doutrinárias quanto à eficácia dos costumes frente à lei escrita: “*unos admiten que la costumbre es derogatoria de la ley; otros, que sólo llena los vacíos dejados por aquélla*”. (ADIP, Amado. **Conflicto entre ley y costumbre**. Buenos Aires: Depalma, 1975. p. 164). Esclarece-se que, para Adip, enquanto o costume conviria a toda comunidade, os usos estariam mais estreitamente ligados à conveniência pessoal de um grupo.

¹⁸³ BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Almedina, 1990.

¹⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 333.

¹⁸⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 148.

¹⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

¹⁸⁷ HAICAL, loc. cit., p. 20, 2012.

Tanto Gustavo Haical quanto Marcos de Campos Ludwig,¹⁸⁸ ao analisarem os usos, partem do estudo da teoria dos modelos jurídicos do jusfilósofo Miguel Reale.¹⁸⁹ Os autores defendem o modelo jurídico dos usos, a partir de uma das originais contribuições de Reale, que rompe com o paradigma “fontes”¹⁹⁰ de Direito. Ou seja, utilizam tal teoria como premissa para tratar os *usos e costumes* como “modelo de direito” ou “modelo jurídico”.

No que compete ao presente estudo, toma-se a análise da normatividade geral sob dois ângulos: (i) o positivo, de formação de um Direito Consuetudinário, e (ii) o negativo, de limitação de exercício de direitos, por meio do comando do art. 187 do CC.¹⁹¹

Acerca da normatividade geral positiva, cumpre pontuar que a velocidade da formação jurídica de novos tipos contratuais¹⁹² reflete um processo de relativização da importância do “velho costume como fonte de direito para a *valorização dos usos e costumes* no processo de formação de *standards* ou parâmetros para aferição de condutas no âmbito das relações contratuais”.¹⁹³

Sob essa ótica, significa dizer que não seria possível a existência de usos *contra legem*,¹⁹⁴ mas, sim, tão somente, os usos (i) *secundum legem*, ou conformes às disposições legais, que se dá quando a lei faz expressa remissão ao costume, e o (ii) *praeter legem*, ou os

¹⁸⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁸⁹ Miguel Reale, com sua teoria dos modelos jurídicos, marcou a teoria tridimensional do direito, uma das doutrinas jusfilosóficas fundamentais da modernidade, segundo a qual – *em síntese* – o Direito possui tríplice face: fato, valor e norma. (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994). E, ainda: E, ainda: REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 45. REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 16-25.

¹⁹⁰ “No sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015).

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁹² “[...] cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica, tanto más crece el número de las nuevas figuras contractuales”. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 381).

¹⁹³ BRANCO, Gerson Luís Carlos. Autonomia privada e usos negociais: notas para um debate. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. (Cadernos do IEC). p. 38.

¹⁹⁴ “Tradicionalmente, nega-se a possibilidade de existência ou reconhecimento pela ordem jurídica estatal de costumes *contra legem*, com vistas a garantir a segurança jurídica e a soberania do Estado na elaboração do ordenamento jurídico”. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 32, abr./jun. 2011). Contudo, como se verá adiante, a análise da doutrina e da jurisprudência revela que, em determinadas situações, os usos negociais podem ser reconhecidos, ainda que contrariem disposição legal.

usos supletivos das lacunas de lei, que regulam matéria sobre a qual inexistente disposição legal.¹⁹⁵

Acerca dos usos *contra legem*, Gustavo Haical defende que, dependendo do espaço-tempo em que estão inseridos e da ineficácia social de um modelo jurídico legal, os usos podem, sim, regular dada situação de modo contrário ao que preceitua determinada regra jurídica, sobrepondo-se à sua eficácia jurídica. Nesses casos, para esse autor, a regra pode, até mesmo, ser considerada derogada.¹⁹⁶

Por outro lado, sob a perspectiva de uma normatividade geral *negativa*, os usos estariam mais atrelados à ideia de *bons costumes*, algo como que a evitar atos ilícitos, por meio do direcionamento de condutas.¹⁹⁷ Nesse sentido, o Código Civil, ao prever, em seu art. 187, que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos *bons costumes* está, certo modo, criando uma cláusula geral de ilicitude.¹⁹⁸ Esse dispositivo, conforme já abordado no primeiro capítulo, coliga os bons costumes às figuras do abuso de direito, do fim social do contrato e da boa-fé.

1.2.3.2 Normatização específica

Além da *normatização geral*, abordada, pode-se perceber a existência de *normatização específica*, ou seja, a possibilidade de que essa normatização por meio dos usos negociais se operacionalize de forma *direta, aplicada ao caso concreto e prescritiva*, para, de fato, criar condutas negociais. Investigar os limites e o alcance dessa função de *normatização específica* ou *normatividade produtiva propriamente dita* é que constitui o objetivo específico explorado na segunda parte deste estudo.

¹⁹⁵ Orlando Gomes afirma que os usos podem manifestar-se: (i) *secundum legem*: o costume que se acha expressamente referido na lei. A remissão legal emprestaria aos usos, segundo alguns doutrinadores, o caráter de verdadeira lei, pelo que deixaria de ser costume propriamente dito; (ii) *praeter legem*: que seria aquele que serve de complemento à lei, preenchendo-lhe as lacunas, e (iii) *contra legem*: aquele costume formado em oposição à lei. O autor defende que não é possível se admitir o costume abrogatório, nem que a lei se revoga por desuso. Ele defende que as leis, até mesmo as supletivas, só se revogam por outra lei. Todavia, o próprio autor afirma que escritores de renome prestigiam entendimento contrário ao dele. (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 44). Retornar-se-á ao tema na segunda parte do trabalho, quando será abordado o conflito de incidências entre os usos negociais e a lei.

¹⁹⁶ HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 20, 2012. Ainda nesse sentido, LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁹⁷ Os usos negociais como direcionamento de condutas serão oportunamente abordados.

¹⁹⁸ O tema foi abordado no capítulo primeiro, quando da conceituação de bons costumes, para diferenciar o termo dos usos negociais e dos demais elementos consuetudinários.

De fato, é o que tem revelado a experiência: os usos negociais permeiam, constante e atualmente, as relações obrigacionais sob diversos prismas, destacando-se, como exemplo, a aplicação espontânea dos usos negociais pelos sujeitos de Direito.

E, especialmente, podem ser comprovados pelas inúmeras relações obrigacionais estabelecidas com base em usos negociais, mesmo quando em derrogação pontual e fática da lei.¹⁹⁹

Os *usos negociais*, conforme abordado no primeiro ponto, permitem traduzir, no panorama contratual, o que é o “regular” e, por conseguinte, o que é o legitimamente esperado em um determinado setor, tornando objetiva ou objetivável a expectativa do destinatário da manifestação negocial.²⁰⁰

Deste modo, não haverá surpresa desleal e estará possibilitado, assim, que “condutas sejam alteradas com um dinamismo inimaginável na alteração da lei escrita”.²⁰¹ O surgimento de obrigações decorrentes dos usos negociais ocorre de forma muito mais rápida do que o processo de alteração legislativa.

Portanto, os usos negociais, em sua dimensão normativa específica, seriam tomados como *elemento objetivo formatador de obrigações contratuais empresariais*. Tais obrigações terão maior ou menor abrangência, podendo depender de rotinas aplicáveis a maior ou menor número de sujeitos e de negócios.

A segunda parte deste estudo cuidará, especificamente, de aprofundar a atuação, os limites e o alcance dos *usos negociais*, investigando a já exposta problemática a que se propõe a presente pesquisa.

¹⁹⁹ Acerca da formação de relações obrigacionais, toca esse ponto, sem se confundir, mas com total interrelação, o clássico texto de Karl Larenz acerca do “estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico”, no qual ele aborda as relações massificadas da sociedade industrial, admitindo a criação de tipo contratual fundado, não na manifestação de vontade, mas, sim, em um comportamento social típico. (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/dgv_03_p055_064.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015).

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 288. Além da criação de expectativas, a possibilidade de criação de obrigações e deveres será abordada na segunda parte desta dissertação.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 289.

1.2.3.3 O pré-contexto

Em um exercício dialético, poder-se-ia, então, cogitar que, assim como o pressuposto da pré-compreensão está para a função hermenêutica dos usos, o pressuposto do pré-contexto está para a função normativa. Em outras palavras: na interpretação contratual, todo intérprete tem uma pré-compreensão que, inexoravelmente, estará a ele vinculada, na formação da plenitude do conteúdo contratual, também, na dimensão jurídica, há um pré-contexto, que é diferente da pré-situação que origina as regras positivadas.

Desse modo, conforme exposto, diversos são os elementos contextuais que precisam ser analisados na interpretação de um contrato, desde a análise do processo da própria declaração, iniciando-se do texto literal do contrato e estendendo-se até a declaração contratual, que deve ser aferida nos contextos verbal e situacional.²⁰²

Há um todo a ser, necessariamente, observado e considerado. E o “todo” compreende, também, a análise da intenção comum e, até mesmo, da vontade das partes (*intenção consubstanciada na declaração de vontade*, nos termos previstos no art. 112 do CC); a finalidade do contrato; a natureza do caso; as circunstâncias; o tipo social; o padrão de comportamento das partes, o que elas interpretaram e esperaram do contrato, o que elas sentiram, qual finalidade esperavam obter do contrato etc. E, sim, com papel muitas vezes decisivo na interpretação dos negócios jurídicos: os usos negociais (*usos do lugar da celebração* nos termos do que determina o art. 113 do CC). Esses também deverão ser considerados para se buscar o real, ou mais real possível, alcance e significado da intenção das partes e, por conseguinte, a plenitude do conteúdo contratual.

Percebe-se, a partir dessa colocação, que todos os elementos ou cânones são partícipes da interpretação contratual.²⁰³ Nenhuma regra afasta a outra. São, sim, critérios e preceitos complementares, dentre os quais, os usos negociais assumem uma conotação extremamente reveladora, já que: (i) objetivamente, são elementos relevantes, concretos e externos que

²⁰² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159 et seq. No mesmo sentido, Carlos Ferreira de Almeida destaca que a maior parte dos autores sustenta que a eficácia da declaração negocial não advém do seu sentido literal, mas, sim, do significado resultante da “experiência de vida”. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1. p. 162).

²⁰³ Com maior ou menor força, todas as pautas interpretativas expostas parecem ser, nas palavras de Emílio Betti: “momentos sucessivos de um processo inseparável” que não alcança seu resultado se não for posto em prática na sua totalidade. (BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 219).

estarão sempre vinculados a um pré-contexto, e, ainda, (ii) subjetivamente, estarão presentes na pré-compreensão do intérprete, como abordado anteriormente.

Somente a análise do negócio jurídico determinado, das circunstâncias do caso e do seu contexto, inclusive o já pré-existente, conformando-o com a totalidade do ordenamento jurídico, é que permitirá entender se as partes podiam compreender a declaração de vontade contratual no sentido usual para si ou se, ao invés, deveriam antes cingir-se ao significado usualmente válido do lugar em que foi celebrado o acordo.

Não só poderá, como terá de procurar, o intérprete, critérios objetivos que auxiliem na identificação da plenitude da vontade que “não veio à tona, mas seria revelável”.²⁰⁴ Nas palavras de Natalino Irti, remete-se o intérprete para o “*lado externo do acordo*”, o que é, justamente, o contexto consuetudinário no qual os contratantes estão inseridos.²⁰⁵

Por sua vez, Leandro Martins Zanitelli afirma que o apelo aos usos do tráfico, referidos como “usos do lugar” pelo art. 113 do CC, estimula o contextualismo em matéria contratual no Brasil e que eles são aceitos tanto para a determinação do sentido de cláusulas vagas ou ambíguas quanto como fonte de restrições a direitos ou deveres aos quais o instrumento contratual, entendido de maneira menos contextualizada, não alude, o que se conhece como “integração”, fazendo referência à obra de Ludwig. O autor não aborda diretamente os usos como *criadores de normas*, mas refere-os como “fonte de restrições a direitos ou deveres”.²⁰⁶

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.

²⁰⁵ Nesse sentido, LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.143. Ainda, acerca da interpretação textual e contextual, interessante artigo com abordagem sobre o tema: ZANITELLI, Leandro Martins. Intenção, usos do tráfico e boa-fé: o recente ataque formalista ao contextualismo na interpretação contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%201/4%20EALR%201>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁰⁶ ZANITELLI, Leandro Martins. Intenção, usos do tráfico e boa-fé: o recente ataque formalista ao contextualismo na interpretação contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%201/4%20EALR%201>>. Acesso em: 28 set. 2016. p. 5.

Com isso, pode-se afirmar que também a produção normativa social, assim como a interpretação do contrato, dependerá do seu “ambiente institucional”,²⁰⁷ que o condiciona. Em outras palavras, o negócio jurídico somente pode ser entendido e as obrigações somente podem ser criadas, modificadas ou extintas, na complexidade do seu contexto, sob pena de o tornar desconexo à realidade.

Toma-se, para ilustrar, o exemplo citado por Hugh Collins,²⁰⁸ o fato de o sujeito, pela manhã, pedir um café na cafeteria da esquina de sua casa. O significado da conduta derivará, necessariamente, do *contexto negocial*, chamado pelo autor de *implicit understandings*. O autor expõe que a intenção de trocar uma xícara de café por dinheiro, só pode ser entendida a partir do contexto em que essa conduta ocorre. Assim, ele cita o exemplo de uma visita a um amigo, ao qual pede um cappuccino. Esse pedido ou conduta não engendra a expectativa de pagamento, sequer de outras expectativas que podem surgir em uma cafeteria, como rapidez, grãos de café de alta qualidade etc.²⁰⁹

O contexto guarda correlação de continência com as anteriormente abordadas *circunstâncias do caso* e poderá servir, portanto, para definir se determinado uso negocial será ou não aplicável à hipótese ou, em outras palavras, permitir observar qual o uso aplicável; o que acabará por qualificar, ainda que secundariamente, o tipo contratual que se vislumbra.

O contexto, formatado também pelas circunstâncias do caso, integra, portanto, o negócio jurídico,²¹⁰ e permite enquadrá-lo ou não à normatividade dos usos negociais.

²⁰⁷ A expressão é referida por Paula Forgioni, que a credita aos economistas. FORGIONI, Paula Andréa.

Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 157.

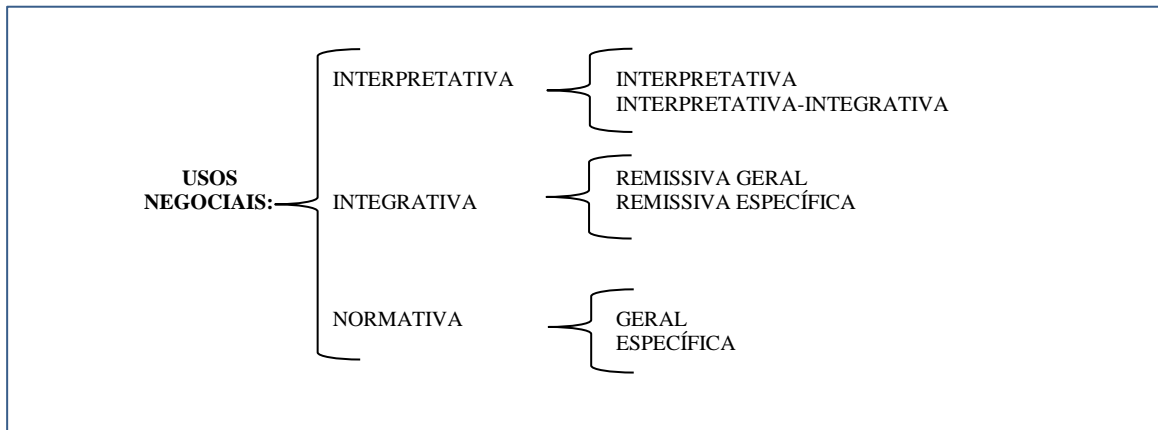
²⁰⁸ COLLINS, Hugh. The research agenda of implicit dimensions of contract. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. **Implicit Dimensions of Contract: discrete, relational and network contracts.** Oxford; Portland: Hart, 2003. p. 1-2.

²⁰⁹ No original: “Our intention to make an exchange of a cup of coffee for money can only be understood from the context in which the conduct takes place, that is the retail shop, and the broader conventional pattern of people exchanging goods for money in that location. When I visit a friend and ask for a cappuccino, the same request or conduct does not engender the expectation of payment, or indeed many other expectations that may arise in a shop, such as prompt service, high quality coffee beans, and a thermo-insulate cup. Contracts certainly have the distinctive quality of constituting a discrete, voluntary type of relationship, but other forms of human association, they are nevertheless embedded in conventions, norms, mutual assumptions and unarticulated expectations”. (Ibidem, p. 2). Exemplos semelhantes são os fornecidos por Erich Danz, explorados quando se tratou de “circunstâncias do caso”. Cf. abordado anteriormente. Vide nota n. 56.

²¹⁰ Paula Forgioni, a esse respeito, afirma: “Junqueira de Azevedo, de forma mais técnica e apurada, parafraseando Ortega y Gasset, afirma ‘o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias’. As ‘circunstâncias negociais’ assumem tal relevância a ponto de integrar o negócio jurídico. Consistem no: ‘conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de

Como experiência, após expostos todos os constructos das esferas de atuação dos usos, é possível ilustrar as funções que o instituto desempenha no ordenamento jurídico da seguinte forma:

Figura 2 - As funções dos usos negociais



Fonte: Autora

Conforme exposto, trata-se, enfim, de uma *função pluridimensional*, eis que, em quaisquer das suas dimensões – *interpretativa, integrativa ou normativa* –, os usos negociais têm atuação determinada para a solução concreta de casos específicos, adquirindo a funcionalidade que lhes é peculiar somente nesse mesmo determinado momento, ou seja: tão somente no caso concreto, levando-se em consideração o espaço, o tempo, a cultura e outros possíveis critérios objetivos de apuração.

1.3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RECEPÇÃO DOS USOS NEGOCIAIS

Os usos negociais, antes de serem reconhecidos como criações jurídicas, existem. O ordenamento jurídico, portanto, tão somente os recepciona. E, ao recepcioná-los, o ordenamento delinea os contornos da sua atuação, a qual ficará, ao menos formalmente, atrelada aos limites conferidos pelo sistema jurídico.

efeitos jurídicos. [...] as ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”’. (FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 158-159).

Clóvis do Couto e Silva afirma que os usos do tráfico, “para incidirem como norma, necessitam recepção legislativa”.²¹¹ Para Karl Larenz, os usos do tráfico “convertem-se em normas”, pois a lei ou o contrato, conforme o caso, para eles remetem.²¹²

Assim, compatível admitir que os usos do tráfico “*tornam-se normas*” porque a lei ou o contrato, em um determinado caso, remetem para eles e, ainda assim, somente enquanto estejam de acordo com os princípios e as bases de valoração da ordem jurídica vigente. Todavia, conforme anteriormente abordado, trata-se, então, de hipóteses de usos negociais exercendo função *integrativa*, expressamente aceita pela legislação. Ainda que defendido por alguns doutrinadores, que a normatividade dos usos consistiria em, justamente, preencher lacunas das leis ou dos contratos,²¹³ remetendo à ideia de uma *função integrativa-normativa*, a questão de maior dificuldade está em admitir a *função normativa propriamente dita*, ou seja, a *função normativa produtiva* abordada anteriormente.

Ocorre que o Código Civil, exceto pela aplicação dos usos do lugar da celebração dos negócios jurídicos como pautas interpretativa e integrativa, anteriormente abordadas, não se ocupou, explicitamente, de cuidar de referida recepção. Investigar se, mesmo diante da inexistência de previsão legal expressa dessa função, os usos negociais podem criar, modificar ou extinguir obrigações e qual é, portanto, o espaço para atuação dos usos no processo contratual, é a proposta deste capítulo.

1.3.1 O princípio constitucional da reserva legal e os usos negociais

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, reafirma o primado formal da lei no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Surge, então, a questão da verificação da compatibilidade da *função pluridimensional* dos usos negociais com o referido comando constitucional.

²¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 37.

²¹² Já, na “moral social dominante”, referenciada, pelo menos em parte, pela fórmula de “bons costumes”, trata-se de “regras que têm já um carácter normativo na consciência daqueles que as cumprem ou que julgam segundo elas. Não obstante, só se tornam normas jurídicas igualmente pelo facto de a ordem jurídica para elas remeter e só enquanto estejam de acordo com os princípios e bases de valoração da ordem jurídica vigente”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 657-660.

²¹³ Nesse sentido: VIANA, Francisco de Assis Bonfim. Os usos comerciais do cheque visado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 49, 1974.

Relativamente ao desempenho da *função interpretativa*, percebe-se, com facilidade, que a lei determina que os negócios jurídicos *devem ser interpretados* em conformidade com os *usos do local da contratação*. Trata-se, como visto, da previsão expressa contida no art. 113 do CC, o qual será aprofundado no tópico seguinte. No que concerne à *função integrativa*, de igual modo, não há dificuldades em se perceber a compatibilidade com o dispositivo constitucional, diante das *remissões legais* gerais e específicas constantes no ordenamento, já analisadas.

A questão controvertida está na compatibilidade entre o princípio da reserva legal e a função *normativa* dos usos. Como desdobramento dessa análise, está o questionamento acerca das formas de produção normativa permitidas no ordenamento jurídico brasileiro ou, em outras palavras, quais são as possíveis fontes de obrigações e se, dentre elas, estariam os usos negociais.²¹⁴

Toma-se como exemplo de obrigação surgida na prática social, sem respaldo em obrigação legal, que, tal qual os usos, é, de certo modo, também um fenômeno social: *o caso das associações de moradores*.

As associações fundadas por grupos de moradores²¹⁵ – cujo exemplo clássico se tornaram as do Rio de Janeiro –, cobravam uma mensalidade (“taxa”) dos habitantes do local, para a contratação de serviços de limpeza, segurança e recolhimento de lixo, serviços esses que, uma vez prestados, beneficiavam a todos os moradores da área.²¹⁶ Ocorre que nem todos os moradores participavam das associações e muitos, inclusive, recusavam-se a participar e, conseqüentemente, a pagar a mensalidade. Diversos casos foram submetidos ao Judiciário.

O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi de que todas as pessoas que usufruem dos serviços necessários por ela prestados devem efetuar a contraprestação pagando o respectivo preço. A fundamentação foi justamente o fato da utilização, o benefício em si. A razão jurídica da obrigação estaria, assim, no “deslocamento patrimonial”

²¹⁴ O objetivo não é adentrar na discussão acerca da crise da teoria das fontes. O estudo busca, sob enfoque dissertativo, as razões e a análise de eventuais critérios que tornam os usos negociais elementos objetivos formadores, criadores, modificadores e extintores de obrigações, o que será abordado na segunda parte desta dissertação.

²¹⁵ Sobre o tema: SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²¹⁶ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 149.

representado pela vantagem auferida, de modo que o correspectivo ônus deveria, então, surgir.²¹⁷

Luís Renato Ferreira da Silva, ao abordar tais casos, defende que a relação fática está juridicizada porque há uma causa sinalagmática. Da causa, surgem os efeitos contratuais, embora não haja contrato.²¹⁸

Esse entendimento – o fato da utilização dos serviços e do benefício deles advindo – foi aplicado em inúmeros casos, havendo jurisprudência neste sentido tanto no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quanto no Tribunal de Justiça de São Paulo.²¹⁹

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça²²⁰ acabou firmando entendimento em sentido contrário, ou seja, de que não há obrigatoriedade em se associar e, assim, não se pode falar em impor a taxa a quem não é associado. Dentre os fundamentos dessa interpretação, está o fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas têm a faculdade de associar-se ou não, o que, inclusive, foi apontado nos julgamentos, como direito constitucional.

Embora esse conteúdo tenha sido proferido em julgamento acerca de relações *paracontratuais*, toma-se, em exercício, tal entendimento como aplicável a essa situação, porque efetivamente toca o tema em razão do reconhecimento da relevância de fatos sociais e da possibilidade de eles gerarem obrigações.

Especificamente no caso referido, o Superior Tribunal de Justiça manifestou que, no ordenamento jurídico brasileiro, só há *três fontes de obrigação*, citando, expressamente: (i) a lei; (ii) o contrato, ou (iii) o débito.²²¹ E, na hipótese das associações de moradores, não atuaria qualquer dessas fontes. Com essa fundamentação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que “as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem

²¹⁷ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 149.

²¹⁸ Ibidem, p. 149.

²¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0000862-62.2012.8.26.0450. Relator: Des. Alexandre Marcondes, 2013. E, SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001630-55.2012.8.26.0654. Relator: Des. Moreira Viegas, 2015.

²²⁰ BRASIL. STJ. Edcl nos Embargos de Divergência em REsp n. 444.931-SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 2006.

²²¹ O terceiro critério (débito) não foi mencionado no relatório principal, mas, sim, ao longo do voto.

ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo”.²²²

Em razão da multiplicidade de recursos havidos, a partir de então, com fundamento em tese idêntica, o julgamento do Recurso Especial n. 1.439.163-SP²²³ e do Recurso Especial n. 1.280.871 foi afetado à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito repetitivo.²²⁴ O tema é o de n. 882.

A tese foi inclusive afetada ao rito da repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, no AI 745.831-SP, tornando-se matéria do Tema n. 492/STF, tratada no Recurso Extraordinário n. 432.106-RJ. O Supremo Tribunal Federal entendeu que as obrigações decorrentes de associações ou da não associação são direitos constitucionais. E, no que pertine à cobrança de taxas condominiais, afirmou que essa obrigação ou se submete à manifestação de vontade ou à previsão legal, sob pena de esvaziar a disposição normativa constitucional da liberdade associativa.²²⁵

²²² BRASIL. STJ. Edcl nos Embargos de Divergência em REsp n. 444.931-SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 2006.

²²³ No Recurso Especial n. 1.439.163, a sentença havia sido procedente, condenando a pagar a taxa em favor da associação. O morador recorreu, e o TJSP desproveu o apelo considerando que, quando esse tipo de loteamento evolui com o fechamento de ruas, instalação de cancelas e guaritas, conservação, passa a existir um desinteresse do poder público em atender as necessidades daquela área cercada, porque constituído um condomínio de fato. O Recurso foi provido, e a sentença julgada improcedente. No julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, houve um confronto de duas teses. De um lado, a liberdade associativa, e, de outro, o enriquecimento sem causa. O STJ reconheceu a importância de anuência ou adesão do proprietário aos termos constitutivos da associação de moradores, para efeito de cobranças, preponderando a liberdade associativa ao enriquecimento sem causa. Para o STJ, as obrigações de ordem civil, sejam elas de natureza real ou contratual, pressupõem, como fato gerador ou pressuposto, a existência de uma lei que as exija ou de um acordo firmado com manifestação de vontade expressa das partes pactuantes, pois, no ordenamento jurídico brasileiro positivado, só existem duas fontes de obrigações: a lei ou o contrato. E, no caso, não atuam quaisquer dessas fontes. (BRASIL. STJ. REsp n. 1.439.163-SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015).

²²⁴ BRASIL. STJ. REsp n. 1.439.163-SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015. Id. REsp n. 1.280.871-SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015.

²²⁵ O fundamento adotado pelas Cortes Superiores Brasileiras parece ser semelhante àquele exposto por Hesse ao analisar o artigo 9º, alínea I, da Lei Fundamental Alemã, de que referido dispositivo garante a formação livre de associações, garantia essa que ele chama de “*liberdade de associação positiva*”. Konrad Hesse afirma que a “*liberdade de associação negativa* proíbe, indiscutivelmente, qualquer união forçada para associações jurídico-privadas. Nas palavras de Konrad Hesse: “uma associação é, segundo isso, ‘sem atenção à forma jurídica, toda associação para a qual uma maioria de pessoas, naturais ou jurídicas, para um período longo, uniu-se para uma finalidade comum e submeteu-se a uma formação de vontade organizada’”. Adiante, o autor coloca: “Garantida está a formação livre de associações, sua existência e atividade conforme uma liga, assim como a adesão livre (liberdade de associação positiva); isso compreende, tanto para os membros como também para a associação, a autodeterminação sobre a organização própria, o procedimento de sua formação de vontade e a condução de seus negócios. O art. 9º, alínea I, da Lei Fundamental, compreende também a liberdade de não tomar parte de uma associação, porque uma formação de associação ou uma adesão, que são forçadas por ordem estatal ou pressão social (artigo 9º, alínea 3, frase 2 da Lei Fundamental),

Percebe-se que, mesmo diante da previsão do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, não se pode negar que a centralização da produção normativa ao monopólio estatal é, na atualidade, insuficiente diante do dinamismo das plurifacetadas relações sociais e contratuais.

É inegável que há, de fato, omissões na lei, pois essa não pode tudo reger e os caminhos apontados pelo próprio legislador são distintos.²²⁶

Carlos Maximiliano²²⁷ defendeu a tese de que “a palavra *lei* não foi empregada no estatuto supremo, na acepção restrita de ato do Congresso, e, sim, no sentido amplo, de *Direito*”. Nesse sentido, poder-se-ia pensar que, no Direito, mais amplo, estariam contidos os usos negociais.

Novamente, revela-se que a atuação dirigida e casuística é fundamental, principalmente, ao serem considerados os fatores anteriormente analisados, em especial, a possível antinomia dos usos com (i) a lei (e, não necessariamente, essa prevaleceria); (ii) princípios; (iii) outros usos; (iv) práticas negociais; (v) normas de caráter protetivo, sejam elas cogentes ou intervencionistas, com eficácia no seu momento.

A partir do preceito constitucional comentado, percebe-se a necessidade latente do ordenamento jurídico, de *coligar as normas existentes*, valorando-as de acordo com a *realidade social e negocial*, para que daquelas se possa extrair o ideal de regulação de condutas e, por conseguinte, mais especificamente, de aplicação do instituto dos usos negociais aos contratos empresariais.

Vislumbra-se, assim, uma dissociação da lei e das condutas típicas sociais. Em que pese haver interpretações de que, na Ordem Jurídica Brasileira, os usos têm papel hermenêutico e/ou ao menos propagado como elemento subsidiário ou integrativo, a verdade é que as práticas negociais contratuais revelam, cada vez mais, uma sobrevalorização e aplicação – se atécnica, ao menos, *fática* – dos usos negociais. Maior intensidade é percebida

não seriam livres. Essa *liberdade de associação negativa* proíbe, indiscutivelmente, qualquer união forçada para associações jurídico-privadas. (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 318).

²²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

²²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

no âmbito das relações empresariais, por suas próprias características, conforme restará enfatizado especialmente na segunda parte desta dissertação.

1.3.2 Os usos e a boa-fé: além da coexistência textual do artigo 113 do Código Civil

A dimensão hermenêutica dos usos, conforme antecipado, está expressamente prevista no art. 113 do Código Civil, o qual dispõe que “os negócios jurídicos *devem* ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Percebe-se, a partir da leitura atenta do dispositivo, que ele exprime um comando *cogente* para pautar a interpretação dos *negócios jurídicos* em geral. O emprego do verbo “dever” no artigo (“os negócios jurídicos *devem* [...]”) revela que não se trata, aqui, de uma faculdade. Portanto, o intérprete está, necessariamente, vinculado às pautas interpretativas expostas no artigo: “*boa-fé e usos do lugar de sua celebração*”.

No sistema jurídico nacional, os usos negociais têm, reconhecidamente, função hermenêutica, em razão do dispositivo supramencionado.²²⁸

Outrossim, a conjunção aditiva “e”, constante no dispositivo, revela que, para além da coexistência textual das duas pautas interpretativas, existe uma coligação entre elas.

Judith Martins-Costa afirma que o art.113 do CC contém uma “coligação textual”, para efeitos hermenêuticos, entre a boa-fé e os usos que atuam como cânone hermenêutico e critério integrativo.²²⁹ A autora ressalta, conforme antecipado na introdução desta dissertação, que grande parte da doutrina não tem retirado dessa conexão toda a sua força hermenêutica.

O que, de fato, as pessoas esperam encontrar nas relações da vida é serem tratadas lisamente e com correção e, por isso, para Pontes de Miranda, “rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras de uso do tráfico”. Os “usos do tráfico”, mais restritos ou mais

²²⁸ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. (Cadernos do IEC). p. 33. Para o autor, segundo esse dispositivo, os usos teriam função hermenêutica, ou subsidiária.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 474-476.

especializados, apenas se diferenciariam por terem menor abrangência.²³⁰ Pontes de Miranda afirma que as regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente. Essas regras ficariam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras dispositivas e servirem de regras interpretativas.²³¹

Exemplo ilustrativo da aplicação dessa coligação entre usos e boa-fé foi o caso já abordado quando da análise da função integrativa dos usos, acerca do caso dos *juros bancários*, no qual o STJ apreciou a coligação entre usos e boa-fé.²³²

Quando o art. 113 do CC utiliza o termo “*usos*” do lugar de sua celebração, em que pese a imprecisão terminológica, já destacada neste estudo, parece estar se referindo, de fato, a fenômeno mais geral e abstrato do que os usos negociais objeto desta dissertação. Trata-se de usos no sentido de condutas, comportamentos e linguagem padrão da prática social em geral. O costume, enquanto *prática social* reiterada, nessa medida, também estaria contido na expressão.

O comando legal revela, marcantemente, o aspecto geográfico, indicando como aplicável os usos do *lugar da celebração* do negócio jurídico. A opção pela aplicabilidade dos usos do *lugar da celebração* não parece ser a mais adequada para todas as hipóteses, pois, por exemplo, um contrato pode ser executado em outro lugar, com usos negociais distintos daqueles vigorantes no lugar da celebração. Mas, o critério legal está posto no artigo e deverá ser observado pelo intérprete.

A conexão dos usos com a boa-fé objetiva operacionalizada pelo dispositivo legal deve, contudo, ser entendida contextualizadamente. Referida coligação não quer dizer que os usos negociais teriam conexão apenas com a boa-fé.

²³⁰ “Enquanto o uso, em sentido estrito, contém elemento espacial, que o fixa, a boa-fé mais se estende, como se não se diferenciasse segundo os lugares”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. 3. p. 109 e p. 422).

²³¹ Ibidem, p. 422.

²³² O exemplo foi abordado, nesta dissertação, como caso de usos em sua função integrativa, por remissão legal. Cf. ponto 1.2.2.1, Judith afirma, em sua obra, que é aplicação da coligação entre usos e boa-fé para a *integração* de contrato bancário no caso de *lacuna* na fixação dos juros, já que declarada a nulidade da cláusula. Por sua vez, em nota dos atualizadores ao Tomo III da obra de Pontes de Miranda, o exemplo consta como coligação entre “usos em sua função hermenêutica e a boa-fé para a integração de contrato bancário no caso de lacuna na fixação de juros, já que declarada a nulidade da cláusula”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. 3. p. 422).

O preceito contido no art. 113 do CC contrabalança e parametriza a literalidade, no sentido de que atuará como um *critério objetivo* a interpretação e para a integração do negócio jurídico.

Nesse sentido, o comando do art. 113 do CC deve ser aplicado em conjunto, portanto, com o conteúdo do art. 112 do CC, dispositivo que estampa o comando da ultraliteralidade. Trata-se de dispositivos indissociáveis, já que o enunciado do art. 112 se constitui no núcleo da “busca da intenção consubstanciada na declaração negocial”. Atuando conjuntamente, ambos os dispositivos auxiliarão o processo de formação da resposta que consiga situar contextualmente a intenção consubstanciada na declaração, a qual só poderá ser alcançada no caso concreto, pois se trata de estruturas normativas que só adquirem significado operativo no momento de sua aplicação a um caso específico.²³³

Portanto, conforme anteriormente abordado, os usos negociais, enquanto pautas interpretativas, guardam relação de atuação com diversas outras pautas interpretativas, em consideração ao “cânone da totalidade hermenêutica”.²³⁴

Adotando-se as premissas conceituais e funcionais dos usos negociais, conforme desenvolvido nesta dissertação, o Código Civil não contemplou expressamente os usos negociais na sua função normativa. Contudo, em razão da necessidade de inserção harmônica e condizente com o ordenamento jurídico brasileiro, a análise da normatividade ou não como tarefa dos usos negociais – o que se abordará adiante – deverá, sempre, ser objeto de ponderação e análise casuística por parte do intérprete.

1.3.3 A insuficiência e a ineficiência da legislação e da pressuposição

O estudo da aplicabilidade dos usos negociais aos contratos, especialmente os empresariais – seja para lhe moldar ou para lhe desvelar a plenitude de conteúdo –, atrai, invariavelmente, desafiantes debates acerca: (i) do monopólio de produção de leis pelo Estado,²³⁵ (ii) da correspondência entre direito e a lei; (iii) da ideia de que somente o Estado

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 448.

²³⁴ Ibidem, p. 474.

²³⁵ Carlos Ferreira de Almeida aponta que, no auge do positivismo legalista, era grande a relutância em reconhecer o costume como fonte de direito, mas que a doutrina portuguesa tem evoluído em sentido

impõe o que é Direito; (iv) da completude do contrato, e (v) da suficiência e da eficiência da pressuposição.

Embora a investigação desses pontos não seja o objetivo específico da presente pesquisa, entendem-se como pressupostos para a compreensão da nomogênese social, objeto específico da segunda parte deste estudo. E é até este limite – *de pressupostos para a investigação do objeto* – que serão abordados neste capítulo.

1.3.3.1 (In)completude legislativa: o enfraquecimento da pretensão de totalidade

Houve um tempo em que a soberania era identificada como a independência de qualquer poder – Império ou Igreja – para passar a ser considerada como a exclusiva faculdade de criar o Direito.²³⁶ A soberania, nessa medida, passaria a ter uma natureza normativa, no sentido de que um Estado soberano seria aquele que pudesse produzir uma ordem jurídica autônoma e unificada. Dessa forma, a unidade do direito é que construiria a soberania do Estado.²³⁷

O Direito passou, a partir desse momento, a ser o Direito do Estado, que nada mais era do que a lei, então sua única fonte. Adentra-se, dessa forma, no que alguns doutrinadores denominaram “totalitarismo da lei” ou “o absolutismo legislativo”.²³⁸

Nesse período do primado da lei,²³⁹ reforçado ainda mais pelas revoluções liberais dos finais do século XVIII, qualquer outra espécie de fonte de relevância para o conteúdo do Direito – o costume ou a equidade – dependia de uma concessão ou da remissão da lei.²⁴⁰

Igualmente, François Gény narrou que o costume, na França, acabou perdendo espaço e que sob a influência das ideias surgidas por volta do século XVIII, que as codificações então

favorável à sua admissibilidade. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I**: conceito, fontes, formação. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 63).

²³⁶ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54.

²³⁷ Ibidem, p. 54.

²³⁸ Ibidem, p. 54.

²³⁹ “[...] constituição e lei representavam um fortíssimo núcleo de legitimação do sistema político, isto explicando a antipatia com que os juristas que aceitavam a legitimação democrática do poder olhavam todas as formas de manifestação do direito que não fossem de origem legislativa”. (Ibidem, p. 56).

²⁴⁰ Ibidem, p. 55.

modernas acabaram deixando tão pequeno ou insignificante o papel do direito consuetudinário.²⁴¹

Diante desse monopólio da lei, o juiz limitava-se a aplicá-la, não podendo afastá-la mesmo se particularmente lhe parecesse injusta ou imoral, e a doutrina apenas aperfeiçoava o conjunto de leis, extraindo delas os princípios gerais que as inspiravam e, eventualmente, utilizava este “espírito geral do sistema legislativo” para integrar cada uma das leis (elemento sistemático) ou para resolver casos nela não previstos (lacunas da lei).²⁴²

Contudo, desde o aparecimento desse absolutismo legalista, diversas e distintas correntes teóricas e filosóficas defendiam o caráter redutor do legalismo e a necessidade de uma concepção mais plural do ordenamento jurídico.²⁴³

François Gény, em cuja obra fundamental, dedicou-se ao estudo da fonte consuetudinária, já condenou o poder legislativo como forma exclusiva de produção normativa.²⁴⁴

Judith Martins-Costa afirma que:

[m]uito embora reconhecesse o codificador Beviláqua ser o costume a ‘primeira fonte subsidiária do direito pátrio’, o Congresso fez preponderar a fórmula ‘prepotente e artificial’ do art. 1.807 do nosso primeiro Código Civil, revocatória de todos os usos e costumes, como se, por uma penada legislativa, se pudesse emudecer a voz da história.²⁴⁵

²⁴¹ Segundo François Geny, “[...] Et, tandis qu’à partir du XVI siècle surtout, elle avait servi à faire prévaloir le droit romain, considéré comme droit écrit, à l’encontre des droits coutumiers locaux, elle se trouva, au XVIII siècle, correspondre tout à fait aux conceptions, alors régnautes, sur l’omnipotence législative et la domination exclusive de la loi. Celle-ci, étant ramenée à un acte purement arbitraire de volonté subjective, ne laissant plus aucune place à la coutume. C’est sous l’empire de cette idée, que les codifications modernes, issues du même mouvement social, firent si petit le rôle du droit coutumier, quando eles ne le passèrent pas dédaigneusement sous silence. (GÉNY, François. **Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1919. v. 1, p. 336).

²⁴² HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 57.

²⁴³ Um dos exemplos citados pelo autor seria de que a solução jurídica não era a que resultava mecanicamente da lei, mas a que dava lugar a uma melhor composição dos interesses sociais em conflito, referindo R. Jhering, 1818-1892; Ph. Heck, 1858-1943, dentre outros. (Ibidem, p. 59).

²⁴⁴ GÉNY, François. **Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1919. v. 1, p. 345. Cf. Id. **Science et Technique em droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1915.

²⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18-19.

António Manuel Hespanha afirma que “o monismo legislativo é, na ordem dos factos, uma ficção simplificadora”, pois qualquer sociedade tem mais normas do que leis.²⁴⁶ Hespanha, após abordar a reação doutrinária ao monismo legislativo, sinala que “[...] a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades dos nossos dias”.²⁴⁷

O fato é que, com o passar do tempo e com as alterações na dinâmica da sociedade e das relações comerciais, cedeu, assim, com nascedouro na práxis, a presunção de onipotência e completude legislativa. O Estado, como alertou Rodrigo Octávio Broglia Mendes, “tem perdido em grande medida sua capacidade de regulação”.²⁴⁸

Há de se concordar com António Manuel Hespanha, quando ele refere que “só muito simplifadamente – e de forma cada vez mais irrealista – é que este [o direito] pode continuar a ser identificado com a lei”.²⁴⁹

Clóvis do Couto e Silva afirma que fatores decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações que esses produzem passaram a “influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional”.²⁵⁰

²⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65. O autor afirma que o pluralismo jurídico, surgido na área da antropologia jurídica, para descrever a situação do direito das colônias e, mais tarde, dos direitos indígenas e outros fenômenos multiculturalistas, por vezes, é também identificado – ao lado do Direito Estatal – como um “direito do quotidiano” ou “everyday life law”. A doutrina mais tradicional, contudo, não deu espaço para a discussão. António Manuel Hespanha afirma que, depois do surgimento do pluralismo jurídico, “[...] mais tarde, foram os sociólogos a descobrir, mesmo nas sociedades do primeiro mundo, “ilhas” de direito não oficial (como o direito “das favelas” brasileiras, estudado, nos finais dos anos 60, pelo jus-sociólogo português Boaventura de Sousa Santos), regulando importantes sectores da vida comunitária”. [...] “Mas, independentemente destes fenômenos de multiculturalismo, não tem faltado quem identifique, ao lado do direito oficial, um “direito do quotidiano” (everyday life law), que rege as nossas condutas mais comezinhas e correntes. Apesar da importância social e política destes temas, a comunidade jurídica mais tradicional continuou bastante ausente da sua discussão”. (Ibidem, p. 66-67). Acerca do pluralismo jurídico, cf.: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁴⁷ HESPANHA, op. cit., p. 74-75.

²⁴⁸ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29.

²⁴⁹ HESPANHA, op. cit., p. 29.

²⁵⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 65.

Ainda que sob predomínio material da lei,²⁵¹ o direito contemporâneo conduz à tendência de (re)valorizar o costume, especialmente naqueles setores em que a “rapidez, maleabilidade e garantia da confiança são valores mais importantes”.²⁵² Isso, de fato, ocorre no direito dos negócios.

1.3.3.2 (In)completude contratual: a inexistência da totalidade da pressuposição

Visto que a lei não é capaz de prever todas as condicionantes e variáveis de todas as relações sociais e comerciais que se propagam na sociedade e no comércio, outro pressuposto deve ser assumido: o de que a pressuposição contratual dos sujeitos de Direito, tal qual a lei, também não é, não pode, não quer ou não precisa ser completa.

O Professor Luis Renato Ferreira da Silva afirma que “o programa contratual é uma domesticação (ou uma tentativa de domesticação) de eventos futuros”.²⁵³ De fato, não se pode prever todos os possíveis acontecimentos futuros para deixá-los, todos, pactuados. Tal esforço não passaria mesmo de mera tentativa.

A racionalidade dos sujeitos é limitada e, então, é simplesmente impossível para as partes preverem todas as contingências futuras no momento em que se vinculam a um contrato, pois, sempre faltarão dados sobre o outro contratante, sobre possíveis desdobramentos do ambiente, sobre o que, de fato, virá a acontecer.²⁵⁴

O direito mercantil reconhece a racionalidade limitada apontada pelos economistas e, para lidar com essa incompletude, ao longo dos séculos, o sistema jurídico criou mecanismos,

²⁵¹ António Manuel Hespanha fala em “quase exclusivismo da lei” e refere que ele é “mais teórico do que prático”. (HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 581).

²⁵² Ibidem, p. 565.

²⁵³ SILVA, Luís Renato Ferreira da. O tempo no direito e o tempo do direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord). **Narração e normatividade**: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 96. Nesse sentido, Stewart Macaulay afirma: “Our ability to predict the future is limited, and even careful business people often leave gaps in written contracts. The word changes and surprises us”. (MACAULAY, Stewart. The real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. **The Modern Law Review**, v. 66, n. 1, p. 54, jan. 2003).

²⁵⁴ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 152. Paula Forgioni afirma que a ideia de “racionalidade limitada” foi proposta inicialmente por Herbert Simon e baseia-se na constatação de que, contrariamente ao que prega a economia clássica, as habilidades humanas de cognição não são infinitas. A racionalidade limitada “refers to behavior that is intendedly rational but only limitedly so; it is a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information”. – citando WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, 377. (Ibidem, p. 152).

tais como o instituto da excessiva onerosidade, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual.²⁵⁵

Especificamente quanto ao contrato, conforme anteriormente exposto, ainda que não seja insuficiente a pressuposição, ou seja, ainda que as partes tenham em seu horizonte contratual a racionalidade acerca de determinado evento, ou alguma condicionante ou variável, mesmo assim, poderá, deliberadamente, deixar de contratar.

Reconhecendo tais premissas, Ezio Guerinoni abordou a “*incompletezza subita*” e a “*incompletezza deliberata*” do conteúdo contratual. Para o autor, a incompletude do conteúdo contratual pode ser abordada, inclusive, como técnica de gestão do contrato.²⁵⁶ Em determinadas situações, portanto, as partes poderão, deliberadamente, decidir não contratar determinado aspecto previamente.

Para bem contratar, não se pode olvidar que “contratos são, por natureza, incompletos e maior a sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir”.²⁵⁷ Reconhecer a incompletude do contrato e os seus diversos motivos permite aos contratantes e ao intérprete melhor avaliar seus comportamentos.

Os economistas já se dedicaram a analisar o fenômeno dos contratos incompletos e os desafios que eles apresentam, explicando-os a partir de três aspectos dos custos de transação: (i) existência de contingências imprevistas [*unforeseen contingencies*], pois as partes não podem definir *ex ante* todas as vicissitudes futuras, incluindo o comportamento inesperado da outra parte; (ii) o custo da redação de contratos [*cost of writing contracts*], pois, ainda que todas as contingências fossem previsíveis, mostrar-se-ia excessivamente custoso descrevê-las e prevê-las no contrato, e (iii) o custo de execução do contrato [*cost of enforcing contracts*], pois, diante das contingências e comportamentos imprevistos, não é fácil aos julgadores compreender o que foi avençado e dar-lhe concreção.²⁵⁸

O reconhecimento da incompletude contratual, sob o ponto de vista jurídico, guarda íntima relação com a já abordada função integradora dos usos negociais, pois leva à reflexão

²⁵⁵ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 154.

²⁵⁶ GUERINONI, Ezio. **Incompletezza e completamento del contratto**. Milano: Giuffrè, 2007.

²⁵⁷ FORGIONI, op. cit, p. 63.

²⁵⁸ FORGIONI, op. cit, p. 63-64.

sobre os seguintes aspectos: (i) a existência de inúmeras lacunas, que não são, necessariamente, “defeito” dos contratos, como prega a dogmática tradicional, mas, sim, uma característica própria de contratos complexos; (ii) as regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes, que seriam equivalentes às normas dispositivas ou *default rules* para os norte-americanos, e (iii) o tratamento que o direito deve dispensar às lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais do funcionamento do sistema, como o *pacta sunt servanda* e a *liberdade de contratar*.²⁵⁹

Nesse sentido, Stewart Macaulay também esclarece que questões estratégicas poderão estar envolvidas, pois o contratante, ao pactuar uma cláusula dizendo *se ocorrer x, então a consequência será y*, ele está antecipando determinada situação. Nesses casos, talvez, poderia o contratante evitar levantar tal problema nas negociações e, simplesmente, esperar que o assunto possa ser resolvido se o evento *x* acontecer.²⁶⁰

Desse modo, a inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar de um *comportamento estratégico das partes*. As partes podem optar por não inserir no conteúdo contratual determinada previsão, justamente, visando à realização da transação e evitando enfrentar determinados aspectos que, julgam, poderiam ameaçá-la.²⁶¹ Nesse sentido, “[d]eixam-se problemas para o futuro, até confiando no aumento do grau de dependência econômica que tende a ocorrer ou a se incrementar durante a relação”.²⁶²

No notório estudo empírico sobre o comportamento dos contratantes, Stewart Macaulay aponta que, durante as tratativas, os agentes econômicos podem assumir diferentes posturas em relação ao negócio a ser realizado: (i) planejar cuidadosamente os comportamentos, explicitando-os formalmente [“explicit and careful”]; (ii) possuir entendimento comum, mas tácito, sobre certa questão [“tacit agreement”]; (iii) possuir entendimentos divergentes, não manifestados expressamente [“unilateral assumptions”]; (iv)

²⁵⁹ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

²⁶⁰ No original: “If I want a clause that says if event X takes place, the consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place.” MACAULAY, Stewart. *The real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. **The Modern Law Review**, v. 66, n. 1, p. 55, jan. 2003.

²⁶¹ FORGIONI, op. cit., p. 88. Forgioni aborda tais situações como “*desvios de pontos controvertidos*”: “por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto”. (Ibidem, p. 88).

²⁶² Ibidem, p. 88.

sequer cogitar de determinado problema [“unawareness of the issue”]. O autor esclarece que “[c]learly other intermediate points are possible”.²⁶³

Pode-se ainda referir que alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora.²⁶⁴ Outros, por sua vez, vêm em dimensões implícitas, não declaradas no papel, mas pertencentes ao contexto do contrato.

Diversas, portanto, são as razões de insuficiência ou ineficiência da pressuposição contratual. As partes, simplesmente:

- (i) Não conseguem prever todos os eventos futuros, pois a racionalidade é limitada, e os eventos são, muitas vezes, imprevisíveis;
- (ii) Não conseguem prever tudo de forma clara ou não ambígua;²⁶⁵
- (iii) Não se comportam, muitas vezes, de acordo com o que restou contratado por escrito;²⁶⁶
- (iv) Não querem, muitas vezes, prever algo, para não afastar ou para não colocar em risco determinado movimento contratual ou o próprio contrato;
- (v) Não podem ou não querem arcar com os custos de uma contratação ou de um determinado nível de contratação.

²⁶³ MACAULAY, Stewart. Non contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 58, fev. 1963.

²⁶⁴ Paula Forgioni afirma: “[H]á limites para o tempo que nós podemos ou devemos perder procurando prever todas as contingências em nossos contratos”. (FORGIONI, op.cit., p. 155-156).

²⁶⁵ “A linguagem é naturalmente inexata e muitas vezes falha na exata determinação do contratado”. (Ibidem, p. 155-156).

²⁶⁶ Acerca dos contratos escritos e do comportamento das partes, remete-se a: MACAULAY, Stewart. The Real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. **The Modern Law Review**, v. 66, n. 1, p. 44-79, jan. 2003. Ainda, Gerson Branco, em artigo ainda não publicado, aborda a dissociação entre os instrumentos formais ou ajustes iniciais e o modo como as partes efetivamente realizam as operações econômicas reguladas pelo contrato. O autor destaca que as partes vão mudando, ao longo do contrato, as suas condutas de acordo com a conveniência comum, com as exigências do mercado e com as transformações tecnológicas: BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Efeitos normativos das práticas negociais**: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? 2017. No prelo. p. 2.

Portanto, além de partir do pressuposto de que a incompletude contratual existe, deve-se partir do pressuposto de que ela pode não ser eventual ou ocasional, mas, sim, deliberada, ou pelo legislador²⁶⁷ ou pela própria parte contratante.

1.3.4 (Novos) Caminhos: produção normativa social

Conforme analisado neste estudo, na medida em que as relações sociais e econômicas se diversificam e são mais dinâmicas, velozes e interconectadas, aumentam as complexidades e aumenta a dificuldade do poder normativo estatal ou mesmo das partes ao contratar. Passa a ser impossível suprir todas as vicissitudes inerentes às relações contratuais.²⁶⁸

No Direito Comercial, a ordem jurídica de mercado compõe-se por duas classes de normas: (i) as normas endógenas, que emergem do comportamento dos próprios agentes econômicos, e (ii) as normas exógenas, que provêm de autoridade externa aos agentes, p.e., o Estado.²⁶⁹ Considerando essa classificação, pode-se inferir, como pontuou Forgioni, que as fontes tradicionais do Direito Comercial são revisitadas, apontando-se, assim, os usos e costumes, como normas endógenas, e as leis, como normas exógenas.²⁷⁰

As leis, segundo Paula Forgioni, têm a função de “implementar políticas públicas” e, ainda, atuar para “*catalisar o fluxo de relações econômicas*, destinando-se, por exemplo, a diminuir os custos de transação, a aumentar o grau de segurança jurídica ou mesmo a eliminar falhas de mercado”.²⁷¹ Já os usos negociais, ou *stylus mercatorum*, como são chamados por Forgioni, são, para a autora, identificados como *fonte do direito comercial*, ou seja, “diretriz

²⁶⁷ E.g. preço determinável na compra e venda.

²⁶⁸ “Não existe sociedade, por mais rudimentar que seja, sem lei e um sistema para sua aplicação. [...] Na medida em que as relações socioeconômicas são mais dinâmicas, aumenta o fosso, esse é o termo, entre a lei escrita e a regência dos interesses objetivos da sociedade e seu desenvolvimento. Com isso, verifica-se uma paralização do movimento social ou, então, a morte em vida da própria lei. Diante desse impasse, a solução é o retorno, mesmo que paulatinamente, e não poderia ser de outra forma, aos usos e costumes, como base maior da aplicação do Direito”. (CABRAL, Plínio. **Usos e costumes no Código Civil de 2002**. São Paulo: Rideel, 2009. p. 98).

²⁶⁹ FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164.

²⁷⁰ Ibidem, p. 164.

²⁷¹ Ibidem, p. 164-165.

de funcionamento de mercado”.²⁷² Nesse sentido, a capacidade que deles se investiga é a de emanar normas de respeito obrigatório para os agentes econômicos.²⁷³

A profunda modificação na natureza do direito contemporâneo implica uma modificação na sua teoria e na sua dogmática, “não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei”.²⁷⁴ Todavia, necessária a ponderação de que adotar uma perspectiva pluralista do direito não pode fazer perder de vista o significado democrático hoje assumido pela constituição e pelas leis.²⁷⁵

A interação entre o sistema normativo e o sistema social não é, portanto, unilateralmente determinada e compete, sim, aos operadores jurídicos não permitir que assim o seja.²⁷⁶ Nesse sentido, normatividade e realidade devem ser consideradas e postas em relação uma com a outra, pois têm um inseparável contexto e condicionamento recíproco, conforme já abordado.

À segunda parte deste estudo, compete analisar, especificamente, os usos negociais atuando na sua *função normativa específica ou normativa produtiva*, ou seja, os *usos negociais* e seu alcance no processo dos contratos, em especial, os empresariais, por suas próprias características.

²⁷² FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165-166.

²⁷³ Paula Forgioni faz referência ao Código Comercial de 1850: “O art. 2º do Regulamento 737, de 1850, estabelecia que ‘constituem legislação commercial o Código do Commercio, e subsidiariamente os usos commerciaes e as leis civis’” (Ibidem, p. 165-166).

²⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 29.

²⁷⁵ Ibidem, p. 29.

²⁷⁶ Ibidem, p. 9.

2 O PODER SOCIAL DE PRODUÇÃO NORMATIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A partir dos pressupostos analisados na primeira parte desta pesquisa, é possível a constatação de que, não só, mas, especialmente,²⁷⁷ no ramo do Direito Empresarial, os usos negociais assumem relevância ainda maior na atualidade, mesmo no sistema jurídico interno brasileiro.

Por essas razões, é que se optou, no presente estudo, em aprofundar os usos do tipo *negocial* e a sua aplicabilidade e alcance, especialmente, nos *contratos empresariais*. A análise do poder social de produção normativa nesse campo específico, certamente, é tarefa que merece atenção, especialmente, diante dos inúmeros e variados efeitos que os usos negociais provocam no processo contratual empresarial.

2.1 OS USOS NEGOCIAIS NO ESPAÇO DA AUTONOMIA PRIVADA

Partindo-se do pressuposto de que os usos negociais têm, então, função pluridimensional, sobressaindo-se, nos contratos empresariais, marcadamente, o seu desempenho na *função normativa*, surge o questionamento se as obrigações decorrentes dos usos negociais seriam ou não impositivas. Ou, visto de outro modo, se os usos negociais limitam ou não a autonomia privada.

Essa relação e, conseqüentemente, este estudo se propõem a prosseguir a reflexão levantada pelo Professor Luis Renato Ferreira da Silva, quando questionou: “em que medida os usos limitam a autonomia e, sendo fruto desta autonomia, sofrem eles os limites a que a autonomia se submete?”²⁷⁸.

Dessa proposta de ampliação da reflexão, surgem instigantes questionamentos: (i) há limites ao exercício da autonomia privada?; (ii) quais são tais limites?; (iii) é a autonomia privada que dá origem aos usos negociais ou esses que se formam no espaço da autonomia

²⁷⁷ Márcio Ferro Catapani afirma que “[é] corrente a afirmação de que, nesse ramo [Direito Comercial], os usos e costumes exercem um papel de maior relevo que em outros, mesmo nos sistemas jurídicos de Direito Continental”. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 28, abr./jun. 2011).

²⁷⁸ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 22. (Cadernos do IEC).

privada?; (iv) os usos negociais, para além de serem pautas interpretativas e integrativas dos contratos empresariais, ao exercerem a sua função normativa, limitam, de forma cogente ou imperativa a autonomia privada?

Cumpre, assim, conceituar e posicionar a autonomia privada e as liberdades a elas correlatas, para, por conseguinte, tecer a análise dos seus limites e, eventualmente, do enfraquecimento – ou não – dessa autonomia,²⁷⁹ em razão de tais limites. E se, dentre esses limites, estariam ou não os usos negociais.

Para aclarar alguns desses questionamentos, serão abordadas a autonomia privada e a ordem jurídica, com atenção para as distinções entre autodeterminação, autonomia e liberdade contratual. Passa-se, então, à dualidade autonomia e heteronomia, expondo a coexistência no sistema, para que se possa averiguar, posteriormente, a extensão da autonomia e se há limites impostos pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, abordar-se-á o espaço de atuação da autonomia privada e quais os seus possíveis fatores limitadores ou não, com vistas à funcionalização do contrato e ao atendimento das cadeias socioeconômica e jurídica na qual o contrato se insere. No ponto seguinte, será desvelada a formação dos usos negociais e a vinculatividade ou não dos sujeitos a eles, perquirindo se, ao exercerem sua função pluridimensional, os usos limitariam ou não a autonomia privada.

2.1.1 Autodeterminação, autonomia e liberdade

A maior expressão de *liberdade*, no âmbito das relações que envolvam circulação de riquezas, é o contrato, típico ato de autonomia privada. Autonomia essa que é fruto da *autodeterminação* dos indivíduos.

Essa autonomia, no espectro negocial, vem acompanhando a evolução – *social, econômica, jurídica* – e passou, do século XIX aos dias de hoje, por uma significativa

²⁷⁹ “Ao mesmo tempo que os usos negociais empresariais demonstram a força da autonomia dos privados nas suas relações, esses usos tendem a servir de limite à autonomia, na medida em que criam comportamento com tipicidade social”. (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Autonomia privada e usos negociais empresariais*. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 22. [Cadernos do IEC]).

alteração de perspectiva: da liberdade e dogma da vontade²⁸⁰ da concepção individualista,²⁸¹ para a funcionalização e materialização da atualidade.

O conceito de autonomia privada, como afirmado, veio sofrendo profundas alterações.²⁸² Os contornos da autonomia privada²⁸³ foram se modificando e, em consequência, o contrato passou a não mais representar o livre-arbítrio.²⁸⁴

O domínio absoluto da vontade atenua-se, adequando-se à nova realidade contratual, na qual, não raro, a autonomia privada estará sujeita a ruídos externos, sejam eles controladores ou limitadores do agir. Em outras palavras, a vontade não é mais soberana.²⁸⁵

²⁸⁰ “O cânone posto no art. 113 do novo Código Civil revela-se, assim, como um mandato que remete o intérprete a um determinado ‘contexto consuetudinário local’, superando a perspectiva oitocentista que via, na vontade de cada indivíduo, a explicação para o fenômeno negocial”. (MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 15).

²⁸¹ “Nas codificações oitocentistas do século XIX, a autonomia privada representava o valor primordial do sistema jurídico, marcadamente voluntarista e individualista. A vontade individual consubstanciava o motor do direito privado. Verificava-se o absoluto domínio da vontade na obtenção de efeitos jurídicos. Contrato e propriedade consistiam nos pilares do direito civil: a tutela jurídica voltava-se ao proprietário, o qual, por meio do contrato, veículo máximo de expressão da vontade individual, fazia circular os bens e as riquezas”. (BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 219-220).

²⁸² Sobre a abordagem especificamente histórica do conceito e da evolução da autonomia privada, veja-se: TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

²⁸³ A expressão “autonomia privada” é comumente confundida com a expressão “autonomia da vontade”. Enquanto aquela, como visto, denota um poder de autorregulamentação de interesses privados, o núcleo desta última está no querer. (MARTINS-COSTA, op. cit, p. 228-229). Ainda nessa senda, sobre a crítica ao dogma da vontade, veja-se: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 92-116. Em sentido contrário, sem fazer a distinção: “A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999).

²⁸⁴ BANDEIRA, op. cit. p. 220. Paula Greco Bandeira, nesse sentido, expressa que “por outras palavras, a autonomia privada, no âmbito das situações patrimoniais, em que se verifique simetria de informações, passa a fundamentar-se na utilidade social. Surge, a partir daí, o limite interno ao direito de contratar imposto pela função social do contrato, a qual determina que o exercício da liberdade contratual atenda, não apenas aos interesses dos contratantes, mas aos valores extracontratuais, socialmente relevantes, de natureza constitucional, atingidos pelo contrato. Como sustentado, a liberdade de contratar apenas merecerá tutela se concretizar tais interesses extracontratuais socialmente relevantes ou, em síntese, se atender à função social”. (Ibidem, p. 220-221). Acerca da interpretação e da delimitação da esfera de atuação da função social do contrato, remete-se à BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁸⁵ “Não há mais, pois, a referência absoluta da vontade. Há paradigmas de conduta, expectativas geradas, objetivos sociais a cumprir. O contrato se desprende das vontades, seus efeitos jurídicos independem delas. Todas essas referências são externas ao que tradicionalmente – ou classicamente – identifica-se como contrato”. (DE NARDI, Marcelo. **Redes de contratos em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 119). E, ainda, “A evolução histórica da teoria do contrato demonstra que foi preciso superar a ideia de que a autonomia, no âmbito da relação jurídica, seria suficiente para garantir a justiça.”. (LOPES JR, Dalmir. Autonomia, confiança e boa-fé? Um diálogo entre a bioética e os princípios do contrato. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXI ed, 2012, Uberlândia. **Anais...** Florianópolis:

A rigidez conceitual da teoria clássica²⁸⁶ do contrato não consegue acompanhar o ritmo e o modo com que se formam, desenvolvem-se e extinguem-se as obrigações entre os sujeitos. O conceito clássico da autonomia privada reclama, então, uma releitura.

A autonomia privada não é conceito unívoco. E, inobstante não ser esse o objeto de estudo, não sem razão se encontra aqui presente; especialmente, diante do reconhecimento de que “sobre o conceito [de autonomia privada] adensaram-se questões das quais depende, em grande parte, a configuração do ordenamento”²⁸⁷.

Pietro Perlingieri afirma que definir autonomia privada é operação nada simples e que, em geral, essa expressão pode ser entendida como o poder *reconhecido* ou *concedido* pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos assumidos livremente.²⁸⁸

Por sua vez, Betti,²⁸⁹ antes de Perlingieri, havia destacado seu entendimento de que a autonomia privada é *reconhecida* pela ordem jurídica. Na opinião do autor, a autonomia privada não seria chamada para criar ou integrar normas jurídicas, mas, sim, a realizar hipóteses de fato de uma norma já existente, dando vida, entre particulares, àquela relação jurídica que a norma estabelece. Só nesse sentido, segundo Emílio Betti, é que poderia ser reconhecida aos indivíduos, pela ordem jurídica, uma competência dispositiva; mas, não no sentido de que a norma jurídica lhes delega uma parte da competência normativa, transformando-os, dessa forma, em órgãos seus. Percebe-se, já aqui, uma diferença entre os conceitos apresentados por Pietro Perlingieri e Emílio Betti, no sentido de ser a autonomia privada *reconhecida* ou *concedida* pela ordem jurídica.

Fundação Boiteux, 2012. p. 795-821. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5052597562444938>>. Acesso em: 12 jun. 2016).

²⁸⁶ Dalmir Lopes Júnior afirma que a primeira fase histórica da teoria geral dos contratos é responsável pela “visão clássica do contrato”, na qual se acentua a liberdade individual, o predomínio da autonomia da vontade e a validade da vontade exteriorizada pelas partes. O autor expõe que, na segunda fase, que se iniciou na segunda metade do século XIX, surgiram as críticas ao formalismo jurídico e os princípios contratuais da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e equilíbrio econômico dos contratos. Acerca desta segunda fase, o autor expõe que “uma realidade que evidenciou que o princípio da autonomia, por si só, era incapaz de garantir justiça às relações em que uma das partes detinha o poder de influenciar a tomada de decisão da outra, tornando necessária a introdução de novas bases ou princípios para reequilibrar essas relações específicas. (LOPES JR, Dalmir. Autonomia, confiança e boa-fé? Um diálogo entre a bioética e os princípios do contrato. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 795-821. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5052597562444938>>. Acesso em: 12 jun. 2016).

²⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

²⁸⁸ Ibidem, p. 17.

²⁸⁹ Ibidem, p. 81-85.

A ordem jurídica recepciona a autonomia privada e a reconhece como potestas capaz de criar, modificar e extinguir relações jurídicas.²⁹⁰

A autonomia privada, por conseguinte, é um fenômeno de autoridade de autorregulamentação²⁹¹ dos próprios interesses e relações exercidas pelo indivíduo, com a capacidade “criadora, modificadora ou extintora das relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e vicissitudes são antecipadamente disciplinadas pelas normas jurídicas preexistentes”.²⁹² A manifestação precípua da autonomia privada é o negócio jurídico, que é um ato a que o Direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas.²⁹³

Luigi Ferri, por sua vez, destaca que a autonomia privada vai além da expressão da licitude ou de faculdade, implicando a manifestação de um *poder*, do *poder de criar normas jurídicas* dentro dos limites postos pela lei.²⁹⁴

A autonomia privada, ainda que analisada sob diferentes perspectivas, pode ser descrita, ao encontro do entendimento de Joaquim de Sousa Ribeiro, como um fenômeno ou processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam. É, assim, uma normação, pelo próprio sujeito, que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada.

Judith Martins-Costa, por outro lado, define que “a autonomia privada: (i) constitui o *fundamento* da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma *fonte* de poder normativo, pelo qual se

²⁹⁰ Quanto a este ponto, consigna-se que, para Emílio Betti, a autonomia privada não é fonte de normas jurídicas, mas, sim, pressuposto e causa geradora de relação jurídica já disciplinada em abstrato e em geral, pelas normas. A ordem jurídica, sob essa ótica, reconhece aos indivíduos o poder de criar *fattispecies* aptas a gerar vínculo entre eles. (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 81).

²⁹¹ Betti afirma: “Auto-regulamentação que a consciência social já considera vinculativa para as partes, mesmo antes do ato ser elevado à dignidade do negócio jurídico: quer dizer, ele é considerado não como um programa puro e simples, a que as partes podem, livremente, ater-se ou não (tal como poderia acontecer com um propósito individual, formado no íntimo da consciência), mas como uma regra de conduta que tem de ser observada e que, no caso de inobservância, é acompanhada, na vida social, por sanções mais ou menos enérgicas e seguras, tanto de caráter específico (ex.: medidas de retorsão e de autotutela) como de caráter genérico (ex.: perda ou diminuição do crédito social, com a conseqüente impossibilidade, ou dificuldade, de realizar novos negócios)”. (Ibidem, p. 76).

²⁹² Ibidem, p. 81.

²⁹³ Ibidem, p. 82.

²⁹⁴ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 5. Paula Forgioni, nesse sentido, afirma que “ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade de seu objeto. O *limite da liberdade de contratar* é encontrado na ilicitude que as normas exógenas impõem a certos comportamentos”. (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150).

formam e são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam a sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses”.²⁹⁵

Os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, mas todos eles com a necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que, efetivamente, mereçam a tutela e que sejam socialmente úteis e relevantes.²⁹⁶

Nos negócios jurídicos – desde as fases da tratativa até mesmo na fase pós-negocial – os princípios da autonomia privada, da boa-fé, da confiança e da autorresponsabilidade estão, sempre, em “*interdependência escalonada*”, na expressão de Judith Martins-Costa.²⁹⁷ Avançando nessa *interdependência*, poder-se-ia afirmar que a autonomia privada deverá estar em harmonia com os demais princípios e com todos os demais elementos do ordenamento jurídico.

A partir dessa análise, infere-se que a *autonomia privada* é conceito distinto, portanto da *autodeterminação*, que é um conceito pré-jurídico, situado em outro plano, que indica o poder de cada indivíduo de gerir livremente a sua vida e sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.²⁹⁸ É um conceito necessariamente de valor, mais amplo, portanto, do que a autonomia privada.

A ordem jurídica brasileira acolhe a autodeterminação no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil,²⁹⁹ por meio do princípio da *dignidade da pessoa humana*, o qual deixa transparecer tal livre determinação aos sujeitos, que podem gerir suas vidas da maneira que bem entenderem.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 228-229.

²⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 229.

²⁹⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 22. A fórmula de Portmann: “o animal ‘vive’ a sua vida, enquanto o homem ‘conduz’ a sua existência”, traduz, na opinião de Joaquim de Sousa Ribeiro, bem a aptidão do ser humano.

²⁹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A autonomia privada, nas palavras do Professor Luis Renato Ferreira da Silva, encontra-se como espécie ao princípio constitucional da autodeterminação e como gênero em relação à liberdade contratual e, para alguns, à liberdade de contratar.³⁰⁰

A *liberdade de contratar* é a forma de manifestação de autonomia no âmbito das relações que envolvam circulação de riqueza. Essa expressão consta no art. 421 do Código Civil, o qual prevê que “a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social”.

Francesco Messineo sistematizou o princípio da *liberdade de contratar* desdobrando-o em: (i) vedação de qualquer das partes *impor* à outra o regramento contratual, já que o conteúdo do contrato deve ser resultado do debate; (ii) liberdade de fixar o conteúdo do contrato; (iii) liberdade de derrogar normas supletivas; (iv) liberdade de estabelecer a disciplina a que estarão sujeitas (i.e., liberdade de estipular contratos normativos), e (v) liberdade de celebrar contratos inominados.³⁰¹

Arnoldo Wald expõe que a “*liberdade contratual*”, ao lado da “*liberdade de contratar*” são as duas formas de apresentação da “autonomia da vontade”.³⁰² Para o autor, a liberdade de contratar é diferente da liberdade contratual. A primeira, seria a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto que a segunda é a possibilidade de estabelecer o seu conteúdo, fixando as modalidades de sua realização.³⁰³ Por sua vez, com terminologia diferente, mas mesma representatividade, Carlos Alberto Mota Pinto traça a distinção entre “*liberdade de conclusão ou celebração dos contratos*” e “*liberdade de modelação do conteúdo contratual*”.³⁰⁴

³⁰⁰ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 21-33. (Cadernos do IEC). p. 21-33.

³⁰¹ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 11-12.

³⁰² O autor, diferente de outros que serão abordados, não distingue autonomia privada e autonomia da vontade. (WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210).

³⁰³ *Ibidem*, p. 210.

³⁰⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 94-95.

Para Orlando Gomes, por sua vez, o conceito de liberdade de contratar manifesta-se sob *tríplice aspecto*: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.³⁰⁵

Assim, nessa senda, Arnaldo Wald expõe que “a liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, importando na possibilidade para as partes contratantes de derogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado”.³⁰⁶

Nesse sentido, a expressão mais evidente da *liberdade contratual*, no ordenamento jurídico brasileiro, seria a previsão do artigo 425 do Código Civil, segundo o qual “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais previstas neste Código”. De todo modo, parece que esse dispositivo contém, para além da expressão da liberdade contratual, a própria liberdade de contratar, a ele ínsita, mormente se se considerar que deve ser interpretado de forma integrada ao artigo 421 do Código Civil, anteriormente abordado.

Neste inexorável liame que une a autodeterminação, a autonomia privada e a liberdade contratual, arquiteta-se o contrato. Dentre os contributos para a formação do conteúdo e disciplina do contrato, concorre, também, certamente, a lei, expressão heterônoma da normatividade jurídica.

Contrapondo-se à autonomia, está, assim, a heteronomia.³⁰⁷

Os limites da competência entre o Estado, por meio da lei e as pessoas, por intermédio do negócio, na formação do contrato, são “fluídos”, como afirmou Pedro Pais de Vasconcelos.³⁰⁸ O autor afirma que a justiça interna de um contrato dependerá, necessariamente, do relacionamento entre a autonomia contratual e a heteronomia legal. Muitos fatores conduzem à intervenção heterônoma na fixação da Justiça Interna do Contrato, como, por exemplo, a proteção do mais fraco, a tutela dos interesses sociais afetados pelo

³⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 25-26.

³⁰⁶ WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210.

³⁰⁷ A heteronomia “supõe a condição de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos que recebem sua lei de regência de um elemento ou ente externo à sua própria razão, isto é, expressa a edição de regras por outrem que não o participante ou destinatário da relação”. (TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 118).

³⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 423.

contrato e a persecução dos fins do Estado. E, nestes casos, dá-se a “intromissão heterónoma na intimidade autônoma do contrato”³⁰⁹

Desse modo, autonomia e heteronomia harmonizam-se e integram-se na realização concreta do Direito.³¹⁰ Restará ao intérprete a tarefa de, no caso concreto, determinar qual dos polos – autonomia/heteronomia – há de prevalecer, sendo que nessa “*relação de polaridade dialética*”,³¹¹ a prevalência de um ou de outro nem sempre estará pré-determinada. “Nesse caso, só os demais elementos fáticos e normativos do caso permitem determinar a extensão de um ou de outro princípio”.³¹²

Percebe-se que será necessário, assim, ao intérprete, a análise da totalidade dos elementos fático-jurídicos da relação contratual, para permitir verificar o alcance e o espaço em que a autonomia privada poderá ser manifestada.

2.1.2 Os limites à autonomia privada e a sua atuação no panorama negocial

Feitas as necessárias incursões acerca da cadeia autodeterminação – autonomia privada – liberdade de contratar – liberdade contratual, e a necessidade de integração entre essas manifestações e a competência normativa heterônoma, importante adentrar na questão dos seus limites para expor o dilema entre a autonomia privada e as suas possíveis limitações.

Torna-se relevante, por conseguinte, perquirir se os usos negociais, para além de serem aplicados na interpretação e na integração dos contratos – típicos atos de autonomia privada – poderiam, ainda, limitar, de forma cogente ou imperativa, a autonomia privada.

O liberalismo individualista do século XIX deixou ao arbítrio de cada um a decisão sobre todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade.³¹³ A máxima era de que as convenções têm valor de lei entre as partes, expressão fortemente inspirada na autonomia privada.

³⁰⁹ Ibidem, p. 423.

³¹⁰ Ibidem, p. 367.

³¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 229.

³¹² Ibidem, p. 229.

³¹³ WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

Contudo, com a evolução e as necessidades de uma nova realidade social e constitucional,³¹⁴ foi superado “o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia e colocaram-se em evidência os limites à extensão desse poder (e o sentido dessa limitação)”.³¹⁵ Desse modo, no direito contemporâneo, não se pode mais dizer que o princípio da autonomia privada atua de modo absoluto, pois ele deverá, sempre, no caso concreto, ser posto em relação a outros princípios, às normas protetivas, à boa-fé, à função social e à ordem pública.

A doutrina não é uníssona, mas, basicamente, aponta como limitadores a lei, a ordem pública, os bons costumes, os pressupostos de existência e validade do negócio jurídico, as cláusulas gerais e os demais princípios do ordenamento jurídico.³¹⁶

Mesmo que a autonomia privada, como expressão da autorregulação, permita aos particulares atingirem os escopos que melhor “correspondam aos seus interesses”, a ordem jurídica continua a ser o árbitro para valorar tais escopos, de acordo com o tipo e com a relevância social.³¹⁷

Nesse sentido, é o ensinamento de Luigi Ferri, que afirma que a autonomia privada é a liberdade que se move no âmbito do direito, sempre dentro dos limites fixados por este.³¹⁸

O Direito não dá o seu apoio para a persecução de qualquer escopo, devendo, assim, a ordem jurídica avaliar a função prática que caracteriza o tipo e lhe fixar limites. O resultado

³¹⁴ Diogo Leonardo Machado de Melo afirma que “o intransigente respeito à liberdade individual, que repugna a intervenção do Estado, cedeu à nova realidade social e constitucional, admitindo a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, conformando-se também com a atuação de outros princípios como o do equilíbrio e da função social”. (MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Gioi Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 90).

³¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277.

³¹⁶ Rodrigo Tellechea aponta como limites genéricos à autonomia privada: “(i) a ilicitude do regramento das partes, (ii) a ordem pública, (iii) a moral e os bons costumes e (v) as cláusulas gerais; (vi) outros tantos de ordem técnica, dentre os quais (vii) os pressupostos gerais de existência e validade dos negócios jurídicos, e (vi) normas jurídicas cogentes ou imperativas, sendo estas o enfoque do presente item”. (TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 139). Por sua vez, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que os limites à autonomia privada seriam, basicamente, a Lei, a Moral e a Natureza. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 370). Segundo Alvaro Villaça Azevedo, “não há que falar-se em liberdade, em Direito, sem que existam limitações na ordem jurídica. E essas limitações encontram fundamento nos princípios gerais de Direito e no próprio Direito Natural”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12).

³¹⁷ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 86.

³¹⁸ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001. p. 36.

dessa avaliação poderá ser: (i) ignorar o negócio; (ii) reconhecer e tutelar o negócio, ou (iii) reprovar e combater o negócio.³¹⁹

Também nesse sentido, Judith Martins-Costa afirma:

[...] os particulares dão-se normas (autonomia), mas (i) assumem a responsabilidade por seus atos, nos limites predispostos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade); e (ii) o <<dar-se as próprias normas >> é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente suscitadas no *alter*, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada).³²⁰

Nesse contexto, resguardados pela lei estarão, obviamente, alguns elementos. Os elementos essenciais, os pressupostos de validade, bem como, o tratamento e os efeitos dos negócios jurídicos validamente efetuados são reservados à competência normativa da lei. As partes, portanto, não poderiam atuar dispensando ou removendo, ao seu arbítrio, tais contornos e limites que digam respeito ao objeto e seus pressupostos de validade.³²¹

Há, pois, vários limites à autonomia privada, ou, ao menos, preceitos que limitam a liberdade de estipular o conteúdo do contrato e, até mesmo, de contratar. A existência desses limites, para Pedro Pais de Vasconcelos, postula um juízo de mérito em relação ao contrato. O juízo de licitude, em sentido restrito, confunde-se com a legalidade. Já, em sentido amplo, atua *no espaço da autonomia privada*.³²²

Ana Prata³²³, por sua vez, afirma que a autonomia privada é limitada pelo ordenamento jurídico, que *concede aos particulares uma esfera de poder* para realizarem a norma, estabelecerem as regras entre si, realizando negócios jurídicos e determinando seus efeitos. Os sujeitos, portanto, criam uma norma que deverá ser observada pelos próprios sujeitos que a criaram.

Joaquim de Sousa Ribeiro exprime, ao tratar da autodeterminação e intersubjetividade, que o poder do sujeito aparece, então, não apenas condicionado pelos limites traçados pelo ordenamento, mas, também, temperado e conformado pela necessária mediação com igual

³¹⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 86-87.

³²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 229.

³²¹ BETTI, op. cit., p. 86.

³²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 423.

³²³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 11.

poder da contraparte.³²⁴ Ribeiro expressa que o único espaço em que a autodeterminação é de livre decisão, exclusivamente segundo a própria vontade, restringe-se à liberdade de não contratar.³²⁵

As distinções tecidas anteriormente revelam-se, portanto, fundamentais, na medida em que, em determinadas situações, o exercício da autonomia privada não corresponde necessariamente a um ato de autodeterminação. Isso, porque a situação concreta do contratante, os elementos e as influências externas, as limitações ao conteúdo contratual, a discrepância de poder entre os contratantes, dentre outros fatores, reduz a possibilidade de uma manifestação de querer individual puro e totalmente livre. Nesses casos, a autonomia privada distancia-se da autodeterminação e pode conduzir, até mesmo, à heteronomia, ou seja, à imposição de alguma regulação protetiva, por exemplo.

Nesse sentido, nas palavras de Arnaldo Wald:

As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. O dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gênero, fixação de percentagens de juros).³²⁶

Nas palavras de Hespanha, “a própria dinâmica do mercado não seria outra coisa senão, por um lado, a expressão da liberdade e criatividade individuais e, por outro, a melhor satisfação das utilidades privadas e públicas”.³²⁷

Reconhecida como princípio basilar do Direito Privado, a autonomia privada é, ainda hoje, prestigiada na doutrina e na jurisprudência,³²⁸ contudo, como visto, não de forma absoluta, mas, sempre, ponderadamente.

³²⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 54.

³²⁵ *Ibidem*, p. 61.

³²⁶ WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

³²⁷ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 439.

O poder de contratar e modelar o conteúdo dos contratos ou, nas palavras de Joaquim de Sousa Ribeiro, “o poder jurisdicção é sempre, por definição, um poder compartilhado e, nessa medida, um poder limitado”.³²⁹

Esses limites à autonomia privada, contudo, não implicam retirar a liberdade contratual das partes, obrigando-as a se sujeitarem à lei ou a contratar ainda que não queiram. Implica, sim, a necessidade de o sujeito atuar com responsabilidade, “acatando comandos explícitos, como a função social, os princípios de probidade e boa-fé, as vedações de ordem pública, e implícitos, como são os princípios da obrigatoriedade, da relatividade dos efeitos, da igualdade, da socialidade, da eticidade, da operabilidade, que decorrem do espírito da lei, não bastando mais limitar-se a agir conforme a moral e os bons costumes”.³³⁰

Assim, resta incontroverso que o espaço concedido à autonomia privada sofre limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Resta investigar se essas limitações podem ser impostas pelos usos negociais de forma cogente ou imperativa.

2.1.3 A circularidade entre os usos e a autonomia privada

Analisados os pressupostos necessários para a compreensão da autonomia privada e de seus limites de atuação no panorama contratual, cumpre analisar como os usos negociais

³²⁸ Em peculiar decisão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.447.082-TO, entendeu por não aplicar normas protetivas do Estatuto da Terra na interpretação de Contrato de Arrendamento Rural, abordando a autonomia privada. Constatou, no acórdão: “Sob outro ângulo, ao se afastar a aplicabilidade do Estatuto da Terra, prestigia-se o princípio da autonomia privada, que, embora mitigado pela expansão do dirigismo contratual, ainda é o princípio basilar do direito privado, não podendo ser desconsiderado pelo intérprete. [...] A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como a boa-fé e a função social do contrato), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado, especialmente no plano do Direito Empresarial. [...] Na sua dimensão moderna, o princípio da autonomia privada passou a ter sede constitucional, não apenas quando se protege a livre iniciativa econômica (art. 170 da Constituição Federal), como também quando se confere proteção à liberdade individual (art. 5º da Constituição Federal). Liga-se, assim, a autonomia privada ao próprio desenvolvimento da dignidade humana, embora não atue, naturalmente, de forma absoluta, sofrendo limitações de outros princípios (boa-fé, função social, ordem pública). O princípio da autonomia privada concretiza-se, fundamentalmente, no direito contratual, através de uma tríplice dimensão: a liberdade contratual, a força obrigatória dos pactos e a relatividade dos contratos. A liberdade contratual representa o poder conferido às partes de escolher o negócio a ser celebrado, com quem contratar e o conteúdo das cláusulas contratuais. É a ampla faixa de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico à manifestação de vontade dos contratantes”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.447.082-TO. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2016).

³²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 62.

³³⁰ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

atuam no ordenamento jurídico, para, por fim, investigar se eles limitam ou não a autonomia privada.

O Professor Luis Renato Ferreira da Silva abordou o tema, ressaltando que não se pode ignorar que os usos negociais que criaram o tipo social são fruto da autonomia das partes.³³¹ A autonomia privada permitirá a escolha do tipo, mas a ele, previamente, estarão atreladas características e consequências atraídas pelo tipo, seja legal, seja usual. O tipo, legal ou social – cujo estudo será aprofundado no próximo subcapítulo, por ocasião da análise dos efeitos dos usos negociais –, ajuda a compreender a intenção das partes, pois elas se valeram de um tipo que tem a mesma determinada e específica finalidade.

Nesse sentido, os usos negociais, criadores dos tipos sociais, não limitam a autonomia privada. Ainda que diante do inegável fenômeno da tipificação social, que será abordado em capítulo próprio, a regra seguirá sendo a liberdade de contratar sempre novos e novos modelos atípicos.

Ressalva seja feita: caso as partes não regulem entre si – *seja pela adoção explícita de um determinado tipo social, seja pelo afastamento pontual de determinado uso negocial no momento da contratação* – o intérprete (as próprias partes, em caso de cumprimento; ou o operador do Direito, na hipótese de conflitos), seja para compreender, interpretar ou integrar o contrato, deverá seguir as regras de interpretação, conforme analisado na primeira parte desta dissertação. E, conforme exposto, dentre as regras de interpretação, o intérprete se valerá, especialmente, daquelas gerais, previstas no art. 112 e no art. 113 do CC.

A liberdade de modelação do conteúdo contratual não restará, portanto, ameaçada pelos usos negociais. Estará, sim, orientada e conformada aos usos – pauta interpretativa que deve orientar o processo hermenêutico contratual, por expressa determinação legal do art. 113 do CC.³³²

³³¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 33. (Cadernos do IEC).

³³² Rui Pinto Duarte afirma que “[...] as normas legais gerais sobre interpretação de contratos (pelo menos, normas como a do n. 1 do art. 236 do nosso Código Civil, quando dirigidas ou aplicadas a contratos) tendem a não ser imperativas, não apenas por força do princípio da liberdade contratual, como também pela razão de que as partes podem obstar à sua aplicação, manipulando as suas ressalvas”. (DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 16).

Possível anotar, ainda que parcialmente, os seguintes pressupostos acerca da relação entre os usos negociais e a autonomia privada, os quais auxiliam a compreender a atuação e os limites dos usos negociais no processo contratual:

- (i) A autonomia privada é espécie com relação ao princípio da autodeterminação, que, na Constituição Federal, está expresso no princípio da dignidade da pessoa humana, e é gênero do qual a liberdade de contratar é a maior expressão;
- (ii) A autonomia e a heteronomia devem integrar-se e harmonizar-se na concretização do Direito;
- (iii) Há limites à autonomia privada, os quais se encontram, principalmente, na lei, na ordem pública e nos bons costumes;
- (iv) Esses limites transmitem estabilidade, confiança e segurança jurídica às expressões da autonomia privada, propulsionando, assim, o desenvolvimento e o crescimento das relações negociais;
- (v) Os usos negociais originam-se a partir da reiteração de condutas ou padrões contratuais originados a partir de contratações inicialmente atípicas, criadas pelas partes no espaço da autonomia privada;
- (vi) Os usos negociais não enfraquecem a autonomia privada, mas, sim, propulsionam as liberdades que lhe são espécies;
- (vii) Os usos não são limites à liberdade contratual. Pelo contrário: os usos são a maior expressão dessa liberdade, eis que as partes têm o poder de afastá-los pontualmente.

Nessa medida, portanto, é possível considerar que os usos negociais são padrões de referência à liberdade contratual, atuando, inclusive, como diretivas de conduta.

A partir desses pressupostos, torna-se possível a construção da formação dos usos negociais e a análise da sua aplicabilidade no processo contratual empresarial.

2.2 A JURIDICIZAÇÃO DA ROTINA NEGOCIAL EMPRESARIAL

Os institutos jurídicos têm em comum o fato de que nascem justamente na prática criativa dos interessados e, assim, normalmente, encontram a sua primeira disciplina nos usos, antes mesmo de serem legislados.³³³

Nesse sentido, François Geny ressaltou que a maioria das instituições jurídicas privadas, regulamentadas pela lei escrita, apenas se puderam constituir por intermédio de uma força costumeira, pois, no conjunto da história jurídica, o costume é a preparação indispensável da lei.³³⁴

Na prática, por meio dos usos do tráfico, criam-se sempre novos e novos tipos de contratos para atender a satisfação de novos interesses.³³⁵

No direito brasileiro, pode-se citar, por exemplo, o *contrato de distribuição*. Com as alterações das relações comerciais, ocorridas especialmente depois da Revolução Industrial, transformou-se a produção de bens e a necessidade de os produtores alcançarem o mercado de um modo mais abrangente. Conseqüentemente, surgem problemas referentes ao modo como seriam distribuídos os bens produzidos, porquanto, no novo modelo, o produtor necessitava conquistar novos mercados. Para tanto, as relações passaram a ser estabelecidas por meio de novas figuras contratuais, elaboradas para atender, especificamente, às necessidades impostas. A prática reiterada desses novos modelos contratuais, assentada na confiança recíproca entre os figurantes, aos poucos, tornou-os típicos nos usos do tráfico.³³⁶

³³³ Nas palavras de Francesco Messineo “[...]El fenómeno del uso (o costumbre) – que ningún legislador moderno (por muy absorbente que sea) podría ni abolir ni ignorar eficazmente, porque es un medio frecuente através del cual el derecho objetivo se va adaptando incesantemente a las necesidades de la vida – encuentra una de sus más destacadas manifestaciones (si no la más destacada), precisamente en la materia del contrato por el trámite de los contratos nuevos, los cuales, aunque desconocidos por la ley, encuentran igualmente su propia disciplina”. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 380).

³³⁴ Nas palavras do autor: [a] vrai dire, la plupart des institutions juridiques privées, si copieusement réglementées aujourd’hui par la loi écrite, n’ont pu se constituer que par une force coutumière”. E, completou o autor, que, no conjunto da história jurídica, o costume é a preparação da lei: “La coutume nous apparafat donc, dans l’ensemble de l’histoire juridique, à tout le moins, comme une préparation indispensable du droit écrit. (GÉNY, François. **Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1919. v. 1, p. 336).

³³⁵ MESSINEO, op. cit., p. 380.

³³⁶ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25. O contrato de distribuição *lato sensu*, que, diferentemente do contrato de concessão e do de franquia, não está regulado em lei especial, também não foi regrado pelo Código Civil de

Investigar o processo de juridicização das rotinas negociais e a atuação dos usos nos contratos é o objetivo deste subcapítulo. Para tanto, serão especificamente abordadas a atuação e os efeitos dos usos negociais, desde a sua formação até a sua consolidação, a prova da sua existência e da sua vigência e quais são os possíveis critérios ou elementos para aferição de juridicidade aos usos negociais.

2.2.1 A atuação e os efeitos dos usos negociais nos contratos empresariais

Como visto na primeira parte desta dissertação, os usos negociais atuam com função pluridimensional no processo contratual. As formas como essa atuação pode ocorrer são, basicamente, três: (i) pela aplicação espontânea dos usos pelas partes; (ii) pela transformação dos usos em espécies de codificações corporativas e até mesmo em lei; (iii) pela aplicação jurisdicional, como critério e razão de decidir.

A atribuição de obrigatoriedade aos usos é fenômeno intrinsecamente relacionado à sua forma de atuação. Contudo, o fundamento da sua força obrigatória é controvertido. Algumas hipóteses são levantadas pela doutrina: (i) o fundamento seria a consciência popular, corrente que Orlando Gomes critica, pois teria o defeito de ser uma regra consentida pelas próprias pessoas que lhe devem obediência; (ii) para outros, seria a vontade tácita do legislador e/ou a confirmação legislativa, o que contraria, como apontou Orlando Gomes, a própria natureza do costume e/ou eliminaria o “costume” como fonte do Direito; (iii) a tese da confirmação jurisprudencial, ou seja, o costume adquiriria forças a partir do momento em que reconhecido e aplicado pelos tribunais³³⁷.

Conforme anteriormente analisado, o primado da lei é muito mais teórico do que prático e, ao agir em conformação com um uso negocial, os sujeitos não o fazem unicamente por um comando jurídico ou legal advindo da lei; eles o fazem, também, por existirem

2002, ainda que esse diploma tenha empregado as expressões *distribuição* e *distribuidor*. Portanto, ainda hoje, se trata de um contrato sem tipicidade via modelo jurídico legislativo. (Ibidem, p.87). A jurisprudência, no entanto, não é pacífica seja quanto à distinção entre agência e distribuição, seja quanto à atipicidade. Em exemplo trazido por Gustavo Haical, julgamento distinguindo agência e distribuição: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0004991-11.2000.8.19.0003. Relator: Des. José C. Figueiredo, 2006: “A figura do ‘agente-distribuidor’, trazido pelo Código CM, não se confunde com o distribuidor dos tradicionais contratos de distribuição comercial, os quais permanecem na seara da atipicidade. [...]”. Ressalva-se que Gustavo Haical, inobstante considerar um equívoco tratar como sinônimo tais contratos, ressalva a existência de doutrina no sentido de que já estariam tipificados legalmente, pois o art. 710 do CC regularia os contratos de distribuição não regrados por lei especial. Vide: HAICAL, Ibidem, p. 87.

³³⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 43.

consequências extra e/ou metajurídicas que precisam e que são ponderadas no mundo dos negócios. E, também por isso, intensifica-se a sua aplicação no campo do Direito Empresarial.

Trata-se de consequências de ordem econômica, política, social, mercadológica, setorial, de gestão estratégica etc. São, justamente, esses elementos que fazem com que o indivíduo se reconduza, espontaneamente, aos usos negociais já praticados e aceitos na comunidade, no setor, no tráfego negocial.

O surgimento de novos usos negociais, a descontinuidade de alguns usos e até mesmo a contrariedade a eles dar-se-ão na dinâmica do tempo, na inexorável evolução da conjugação de variados fatores quotidianos. Assim, também, a sua obrigatoriedade. Os próximos subparágrafos dedicam-se à compreensão desses processos.

2.2.1.1 Dos usos negociais ao tipo contratual

No sistema jurídico brasileiro, como em outros tantos, vige a liberdade para contratar modelos contratuais atípicos, observadas as normas gerais do Código Civil, conforme determina o seu art. 425. Trata-se, portanto, de espaço concedido pela autonomia privada, ou seja, um campo fértil para a criatividade dos sujeitos de Direito.

Nesse espaço da autonomia privada, como expressão da autorregulação, conforme anteriormente analisado, criam-se, então, novos e novos modelos, cláusulas e comportamentos contratuais.

A categoria de contratos é, pois, inesgotável.³³⁸ Por intermédio dos interesses e das novas necessidades do tráfico, criam-se, de forma não abrupta, mas, sim, progressiva, sem que se perceba o instante preciso, novas relações jurídicas e novos modelos contratuais. A

³³⁸ Francesco Messineo afirma que a categoria dos contratos é inesgotável. Na prática, por intermédio dos usos do tráfico, vão se criando, sem que se perceba, sempre novos e novos tipos de contratos para atender a satisfação de novos interesses. O autor explica que: “la discrepancia inconsciente (o consciente) del contrato en concreto respecto del tipo legal correspondiente puede desembocar, en los casos extremos, en la creación de figuras nuevas, que no llegan a encajar en las angostas figuras típicas”. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 380).

autorregulação, a autonomia privada e a liberdade contratual assim se expressam: com a criação de modelos *atípicos* de contratos.³³⁹

Ocorre que, na seara contratual empresarial, os novos modelos surgidos acabam criando padrões de comportamentos contratuais em determinado espaço de tempo e local, mais restrito ou menos.

Progressivamente, sem que se possa precisar em qual momento, esse padrão de comportamento contratual solidifica-se, e os contratantes os assumem como *usuais* para aquelas mesmas e determinadas situações. Assumem, para si, o pressuposto de que *é daquele modo padrão* que se faz determinado negócio. E passam, assim como outros contratantes em iguais situações, a se reconduzirem àquele padrão estabelecido.

2.2.1.1.1 A tipicidade social como expressão dos usos negociais

Quando ocorre a recondução dos contratantes aos modelos contratuais usuais, estes, que nasceram como contratos atípicos, criados no espaço conferido pela autonomia privada para os agentes econômicos atuarem, tornam-se contratos *socialmente típicos*.

Em outras palavras, por meio do processo de juridicização da rotina negocial, o contrato empresarial criado como atípico torna-se tipicamente social. Ou seja, embora não estejam legislados, tais tipos contratuais são e estão socialmente reconhecidos.

Dessarte, com a recondução aos padrões de comportamentos contratuais empresariais, formam-se os usos negociais, os quais terminam por exercer sua função normativa, formando *tipos contratuais sociais*. Contratos atípicos passam a ser *socialmente típicos*, pois, embora não tipificados na lei, já se tornaram típicos, na prática.³⁴⁰

Acerca dessa importância do tráfego jurídico na formação de tipos contratuais, Larenz afirma:

³³⁹ Diferente é a situação dos contratos “*verdadeiramente atípicos*”, construídos ou “*talhados*” na medida para determinada operação econômica, cuja prática não é disseminada no mercado. Forgioni destaca a realidade: “[o]s advogados, muitas vezes, enfrentam dificuldades para nomear o instrumento, de tão pouco usual que é a avença; acabam ladeando-o a alguma denominação típica, ao qual acrescentam a expressão ‘e outras avenças’”. (FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54).

³⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 324.

Os tipos de relações jurídicas, em especial os tipos contratuais, são *tipos jurídico-estruturais* surgidos na realidade jurídica, que se referem à estrutura particular de cada uma das criações jurídicas. É assim que eu os denomino. Alguns deles, como os direitos subjectivos, são produtos da ciência do Direito; a maior parte deles, tais como todos os tipos de contratos obrigacionais, devem o seu surgimento ao tráfego jurídico.³⁴¹

Dessa forma, a partir das necessidades do tráfego jurídico é que os usos negociais exercem sua função normativa, criando, verdadeiramente, normas jurídicas, a ponto de, inclusive, formar tipos de contratos obrigacionais socialmente reconhecidos.

Para Karl Larenz, “quando as normas jurídicas remetem para os usos do tráfego ou para o uso comercial, trata-se de um modo de comportamento normalmente esperado, quer dizer, de um tipo de frequência empírico”. O autor afirma que os usos do tráfego, segundo Sonnemberger, são “formas de comportamento social típico”, praticadas pelos membros de um determinado grupo social e que se referem, imediata ou mediatamente, ao tráfego negocial.³⁴²

A tipificação social de contratos, portanto, tem origem nos *usos negociais*, transformando negócios livremente encetados pelos agentes econômicos em *tipos socialmente reconhecidos*.³⁴³

Desse modo, na classificação contratual, especificamente quanto ao seu grau de positivação, ao lado dos *contratos típicos* e dos *contratos atípicos*, agrupam-se os *contratos socialmente típicos*. Estarão presentes, também nesta última classe, traços particulares que acabarão por refletir, inclusive, a natureza da coisa. Esses traços particulares são “os aspectos jurídicos especiais das relações interpessoais concretas, permanentemente efectivadas na realidade da vida jurídica”.³⁴⁴

No entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos:

[...] os tipos sociais são em maior número que os tipos legais, pois que se os há que foram recebidos pela lei, outros e não poucos há que não têm correspondente de

³⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 663-664.

³⁴² SONNEMBERGER, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, p. 107 *apud* LARENZ, op. cit., p. 660.

³⁴³ Para Paula Forgioni, essa tipificação social tem origem nos “usos e costumes”. Mas, em razão da nomenclatura adotada neste estudo, a expressão tecnicamente adequada para expor o tema, levando-se em consideração a terminologia pressuposta no presente trabalho, seria “usos negociais”. (FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 138).

³⁴⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 672.

entre os tipos legais. Tal sucede, ou porque se trata de tipos de configuração recente que o legislador ainda não recebeu, ou porque se trata de tipos que o legislador não considerou necessário ou útil receber. Por outro lado, sucede também, embora com maior raridade, que a um tipo contratual legal não corresponda um tipo social, ou porque caiu em desuso ou porque foi recebido de sistemas estrangeiros sem ter tradição na ordem jurídica em que foi legislado.³⁴⁵

De todo o exposto, infere-se que, nos contratos socialmente típicos, são, propriamente, os usos negociais que fornecem o *modelo da disciplina contratual*, normatizando, portanto, especificamente, essas hipóteses. Estarão, aqui, os usos negociais atuando na sua função normativa específica de, efetivamente, *produzir normatividade social*.

Os contratos atípicos, como visto, por exemplo, embora originalmente inominados ou atípicos, podem ser socialmente típicos.³⁴⁶ Nos contratos atípicos, o “modelo regulativo típico” não se encontra na lei, mas, sim, nos usos negociais e na cultura jurídica.³⁴⁷ Portanto, o contrato é socialmente típico porque o tráfico jurídico assim o considera, já que o cria.³⁴⁸

Nesse contexto, Emílio Betti afirma que surge, no lugar da tipicidade legislativa rígida, outra tipicidade, a qual também desempenharia, na visão do autor, a função de “*limitar e orientar a autonomia privada*”. Em um exercício comparativo, entre uma e outra espécie de tipicidade, Emílio Betti afirma que essa outra tipicidade: “è assai più elastica nella configurazione dei tipi, e che si opera mediante rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale storicamente determinata: onde si è proposto di chiamarla *tipicità sociale*”.³⁴⁹

³⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 61.

³⁴⁶ Remete-se à obra de Joaquim de Sousa Ribeiro, na qual ele aborda o desvio social típico. (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999).

³⁴⁷ VASCONCELOS, op.cit., p. 369. O autor utiliza a expressão “usos e costumes”. Contudo, de acordo com a terminologia adotada para fins do presente estudo, a significação ou o conteúdo atribuído pelo autor amolda-se, no contexto, à expressão aqui chamada “usos negociais”.

³⁴⁸ Pontes de Miranda afirma: “Se a prática – a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas – cria tipos novos, esses *tipos* novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base deles estão regras jurídicas novas, que enriquecem o direito objetivo”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. 3, p. 63). Ainda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. Atualizado por Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. p. 65-65.

³⁴⁹ BETTI, Emílio. **Teoria general del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Scientifche Italiane, 1994. p. 323.

A partir de todo o exposto, pode-se inferir que uma das funções que os usos desempenham, especialmente no processo contratual empresarial, é a *criação efetiva de tipos contratuais*³⁵⁰.

Paula Forgioni, nesse sentido, afirma:

É a *dinâmica da gênese dos contratos que merece atenção*. A tendência é que os negócios sejam ‘inventados’ por alguns agentes econômicos e seus advogados, muitas vezes a partir de um contrato típico, passando a ser copiados por outros. As práticas das empresas, a reação dos Tribunais a esses comportamentos e a interpretação que os juízes dão aos mesmos textos normativos trazem como resultado a *formação da ordem jurídica do mercado*. Os negócios surgem da atuação livre dos comerciantes *condicionada* pelas características do ambiente em que desempenham seus negócios, pelos textos normativos e pelas decisões dos tribunais. Ao contrário do que advogam muitos, o direito comercial, as regras que disciplinam a atividade empresarial, não são frutos de uma ‘geração espontânea’. A liberdade de iniciativa socorre aos agentes econômicos nos limites da licitude e seus comportamentos, ainda que potencialmente, estão sujeitos ao crivo dos Tribunais. As cortes, por sua vez, sinalizam para o mercado o que será ou não admitido, fechando o ciclo da criação dos contratos socialmente típicos.³⁵¹

Dessa forma, a partir desse processo de formação de tipos ora explorado, a prática negocial vai dando, com o passar do tempo, lugar a diversos modelos de negócios, aos quais aqueles que exercem a empresa vão se reconduzindo sempre que eles se mostrarem eficientes ou úteis.

Na prática, essa atuação dos usos negociais, desempenhando a sua função normativa, é vivenciada numerosas vezes no Direito Contratual Empresarial. Diversos são os exemplos de novos contratos que nasceram e foram se difundindo na prática dos agentes econômicos e, hoje, são amplamente aceitos pela jurisprudência, tais como, o contrato de franquia, de distribuição comercial, de concessão mercantil, de *factoring*, de fornecimento, “*built to suit*”.³⁵² São exemplos de tipificação social de contratos que se formaram em razão de usos negociais.

Pedro Paes de Vasconcelos destaca que, nos tipos sociais, inexistente direito injuntivo. Assim, se a estipulação da parte for incompatível com o tipo injuntivo do tipo legal, a consequência será a nulidade do todo ou de parte do contrato, ressalvadas a conversão e a

³⁵⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 55.

³⁵² Forgioni cita, ainda, contratos de produção sob regime de encomenda “outsourcing”, de terceirização de serviços, de “project finance” etc. FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54 e p.138.

redução, quando legalmente previstas. Por outro lado, se as estipulações forem contrárias à disciplina do tipo social, não será a invalidade, mas, sim uma questão de desqualificação, não enquadramento no tipo social.³⁵³

Os contratos atípicos, nesse sentido, guardam relação com o conteúdo normativo dos usos negociais, justamente porque reproduzem as mais variadas situações, já que o direito legislado, como visto, sempre ou no mais das vezes se encontrará atrasado com relação à realidade social, tão fluida e dinâmica.

Além dos contratos socialmente típicos, existem, ainda, as *cláusulas ou estipulações contratuais socialmente típicas*, as quais são comumente utilizadas pelos agentes econômicos nos mais variados tipos de contratos empresariais.

As cláusulas ou estipulações socialmente típicas são aquelas disposições contratuais que, por inúmeras razões, ligadas à eficiência do contrato e da operação jurídico econômica, acabam sendo apostas a vários tipos de negócios jurídicos empresariais, repetindo-se, continuamente, como, p.e., as cláusulas de outorga de preferência em compras e vendas e as cláusulas de sigilo ou de exclusividade.³⁵⁴

Outro exemplo pode ser o uso negocial de os sócios assumirem a posição de garantes pessoais das obrigações da sociedade da qual fazem parte (por aval ou por fiança). O STJ, ao julgar *caso acerca de aval do sócio*, no Recurso Especial n. 1.013.9760-SP entendeu que essa prática é comum e aproxima-se do que normalmente ocorre no tráfego bancário.³⁵⁵

A velocidade da tipificação contratual, seja legal, seja social, está entre as muitas transformações sofridas pelo Direito Comercial no séc. XX, como destaca Gerson Branco.³⁵⁶

O autor afirma:

[...] estas circunstâncias também se refletem na extrema agilidade dos atores econômicos na conformação dos desvios socialmente típicos que são formas reconhecidas empiricamente, com atributos sociais típicos e desvios com resultados gravosos e não equitativos.

³⁵³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 369.

³⁵⁴ FORGIONI, op. cit., p. 55-56.

³⁵⁵ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.013.976. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 2012.

³⁵⁶ BRANCO, Gerson Luís Carlos. Autonomia privada e usos negociais: notas para um debate. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 38. (Cadernos do IEC).

Nesse contexto, importa ao presente estudo, ainda, ressaltar que os usos negociais não poderão ser aplicados, sob pena de tornarem-se usos prejudiciais, naquelas determinadas situações de *desvio típico social*.³⁵⁷ Em outras palavras, os usos negociais cederão, assim, frente a outros princípios e regras cogentes, nas situações de anormalidade do agir privado e de incidência de regras restritivas.

A partir do reconhecimento de um determinado grupo ou setor acerca do novo modelo contratual, e da sua aceitação como tipo social, as partes, ao fazer aquele determinado contrato, se reconduzem aos mesmos tipos e criam expectativas de que aquela seja a normalidade do agir negocial.

Com nascimento, então, da praxe, tais modelos sofrerão certa “seleção natural”, usando expressão de Paula Forgioni:

[...] as práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução dos problemas. Ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais adaptados ao funcionamento do mercado e ao ordenamento jurídico estadual, depurados pela jurisprudência.³⁵⁸

Revela-se, assim, a normatividade dos usos, na medida em que as partes aplicam, espontaneamente, os novos modelos, bem como, a jurisprudência reconhece-os e aplica-os.

2.2.1.1.2 *Dos usos negociais ao tipo contratual legal*

Um contrato socialmente típico pode vir a ser transmutado para contrato *legalmente* típico, como ocorreu com algumas figuras do Direito Contratual, especialmente, o Empresarial. São aqueles tipos sociais que, após ampla aplicação, passaram a ser previstos em textos legais.

Erich Danz, há muito, ressaltou que os numerosos casos que o Código Civil enquadra nos moldes dos negócios jurídicos concretos, e com os quais o jurista tem de se familiarizar, não são *livremente inventados* pelo legislador, *mas pedidos à vida real*, e que os efeitos

³⁵⁷ A esse respeito, remete-se à obra de Joaquim de Sousa Ribeiro: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

³⁵⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

jurídicos que lhes atribui só têm a finalidade de satisfazer, da melhor forma possível, as necessidades econômicas dos homens.³⁵⁹

Por sua vez, Karl Larenz afirma que o legislador não “inventou”, mas, sim, “descobriu”, encontrou os tipos de contratos obrigacionais previamente, na realidade da vida jurídica, apreendeu-os na sua tipicidade e adicionou-lhes as regras que considerou adequadas para o determinado e específico tipo de contrato. O autor afirma que o legislador, ao encontrar o tipo na realidade jurídica, não estará adstrito a assumi-lo precisamente tal como se formou na vida jurídica, podendo introduzir novos traços e descurar outros. Nesse sentido, para o tipo legal, é decisiva a regulação que tenha recebido, efetivamente, na lei. As partes, no caso concreto, poderão ajustar a regulamentação contratual específica, afastando-se mais ou menos da legal. A partir desses ajustes é que novos tipos extralegais de contrato poderão surgir.³⁶⁰

Os institutos jurídicos têm em comum o fato de que nascem não da fantasia de advogados ou do legislativo, mas, sim, na prática criativa dos interessados. E, normalmente, encontram a sua primeira disciplina nos usos, antes mesmo de serem legislados.³⁶¹ Trata-se da pré-situação que antecede a criação das leis.

A probabilidade de os usos negociais tornarem-se, efetivamente, comandos positivos legais, passa pela necessidade de assumir, como pressuposto, que ocorre, de fato, uma paulatina transformação de condutas contratuais empresariais, para usos negociais, para tipos sociais, os quais, depois de consolidados como comandos normativos positivos específicos amplamente aplicados e reconhecidos por determinado grupo ou setor, podem, inclusive, vir a se tornar um tipo contratual legal.

A formação de diversos contratos, hoje legalmente tipificados, partiu de construções do universo negocial, aliada ao reconhecimento das decisões e à aplicação espontânea por

³⁵⁹ DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: contratos, testamentos etc., estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941. p. 8.

³⁶⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 663-664.

³⁶¹ Nas palavras de Francesco Messineo “[...] El fenómeno del uso (o costumbre) – que ningún legislador moderno (por muy absorbente que sea) podría ni abolir ni ignorar eficazmente, porque es un medio frecuente através del cual el derecho objetivo se va adaptando incesantemente a las necesidades de la vida – encuentra una de sus más destacadas manifestaciones (si no la más destacada), precisamente en la materia del contrato por el trámite de los contratos nuevos, los cuales, aunque desconocidos por la ley, encuentran igualmente su propia disciplina”. (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2, p. 380).

parte dos agentes econômicos. Como exemplo, pode-se referir, além do contrato de distribuição já abordado nesta dissertação, o contrato de fornecimento de bebidas e a própria franquia empresarial. A franquia empresarial, antes de qualquer previsão legal, foi introduzida no Brasil, assim como em diversos países, por meio de alterações na dinâmica das práticas negociais criadas em razão das necessidades do mercado.

Confirma-se, assim, a afirmativa de Rubens Requião de que “o jurista raramente antecede o mercador”.³⁶² É, normalmente, a partir dos usos negociais, portanto, que as leis são criadas.

Um uso negocial reconhecido como tipo social, desse modo, poderá vir a se tornar lei, por razões de distintas ordens, dentre as quais se pode elencar:

- (i) quanto maior a abrangência de um determinado uso negocial, *mais interessará que ele seja legislado*, justamente em razão do caráter de abstração das leis, que buscam regular condutas de determinada sociedade ou de, ao menos, um grupo ou um determinado número de pessoas;
- (ii) pode passar a ser *economicamente vantajoso* que seja atribuído, pelo Poder Legislativo, aos usos negociais, contornos de obrigatoriedade, com imposição de sanção;
- (iii) pode passar a ser *juridicamente relevante*, especificamente, a *legislação* do uso negocial, justamente *para unificar o sistema e promover a segurança*, diante de, por exemplo, repetição de conflitos ou dúvidas acerca da aplicabilidade de determinado uso negocial.

Corolário desse raciocínio é que, em regra, uma determinada lei de regramento contratual *do amanhã* é, na maior parte das vezes e excetuando-se as hipóteses de comandos regulatórios ou protetivos, o uso negocial *de hoje*. Inobstante o oposto não seja real: o uso negocial de hoje não é necessariamente uma lei propositiva de regramento contratual de amanhã. E as razões para a inferência negativa são de diversas ordens:

³⁶² REQUIÃO, Rubens. Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas. **Revista dos Tribunais** 513. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.44.

- (i) a descontinuidade na aplicação de determinado uso negocial interrompe o *iter* até a construção da norma, seja ela positivada ou não; condutas contratuais praticadas sem o caráter de habitualidade ou que não se espraiam no tempo-histórico razoável, p.e., não se tornarão obrigatórias e não inspirarão a criação de leis naquele sentido, pois desatendem aos critérios de reconhecimento dos usos negociais anteriormente abordados;
- (ii) o desuso³⁶³;
- (iii) a ineficiência econômica de se regular toda e qualquer relação ou comportamento negocial, ainda que sejam usuais e, justamente, por o serem;
- (iv) a impossibilidade fático-jurídica de se regular, mediante lei, todas as hipóteses;
- (v) a insuficiência da antecipação legislativa e da pressuposição contratual, que impede de antever todas as variáveis de uma relação obrigacional, por mais simples que ela seja, especialmente na atual sociedade pluricontextual³⁶⁴ e dinâmica;
- (vi) a existência de outros tipos e categorias de sanções,³⁶⁵ que não somente as jurídicas, envolvidas no que se poderia chamar de uma espécie de *custo usos*.

Portanto, possível concluir, acerca da transformação dos usos em leis que: (i) os usos negociais, mesmo se já forem considerados elementos positivados, podem vir a ser legislados; (ii) em regra, a lei propositiva de regulação contratual de hoje foi o uso negocial de ontem, em outras palavras, os tipos contratuais legais foram, antes, tipos contratuais sociais; (iii) um uso

³⁶³ Retornar-se-á, adiante, ao tema do desuso.

³⁶⁴ TEUBNER, Günther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. **Social and Legal Studies**, v. 9, p. 399-417, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=893122>>. Acesso em: 17 maio 2016. E, do mesmo autor: TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

³⁶⁵ Mark C. Suchman analisa o contrato como artefato social e define: “artefato é um objeto material distinto, conscientemente produzido ou transformado pela atividade humana, sob a influência do ambiente físico e/ou cultural”. O autor expõe sua ideia de que “a maioria das transações é governada, na prática, por normas informais da comunidade e garantidas por sanções sociais informais. Contratos-em-ação [*contracts in action*] são, na famosa frase de Macaulay, largamente ‘não-contratuais’”. (SUCHMAN, Mark C. Os Contratos como Artefatos Sociais. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. [Org]. **Para que serve o direito contratual?** direito, sociedade e economia. São Paulo: Direito GV, 2014. p. 103-105). Nesse sentido: MACAULAY, Stewart. Non contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

negocial pode jamais vir a ser legislado, por várias razões, não só pelo fato de ser usual ou pelo seu desuso.

2.2.1.2 Dos usos negociais ao desuso

O uso negocial é mais rápido do que a sua positivação e mais rápido ainda do que o processo legislativo, portanto, esses – positivação ou legislação – podem não ocorrer a tempo. Em outras palavras: usos caem em desuso.³⁶⁶

A forma como os usos negociais são criados, como se percebe, é constante e fluida, de modo que a substituição dos usos negociais anteriores por novos também o é. Essa substituição e – ampliando-se a ideia – a própria alteração, formatação, configuração de usos negociais ocorre de forma praticamente imperceptível, no âmbito mercantil, pela prática diuturna dos empresários.³⁶⁷

Esse reconhecimento de que do uso se vai ao desuso de forma muito fluida e dinâmica é relevante inclusive para, posteriormente, analisar os possíveis conflitos entre os usos.

2.2.1.3 Dos usos negociais à transnacionalização autônoma: *lex mercatoria*

Uma abordagem atual dos usos negociais não pode descurar da análise de como os usos negociais transformam o comércio internacional. A partir dos usos negociais, criam-se, ainda, elementos de transnacionalização, formando, em âmbito global, o que se denomina *lex mercatoria*.

³⁶⁶ Nota-se, pela fixação mediante sua definição, que o desuso é figura diferente da *desuetudo*, abordada por Hans Kelsen, em referência à anulabilidade da validade de uma norma existente, relacionada às hipóteses em que uma norma válida deixa de ser aplicada. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 255).

³⁶⁷ Nas palavras de Márcio Ferro Catapani: “[...] os costumes são criados de maneira constante e fluida, sendo a substituição dos costumes antigos por novos feita de modo quase imperceptível, no âmbito mercantil, pela prática diuturna dos comerciantes”. E, adiante, o autor afirma: “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”. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 30, abr./jun. 2011).

Diversos autores dedicam-se, especificamente, à aplicação e ao tratamento dos usos negociais em diferentes mercados e países, abordando-os, portanto, em uma perspectiva transnacional.³⁶⁸

Dentre os desafios do Direito Privado na atualidade, encontra-se, indubitavelmente, a fragmentação de vários sistemas particulares de regulação que existem na “arena global”. A globalização jurídica e a privatização levam, assim, à necessidade de repensar a normatização de governos transnacionais privados e a criação normativa privada.³⁶⁹

Teubner, em diversos dos seus estudos, aponta para essa fragmentação da sociedade mundial, nas palavras dele, “*carregada de conflitos*”. Segundo ele, a sociedade mundial é fragmentada em vários discursos fechados, em sistemas incompatíveis entre si, formando uma policontextualidade.³⁷⁰

Guarda sintonia com a temática do presente estudo a abordagem de Teubner acerca da produção normativa privada. O autor defende que existem diversos campos sociais semiautônomos participando da criação do Direito e, por isso, propõe uma recontextualização

³⁶⁸ Sobre a possibilidade de um direito internacional dos usos: GELINAS, Fabien. Trade usages and implied terms in the age of arbitration. In: _____. (Ed.). **Trade usages and implied terms in the age of arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 278. Disponível: <<https://ssrn.com/abstract=2837718>>. Acesso em: 30 set. 2016. Estudando o fenômeno dos usos a partir de uma perspectiva transnacional e abordando o Direito aplicável no âmbito dos países que formam o Mercosul: GIMENEZ-CORTE, Cristián. Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur: usages of trade and treaty law in the Mercosur. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 4, p. 95-145, dec. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2423477>>. Acesso em: 30 jun. 2017. Considerando a *Lex Mercatoria* um conjunto de costumes comerciais autônomos que se materializaram, no início, em usos e práticas comerciais, mas que acabam sendo codificados em leis nacionais e convenções internacionais, como a CISG. Aborda *Lex Mercatoria* como sendo lei simultaneamente estatal e não estatal, sendo um organismo autônomo, um processo pelo qual o direito se organiza e se produz, sob a perspectiva da teoria da auto-poiese: MAZZACANO, Peter J. The lex mercatoria as autonomous law. **CLPE Research Paper**, n. 29, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137629>>. Acesso em: 30 jun. 2017. Acerca da arbitragem no contexto da lex mercatoria, importante a referência à obra: MENDES, Rodrigo Octávio Broglio. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

³⁶⁹ TEUBNER, Günther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 276. Criticando a *lex mercatoria* como sistema autônomo de produção normativa: KASSIS, Antoine. **Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria**. Paris: LGDJ, 1984.

³⁷⁰ TEUBNER, Günther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 276. Criticando a *lex mercatoria* como sistema autônomo de produção normativa: KASSIS, Antoine. **Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria**. Paris: LGDJ, 1984. p. 278.

da Teoria do Direito, perante a inevitabilidade do pluralismo jurídico no contexto da globalização.³⁷¹

Nesse sentido, os usos negociais geram impactos que ultrapassam as fronteiras dos Estados, ultrapassam os limites geográficos e culturais. A globalização reduziu os obstáculos à circulação de riquezas e aos de negócios entre os países e, aliada à tecnologia, impulsionou o mercado transnacional. A tecnologia tornou viável os fluxos instantâneos de informações, permitindo, dessa forma, que comerciantes e mercados do mundo todo atuem em negociações mundiais contínuas.³⁷² Em tais negociações internacionais, apresentam-se, também, usos específicos da prática do comércio internacional.

Pode-se ilustrar o julgamento do *caso de furto e/ou extravio do conhecimento de transporte (bill of lading)*, característico de contrato de transporte internacional de mercadorias. O TJRS, no julgamento da Apelação Cível 70005146857³⁷³, aplicou os usos observados na prática do comércio internacional de transporte de cargas marítimas ao reconhecer a legitimidade ativa do agente logístico e intermediador da exportação para postular a emissão de segundas vias do conhecimento de transporte marítimo juntamente ao armador (proprietário do navio fretador).

Outro exemplo que pode ser citado é o *caso do atraso na devolução dos containers na contratação de transporte marítimo*, julgado pelo TJSP, na Apelação Cível n. 4004458-04.2013.8.26.0562,³⁷⁴ no qual restou decidido que o dever de ressarcimento pela utilização de *containers* além do prazo da gratuidade já se encontra incorporado aos próprios “usos e

³⁷¹ TEUBNER, Günther. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. **Cardozo Law Review**, n. 13, p. 1443-1462, 1992. Disponível em: <<http://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/2741>>. Acesso em: 20 set. 2016. Ainda: TEUBNER, Günther. *Global bukowina: legal pluralism in the world society*. **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3-28. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

³⁷² COFFEE JR., John C. Competition among securities markets: a path dependent perspective. 2002. **Columbia Law and Economics Working Paper n. 192**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=283822>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

³⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70005146857. Relator: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 2003. Referido caso foi citado pelos atualizadores da obra de Pontes de Miranda, ao tratarem da função hermenêutica dos usos do comércio internacional. Ao lado desse, outros exemplos: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70005146857. Relator: Des. Naele Ochoa Piazzeta, 2003; sobre a mesma função hermenêutica e no mesmo Tribunal: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 597222629. Relator: Des. Araken de Assis, 1997; e RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 590072161. Relator: Des. João Pedro Pires Freire, 1990. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I: Introdução, Pessoas físicas e jurídicas, p. 138).

³⁷⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 4004458-04.2013.8.26.0562. Relator: Des. Souza Lopes, 2017.

costumes” do comércio internacional. No caso concreto, o TJSP afirmou que a documentação juntada com a inicial não deixava dúvidas a respeito da contratação do transporte marítimo e do atraso na devolução dos *containers*, condenando a ré ao pagamento pelo período de atraso.

Igualmente, em contrato de transporte marítimo, ação de ressarcimento por *demurrage* foi julgada pelo TJRJ. No julgamento da Apelação Cível n. 0050488-37.2013.8.19.0021,³⁷⁵ a 5ª Câmara Cível do TJRJ, em acórdão de Relatoria do Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, entendeu que a omissão de algumas informações no conhecimento de transporte não obsta a cobrança do *demurrage*, na medida em que a própria lei, em seu art. 591, prevê que, nesses casos, aplicam-se os usos e costumes do Porto local, os quais, contudo, deveriam ter sido provados nos termos previstos no Código de Processo Civil.

Interessante, acerca deste ponto, considerar que, muitas vezes, usos adotados em determinados contratos internacionais terminam, por diversas formas, criando diretivas de condutas internacionais que passam a ser assumidas de forma transnacional, ultrapassando o cenário restrito dos contratos nas quais nasceram. Nesse sentido, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, analisando a questão da arbitragem e da *lex mercatoria*, estuda como tribunais arbitrais internacionais, constituídos para realizar propósitos de agentes privados, acabam desenvolvendo normas imperativas de parâmetros contratuais, transcendendo, portanto, os contratos dos quais nasceram.³⁷⁶

Pode-se dizer, assim, que os usos, nessa transnacionalização, poderão compreender não só as práticas normativas peculiares a negócios, indústrias ou lugares particulares, mas, também, regras e princípios de contratos comerciais internacionais. O reconhecimento dessas regras e princípios é tão intenso que afeta as expectativas razoáveis das partes.³⁷⁷

A partir dessas realizações de agentes privados, nas mais variadas escalas de *espaço e tempo*, e nos mais diferentes parâmetros contratuais, organizações internacionais e

³⁷⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0050488-37.2013.8.19.0021. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes, 2017.

³⁷⁶ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

³⁷⁷ GELINAS, Fabien. Trade usages and implied terms in the age of arbitration. In: _____. (Ed.). **Trade usages and implied terms in the age of arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 278. Disponível: <<https://ssrn.com/abstract=2837718>>. Acesso em: 30 set. 2016.

intergovernamentais também acabam criando marcos e regras importantes no âmbito do comércio internacional.³⁷⁸

Assume relevância, no cenário internacional, uma peculiar distinção entre usos negociais gerados espontaneamente e constituidores de fonte não escrita da criação normativa, daqueles usos que surgem e acabam estruturados a partir de processos organizados, aproximando-se do que Teubner chamou de processos espontâneos e processos organizados.³⁷⁹

Nesse contexto, cria-se, no mercado atual, um dinamismo tão veloz e global que origina um conjunto de usos negociais transnacionais autônomos que, muitas vezes, acabam inclusive sendo codificados em convenções internacionais, como, p.e., a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias (CISG).³⁸⁰

A International Chamber of Commerce (ICC), por exemplo, atua na criação de regras e padrões utilizados universalmente nas transações de comércio internacional, como os

³⁷⁸ Como exemplos, podem ser citadas: a Organização Mundial do Comércio, que regula diversas questões de comércio internacional entre seus países membros; a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), cujo escopo é trabalhar na modernização e harmonização das regras de comércio internacional (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)). **About UNCITRAL**. Vienna, [2017?]. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 13 dez. 2017.); o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (*Institut International pour l'unification du Droit Prive* - UNIDROIT), que, dentre outras atividades e seminários que desenvolve, trabalha na elaboração de convenções, regras e princípios gerais relacionados ao direito comercial, que moldam a estrutura do comércio internacional. (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT)). **News and Events**. Rome, [2017?]. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/>>. Acesso em: 13 dez. 2017).

³⁷⁹ TEUBNER, Günther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: _____, **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 109.

³⁸⁰ Abordando a codificação como fenômeno em escala internacional e, em particular, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e *Incoterms*, que governam inúmeras transações comerciais internacionais: CHEN, James Ming. Code, custom, and contract: the uniform commercial code as law merchant. **Texas International Law Journal**, Texas, v. 27, 1992. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1555220>>. Acesso em: 30 jun. 2017. Igualmente, abordando as transações de vendas internacionais regidas pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, ou CISG, e abordando que as condições para a adoção de usos comerciais ao abrigo da CISG e a estratégia de incorporação não geram os custos substanciais que lhe são atribuídos: GILLETTE, Clayton P. The law merchant in the modern age: institutional design and international usages under the CISG. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 5, n. 1, p. 157-179, 2004. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/12>>. Acesso em: 30 jun. 2017. Reforçando e complementando a defesa de Gillette, que ordena aos tribunais que incorporem o uso do comércio internacional em contratos privados regidos pela Convenção, a menos que as partes concordem de outra forma: KATZ, Avery W. Contract formation and interpretation. **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, New York, may 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=69534>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Incoterms, modelos de contratos e diversas outras regras e cláusulas uniformes aplicáveis aos contratos empresariais internacionais.

Todas essas referidas organizações e convenções influenciam a formação e o desenvolvimento da *lex mercatoria*, originada como expressão de práticas e de modelos de contratar, adotados com convicção de seus agentes, em determinada escala de espaço e tempo.

2.2.2 A prova dos usos negociais

Conforme analisado na primeira parte desta dissertação, o contrato *deverá* ser interpretado de acordo com os usos interpretativos. O intérprete, nessa tarefa, poderá aplicar, diretamente, os usos interpretativos dos quais já tenha prévio conhecimento. Mas, e será obrigação do intérprete ter esse conhecimento prévio acerca de qual é o comportamento negocial usual em determinada situação que lhe compete avaliar? A consciência de obrigatoriedade, enquanto elemento do processo de reconhecimento dos usos negociais, ilidiria a necessidade de prova? Ou, por outro lado, os usos negociais dependem de prova? E, se dela dependem, por quais meios se pode provar a existência de um uso negocial? Essas são algumas das reflexões que este trabalho dissertativo permite explorar acerca da prova dos usos.

Considerando-se os usos negociais como elementos objetivos encarregados, também, de função normativa, como já anteriormente exposto, poder-se-ia, então, inferir que, em tais circunstâncias, os intérpretes e aplicadores do Direito, simplesmente, *devem* conhecer, assim como conhecem a lei, os usos. Entretanto, na prática, isso nem sempre acontece, especialmente quando se trata de usos locais ou limitados a um determinado setor.

Acerca do reconhecimento dos *costumes*, que ora se transpõe para a presente análise dos *usos negociais*, Hans Kelsen afirma:

[...] 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 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.³⁸¹

Como existe essa maior necessidade de “trabalho consciente do órgão aplicador na descoberta do ‘fato do costume’”, como destacou Márcio Ferro Catapani, o sistema jurídico, em especial, o Direito Processual, estabelece normas acerca da prova do *direito consuetudinário*.

O art. 376 do Código de Processo Civil dispõe que: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou *consuetudinário* provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.³⁸² A partir desse dispositivo legal – caso se entenda aplicável aos usos – a parte deve provar, além da existência, a vigência dos usos. Percebe-se que esse dispositivo não prevê que a parte *deve* provar os usos no momento em que os invoca. Pelo contrário, dispõe que a parte deverá provar, se assim o juiz determinar.³⁸³

Nesse sentido, a parte não está, de plano, obrigada a comprovar a vigência de normas. O juiz é o detentor dos *meios* para obter as normas jurídicas que eventualmente desconheça ou que não tenha na mão para consulta mais pormenorizada. Mesmo porque, não poderá ele deixar de aplicar determinada norma, eis que é versado no tema (art. 140 do CPC). Todavia, inobstante o art. 376 do CPC isentar as partes de comprovar as regras jurídicas, a não ser que o juiz assim o determine, a atuação jurisdicional é facilitada se os interessados demonstrarem o teor e a vigência de determinadas normas.³⁸⁴

Pode-se afirmar, a partir do disposto no referido artigo, que a parte não será surpreendida com julgamento que desconsidere direito consuetudinário, porque não comprovado o seu teor e a sua vigência, pois somente terá o ônus de prová-los se o juiz determinar expressamente que a parte assim o faça.³⁸⁵ As partes, então, podem e, em

³⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 255.

³⁸² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

³⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 401. Os autores acrescentam que: “O direito consuetudinário, ou o costume, somente pode ser provado por meios que demonstrem a reiteração de situações que o reflitam em termos jurídicos. Ou seja, não basta a prova do que se costuma fazer, mas não tem reflexo jurídico, até pela razão de que isso não pode ser qualificado como direito consuetudinário ou costume. A prova deve ser feita para demonstrar a reiteração de uma situação e, bem assim, a admissão reiterada do seu reflexo na ordem jurídica”. *Ibidem*, p. 402.

³⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1019.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 1019. Os autores comentam que, em razão do disposto em referido artigo, o ônus de provar o direito consuetudinário é imposto pelo juiz e, não, pela lei.

determinadas circunstâncias, devem guiar e ajudar o julgador a conhecer a existência e a vigência de determinado uso negocial.

A investigação acerca da prova ou não de um determinado uso tem relevância na medida em que a sua formação é difusa e descentralizada. Isso significa que é a prova de um determinado uso negocial essencial para a formação da convicção do julgador, inclusive para a correta aplicação das cláusulas gerais e conceitos abertos.³⁸⁶ Os usos negociais, poderão, nessa medida, ser provados para que possam vir a ser elementos a preencher o significado de cláusulas gerais e conceitos abertos.

No que concerne à prova, a doutrina e a lei brasileiras conferiram importante papel às Juntas Comerciais.³⁸⁷ Assim, a Lei n. 8.934/94, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins, prevê, dentre as incumbências das Juntas Comerciais, o assentamento dos usos e das práticas mercantis.³⁸⁸ O Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que Regulamenta a Lei n. 8.934/94, dispõe, em seu artigo 7º, inciso VI,³⁸⁹ que compete às Juntas Comerciais proceder ao assentamento dos usos e das práticas mercantis, bem como, em seu inciso VII, que, igualmente, compete a elas prestar ao Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC – as informações necessárias à catalogação desses assentamentos dos usos e das práticas mercantis procedidos. Esse Decreto, inclusive, destina uma Seção própria, a Seção XI, para tratar, especificamente, acerca “*Do Assentamento dos Usos ou Práticas Mercantis*”.³⁹⁰

³⁸⁶ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 34, abr./jun. 2011.

³⁸⁷ Sobre a função das Juntas Comerciais quanto à prova dos usos e costumes, bem como, sobre a evolução histórica e os assentamentos especificamente na Junta Comercial de São Paulo: *Ibidem*.

³⁸⁸ Art. 8º Às Juntas Comerciais incumbe: [...] VI - o assentamento dos usos e práticas mercantis.

³⁸⁹ Art. 7º Compete às Juntas Comerciais: [...] VI - proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis; VII - prestar ao Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC as informações necessárias: [...] d) à catalogação dos assentamentos de usos e práticas mercantis procedidos”. O mesmo Decreto chega a regulamentar, em seu art. 21 que: “Compete ao Plenário: III - deliberar sobre o assentamento dos usos e práticas mercantis” e, em seu art. 25, que ao Presidente incumbe: “XXI - submeter o assentamento de usos e práticas mercantis à deliberação do Plenário”. O art. 30 de referido Decreto prevê que “Ao Procurador incumbe: [...] c) promover estudos para assentamento de usos e práticas mercantis”. (BRASIL. Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996).

³⁹⁰ “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.

Ainda, a Lei Estadual n. 14.218, de 08 de abril de 2013, publicada no DOE n. 067, de 09 de abril de 2013, que transforma em autarquia a Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul – JUCERGS –, extingue e cria cargos em comissão e funções gratificadas e dá outras providências, ainda que bem mais recente, repete, em seu artigo 4º, que, dentre as competências da Junta Comercial, está proceder ao assentamento dos usos e das práticas mercantis e prestar as informações necessárias ao Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC – sobre a catalogação dos assentamentos de usos e práticas mercantis procedidos.³⁹¹

Contudo, inobstante previsão legal expressa, pesquisa realizada por Márcio Ferro Catapani apontou a existência de somente 13 (treze) assentamentos na Junta Comercial de São Paulo e, ainda, outros três, cujos processos, inobstante iniciados, não teriam sido efetivados.³⁹² E, ainda, o último desses assentamentos seria datado de 4 de maio de 1965. Ou seja, apesar de manter a competência legal para realizar os assentamentos dos usos e práticas comerciais, a Junta Comercial de São Paulo não mais o fez.

O “desuso” dos assentamentos pode ter origem em diversos fatores, dentre os quais pode-se citar: (i) o incremento na edição de atos normativos, em especial, de cunho econômico, por órgãos da Administração Pública, direta ou indireta. Em outras palavras, os usos acabam sendo regulados de outras formas, inclusive, por outras entidades, mesmo de

§ 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”. (BRASIL. Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996).

³⁹¹ Art. 4.º Compete à JUCERGS: [...] VI - proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis; VII - prestar as informações necessárias ao Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC – sobre: [...] d) catalogação dos assentamentos de usos e práticas mercantis procedidos; (BRASIL. Rio Grande do Sul. Lei Estadual n. 14.218, de 08 de abril de 2013).

³⁹² Analisando os assentamentos encontrados na Junta Comercial de São Paulo: CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 42-58, abr./jun. 2011. Ainda acerca de registros de assentamentos encontrados em Juntas Comerciais, mas, especificamente, acerca de assentamentos de usos sobre cheques visados, em diversos estados do país, Viana expõe que: “Pesquisas realizadas revelaram a existência de assentamentos de usos sobre cheques visados nos Estados de Alagoas (8.2.62), Bahia (24.5.60), Ceará (12.7.60), Goiás (20.6.61), Guanabara (22.12.50), Mato Grosso, Minas Gerais (8.3.65), Paraíba (5.12.63), Paraná, Pernambuco (25.8.65), Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo (9.8.27) e Sergipe (13.7.60)”. (VIANA, Francisco de Assis Bonfim. Os usos comerciais do cheque visado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 49, 1974).

caráter privado. Nessa hipótese, deixaria de ser necessário que a Junta Comercial repetisse o que consta em normas baixadas por outros órgãos; (ii) a falta de aplicação dos usos por invocação do Poder Judiciário;³⁹³ acrescenta-se, ainda, (iii) o próprio fato de que os usos negociais ocorrem no tráfego negocial de forma muito mais rápida do que tais assentamentos.

A não utilização dos assentamentos mercantis, contudo, não significa que os usos negociais tenham perdido utilidade. Muito menos significa que tenham deixado de existir. Simplesmente os agentes econômicos e as respectivas associações de classe não sentiram mais a necessidade de pugnar pela compilação dos mesmos em assentamentos.³⁹⁴

A grande vantagem dos assentamentos dos usos negociais seria tratar-se de “prova pré-constituída da existência do costume”.³⁹⁵ Conforme já decidiu o STJ, com o assentamento, o “costume adquire foros de incontestabilidade a partir da chancela do órgão competente”.³⁹⁶ Entretanto, cabe a ressalva de que, nem assim, realizando-se os assentamentos, estariam tais registros isentos de eventuais omissões, falhas ou descompasso com a realidade.

Porém, visto que a forma que a legislação e a jurisprudência encontraram para *solucionar* a questão da prova dos usos – *os assentamentos* –, embora ainda legalmente previstos, não “vingou” ou caiu em “desuso”, permanece acesa a discussão de quais são os *meios de prova dos usos negociais*.

Cesare Vivante arrola os seguintes meios para provar a existência, o teor e a vigência de um “costume”:

- (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; (v) contratos e documentos estranhos à disputa; e (vi) testemunho de comerciantes do ramo.³⁹⁷

³⁹³ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 56, abr./jun. 2011. Márcio Ferro Catapani afirma que “[...] se as decisões judiciais, salvo raras exceções, não fazem referência aos costumes, os assentamentos perdem boa parte de sua valia” (Ibidem, p. 56).

³⁹⁴ O autor refere-se a “normas costumeiras” onde aqui usamos *usos negociais*. Ibidem, p. 57.

³⁹⁵ Catapani emprega o termo costume onde deveria empregar usos negociais ou, antes ainda, a expressão referida na lei ao falar dos assentamentos: “usos e práticas mercantis”. Ibidem, p. 56.

³⁹⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 877.074-RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2009.

³⁹⁷ VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: *Commercianti*. p.63.

Por sua vez, Waldemar Ferreira afirma que quando não registrados os usos, provam-se por atestados de comerciantes ou outros meios probatórios como a prova testemunhal.³⁹⁸

Em se tratando de norma interpretativa, prova-se por todos os meios admitidos em Direito, tais como, documentos, testemunhas etc. “Os normativos ou legislativos são captados pelas entidades incumbidas de colhê-los e formalizá-los. Provam-se com a certidão dos órgãos competentes. Na ausência de oficialização, com o atestado da repartição indicando sua existência e observância nos meios comerciais.”³⁹⁹

Compete, contudo, ao Superior Tribunal de Justiça julgar os casos em que se discute a violação das regras de interpretação. Assim, o STJ deve assegurar o cumprimento das regras dos arts. 112, 113 e 114 do Código Civil e de todas as demais regras especiais de interpretação vigentes no sistema jurídico brasileiro.

Acerca da prova da existência dos usos, o Superior Tribunal de Justiça julgou a matéria no Recurso Especial n. 877.074-RJ, no qual se discutia se era ou não cabível a demonstração de alegado costume comercial por meio da produção de prova testemunhal. Em referido caso, a autora de uma ação de cobrança pleiteava o direito de produzir prova testemunhal do “costume” que, segundo ela, ensejaria a responsabilização da empresa contratante pelo pagamento das “sobrestadias” originadas por atraso no desembaraço das mercadorias no destino, em uma prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo.⁴⁰⁰ O STJ decidiu que, inobstante o assentamento previsto na Lei n. 8.934/94 esclarecer definitivamente a respeito da existência de um costume, isso não é o mesmo que afirmar ser o registro a única prova admitida para tanto. Assim, o STJ declarou que, como os usos são mais rápidos e ocorrem antes do que os assentos na Junta Comercial, não faria sentido exigir que o costume devesse ser primeiro oficializado, para depois ser obedecido.⁴⁰¹

³⁹⁸ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1, p. 435.

³⁹⁹ VIANA, Francisco de Assis Bonfim. Os usos comerciais do cheque visado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 49, 1974.

⁴⁰⁰ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 877.074-RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2009.

⁴⁰¹ Os atualizadores do Tomo I da obra *Tratado de Direito Privado do Pontes de Miranda* citam esse exemplo nos comentários ao §20, esclarecendo que: “Quanto à prova, declarou-se que nem só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial (‘O que ocorre é a atribuição de um valor especial – de prova plena – àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume’) e pela impossibilidade de exclusão, de plano, da possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal.

No voto, constou a pertinente consideração de que, para as hipóteses em que os usos já estão estratificados, não gerariam conflitos entre os comerciantes e isso geraria, então, um círculo vicioso que afasta totalmente a utilidade do uso mercantil para o debate jurídico.

Depreende-se, pois, que a prova dos usos e demais figuras correlatas poderá ser feita não só por meio de assentos relativos aos usos e costumes comerciais, como também por todas as demais provas admitidas em Direito.

A investigação acerca da prova ou não de um determinado uso assume ainda maior relevância, pois aos Juízos e aos Tribunais locais é que é dada a interpretação *dos fatos* e das *provas*. E, nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *não compete* a ele averiguar *quais* seriam os usos aplicáveis ao caso.⁴⁰²

Para Cesare Vivante, o intérprete deve estar atento, pois os usos não deveriam e não poderiam ser provados como os fatos, pois não são fatos.⁴⁰³

Por outro lado, segundo o *Uniform Commercial Code*, a existência e o alcance de um uso devem ser comprovados como *fatos*. Se for estabelecido, contudo, que tal uso é incorporado em um Código Comercial ou registro semelhante, a interpretação do registro é uma *questão de direito*.⁴⁰⁴

Essa afirmativa tem total relação com a discussão acerca da necessidade ou não de prova das normas jurídicas.

Declarou-se, outrossim: ‘Da simples autorização para produção de prova testemunhal não decorre, automaticamente, qualquer imputação de responsabilidade a uma das partes. Trata-se apenas de, uma vez demonstrada a existência do costume, tomá-lo como regra jurídica para a solução do litígio. Tal solução, porém, dependerá ainda da verificação da subsunção do suporte fático àquele comando, em atividade cognitiva posterior’”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Luis da Cruz Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. t. I: Introdução, Pessoas físicas e jurídicas, p.137.

⁴⁰² BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.537.306-RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2016.

⁴⁰³ VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: *Commercianti*. p.66. Também analisando a prova dos usos, Franchi e Pagani expõem que: (i) o uso, na sua qualidade de norma jurídica, deve ser aplicado pelo julgador mesmo sem invocação pelas partes; (ii) deve ser aplicado em qualquer grau ou estado do processo; (iii) pode ser provado, ou melhor dizendo, pesquisado, constatado, por todos os meios. (FRANCHI, Luigi; PAGANI, Cesare. **Commentario al Codice di Commercio**. Milano: Dottor Francesco Vallardi Casa Editrice, 1971. v. I, *Del commercio in generale*, p. 20).

⁴⁰⁴ Previsão contida no § 1-303 (alínea c), do UCC, no capítulo denominado *Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade*. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Uniform Commercial Code*).

Nessa sistemática, de que direito não se alega, *direito invoca-se*, as normas jurídicas, então, não precisam ser provadas, mas, sim, invocadas, pelo sujeito que nela pretenda embasar os seus argumentos.⁴⁰⁵ Mas, por cautela, cabe à parte, no tocante ao direito que invoca, provar-lhe a existência e vigência.

Outrossim, se os usos negociais forem tidos como matéria de direito, a doutrina defende que poderia ser alegado em qualquer estágio da demanda, mesmo que a tentativa de produzir prova já tenha anteriormente falhado.⁴⁰⁶ Não é, no entanto, questão desprovida de dúvidas se se pensar na possibilidade de utilização de prova testemunhal, por exemplo.

Percebe-se que, a partir dessas considerações iniciais acerca da prova dos usos negociais, seria possível inferir que:

- (i) o intérprete ou contratante deve aplicar os usos negociais, ainda que sem a alegação e sem a prova fornecida pela parte a quem aproveita, pois, tal como a lei, os usos devem ser pré-conhecidos e aplicados;⁴⁰⁷
- (ii) infere-se, então, que a parte que não quiser aplicar o uso negocial deverá provar que foi excluído, ou seja, que não era intenção das partes aplicar o uso negocial para aquela hipótese;⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Quando o uso é regra jurídica, há questão de direito. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III: Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, p. 440).

⁴⁰⁶ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 35, abr./jun. 2011.

⁴⁰⁷ Márcio Ferro Catapani afirma: “Sendo uma fonte do direito, portanto, o juiz deve aplicar o uso e isso deve ocorrer ainda que as partes não o tenham alegado. Cesare 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 Cesare 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)’”. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 57, abr./jun. 2011). Carvalho de Mendonça destaca que, se os usos comerciais constam de assentos e o juiz os conhece, tem a obrigação de aplicá-los, ainda quando não invocados pelas partes. Por outro lado, se os usos não estiverem assentados, o Juiz não tem o poder de aplicar ao caso concreto se as partes não o alegarem e provarem, na forma da lei. Neste caso, segundo o autor, os usos são “fatos incertos” que devem ser provados, pois os juízes não são especialistas na vida mercantil. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1. p. 210). Afirmando ser perigosa a faculdade de deixar ao juiz aplicar o uso que conheça: BOLAFFIO, Leone. **Il Codice di Commercio Italiano Commentato**. Padova: Drucker & Tedeschi, 1883. v. 1. p. 10.

⁴⁰⁸ O assunto será retomado ao tratar dos conflitos de incidência e da primazia da intenção das partes, especificamente quanto à possibilidade ou não de afastamento pontual dos usos negociais.

- (iii) na prática, nem sempre os usos são conhecidos pelo intérprete e, nessa hipótese, na falta de conhecimento suficiente, pode o intérprete exigir a prova da parte que o invoca;
- (iv) a parte pode, sem esperar determinação, seja do juiz, seja da outra parte, alegar o uso negocial que lhe parecer aplicável ao caso e provar tanto a sua existência, como o seu conteúdo.⁴⁰⁹

Com base nesses preceitos, colhidos em doutrina e jurisprudência, percebe-se que os usos, enquanto *elementos objetivos componentes do suporte fático*, podem e devem ser provados como *atos*. Por outro lado, os usos, quando exercerem sua função normativa propriamente dita, criando, efetivamente, obrigações para as partes, deverão ser invocados pela parte e aplicados pelo intérprete como *matéria de direito*.⁴¹⁰ Em ambos os casos, sendo o intérprete o juiz, ele poderá, se entender necessário, exigir a prova da existência e da vigência do uso invocado pela parte.

Desse modo, em certa medida, pode-se afirmar que é a natureza e a amplitude da função exercida pelos usos negociais que determinará a necessidade e os meios de prova.

2.2.3 Os critérios ou elementos para a aferição de juridicidade ao poder normativo social

Pode-se afirmar, a partir de todo o exposto, que os usos negociais surgem em decorrência da conjugação de numerosos elementos, já abordados nesta dissertação, dentre os quais essencialmente se destacam: (i) o espaço da autonomia privada, concedido aos sujeitos;

⁴⁰⁹ Márcio Ferro Catapani afirma: “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, p. 74-75)”. (CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 34, abr./jun. 2011).

⁴¹⁰ Isso não significa, obviamente, que as partes possam ser surpreendidas com decisão fundamentada em usos negociais, eis que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10 do CPC). No § 1-303 (alínea *c*), do UCC, no capítulo denominado *Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade*, está previsto que “(g) Evidence of a relevant usage of trade offered by one party is not admissible unless that party has given the other party notice that the court finds sufficient to prevent unfair surprise to the other party” Tradução nossa: “(g) A prova de um uso negocial relevante invocado por uma das partes não é admissível, a menos que essa parte tenha notificado a outra parte de forma que o tribunal considere suficiente para evitar a surpresa injusta para a outra parte”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Uniform Commercial Code).

(ii) a insuficiência e a ineficiência da legislação e do contrato; (iii) as necessidades do mercado e dos agentes que exercem a atividade empresarial; (iv) a possibilidade de criar e a criatividade dos agentes.

Em razão, essencialmente, do encontro entre esses elementos é que surgem novos comportamentos, procedimentos, linguagem, cláusulas e, inclusive, contratos socialmente típicos, os quais passam a ser observados pelo mercado e pelos demais agentes. Especialmente, no Direito Empresarial, em razão das suas próprias características, como anteriormente abordado.

Os sujeitos, desse modo, passam a se reconduzir àqueles modelos e a esperar que os outros agentes também o façam.

Os critérios ou elementos que levam os sujeitos a se reconduzirem aos tipos contratuais sociais já existentes são elementos jurídicos e não jurídicos. O conjunto dos elementos extra e/ou metajurídicos, justamente, propicia uma totalidade hermenêutica que possibilita aos usos negociais que lhes seja conferido maior ou menor grau de obrigatoriedade e/ou vinculatividade.

Isso porque as partes, espontaneamente, reconduzem-se a tipos – *legais e sociais*⁴¹¹ – já pré-existent, basicamente, por razões de segurança jurídica e previsibilidade e, ainda, fatores ligados à proteção da confiança e à teoria da aparência.⁴¹²

Alguns desses critérios podem parecer, à primeira vista, subjetivos, mas são critérios pontualmente objetiváveis. Dentre eles, estarão presentes, via de regra: (i) repetição discricionária; (ii) a utilidade; (iii) a eficiência, e (iv) o oportunismo.

Por *repetição discricionária*, compreende-se a *escolha* pela repetição da conduta ou, melhor dito, o poder de escolher reconduzir-se àquele determinado comportamento contratual

⁴¹¹ Acerca da formação de relações obrigacionais, toca esse ponto, sem se confundir, mas com inter-relação, o clássico texto de Karl Larenz acerca do “estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico”, no qual ele aborda as relações massificadas da sociedade industrial, admitindo a criação de tipo contratual fundado não na manifestação de vontade, mas, sim, em um comportamento social típico. (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. **Revista Direito GV** 3, v. 2, n. 1, p. 55-64, jan-jun 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p055_064.pdf>. Acesso em: 4 jan 2018).

⁴¹² LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 143.

que já é reconhecido como usual no setor, no mercado, no tráfego mercantil. Negar esse elemento seria o mesmo que negar vigência ao art. 425 do Código Civil e não guardaria compatibilidade com as conclusões a que este estudo já chegou acerca da circular relação dos usos com a autonomia privada. Presente, portanto, o poder de escolher reconduzir-se à determinado uso.

Quanto à *utilidade*, trata-se da identificação, *in casu*, da adequação fática e da possibilidade de obter vantagem com a recondução ao uso negocial. É o sentimento de que, adotando-se determinada conduta, a parte será levada ao encontro do resultado esperado.

A *eficiência* estará presente quando as partes identificarem que a adoção de determinado uso negocial produz um efeito real no mercado, ou seja, haverá uma positivação da relação custo-benefício em se vincular a determinado uso. A eficiência, nesse sentido, guarda íntima relação com o objetivo de maximização da circulação eficiente de riquezas.

A *eficiência* está diretamente relacionada à maximização de resultados com a menor utilização de recursos, ou mesmo com a escassez desses. Será eficiente, portanto, a situação – neste estudo, o contrato – que: (i) atinja o mesmo fim, com o menor custo possível; (ii) não tem condição de receber otimização; (iii) cujas alternativas forem mais custosas do que ela própria; (iv) cujas alternativas forem excessivamente onerosas.

Por meio da análise econômica do direito, preconiza-se que a lei ou a sua aplicação leva à melhoria da eficiência e bem-estar dos agentes. Neste estudo, com o auxílio desses conceitos, infere-se que os usos negociais promovem a melhoria da eficiência e bem-estar dos agentes tanto quanto – ou mais – do que a própria lei. Esses conceitos, mais do que permitir tal inferência, confirmam-na e justificam-na: são o seu próprio fundamento de validade.

Rachel Sztajn e Décio Zylberstajn distinguem eficiência e eficácia. Para eles, pode-se descrever “eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva”.⁴¹³ E concluem que “elas deveriam ser

⁴¹³ ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos: natureza contratual das firmas. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos”.⁴¹⁴

Uma noção muito difundida pela análise econômica do direito, ao se falar em eficiência, é a chamada “Eficiência de Pareto”,⁴¹⁵ relacionada com a satisfação de preferência pessoais dos envolvidos para verificar se determinada alocação de recursos é eficiente ou não.

Nicolas Kaldor e John Richard Hicks, por sua vez, incorporaram ao conceito de eficiência uma ideia de compensação, de modo que algo é eficiente se, ao melhorar a situação de um ou mais agentes, mesmo que piore a situação de outros, a situação gere um *superávit* capaz de compensar as perdas dos agentes que tiveram a situação piorada.⁴¹⁶

Richard Posner vê a eficiência como “maximização de riqueza”, pois, em um mundo com recursos escassos, é moralmente interessante alocar bem os recursos e para maximizar os bens da sociedade.⁴¹⁷

Por outra perspectiva, “a análise da investigação sobre a eficiência das normas jurídicas num aspecto micro nos possibilita uma melhor compreensão dos arranjos institucionais e sobre formas pontuais de aperfeiçoá-los, sendo tópico importante para a promoção de desenvolvimento econômico [...]”.⁴¹⁸

Por fim, no que tange ao *oportunismo*, ressalta-se estar diante do viés positivo da conduta oportunista. Ou seja, a parte opta por se reconduzir à conduta usual e, igualmente, praticá-la, pois lhe será conveniente assim agir. O oportunismo, então, relaciona-se diretamente com a adequação temporal (por isso, oportuna) e com a conveniência, no sentido de (i) atingir algo, propriamente, ou (ii) evitar algo, no sentido de adotar o uso para não oferecer qualquer eventual obstáculo, como a aplicação de sanções sociais ou mercadológicas.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 81.

⁴¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38. A expressão leva o nome de seu criador Vilfredo Pareto.

⁴¹⁶ STRINGHAM, Edward. Kaldor-hicks efficiency and the problem of central planning. 2011. The **Quarterly Journal of Austrian Economics** 4, n. 2, p. 41-50. Disponível em: <<https://mises.org/library/kaldor-hicks-efficiency-and-problem-central-planning-0>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

⁴¹⁷ POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 62.

⁴¹⁸ GORGA, Érica. Tradições do direito. In: ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 185.

Essa juridicização dos fatos da vida,⁴¹⁹ no espectro do universo contratual empresarial, promove não só a interpretação e a integração, como, também, a própria conformação dos negócios jurídicos segundo os usos negociais.

Portanto, a aceitação, compreensão e a conjugação dos fatores acima poderá, acredita-se, aperfeiçoar o conteúdo e o alcance dos usos negociais, não apenas na interpretação e na integração dos contratos empresariais, como, também, na própria criação, modificação e extinção de obrigações contratuais, instigando o intérprete a aprofundar o estudo do instituto. Aproxima-se, assim, cada vez mais, da realidade existente, e na qual os objetivos e princípios do ordenamento jurídico devem ser concretizados, porém, sem descuidar da primazia da intenção das partes e da força inexorável dos fatos e da interação da “*vida de relação*”.

Qualquer interpretação isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não seria adequada. A radical separação entre norma e realidade – que permearam o passado – certamente, não levará a qualquer avanço.⁴²⁰

2.2.3.1 A prescritibilidade e a imperatividade dos usos negociais: autoridade para direcionar e/ou impor condutas contratuais

Partindo-se dessa hipótese que compreende os usos negociais como ordem com eficácia normativa, além desse prisma já explanado do conflito entre a lei e os usos negociais, merece atenção um novo prisma da mesma questão: a questão da *prescritibilidade e imperatividade* entre as partes a partir dos usos negociais e a sua análise perante a autonomia privada⁴²¹ e, por conseguinte, à intenção das partes.

⁴¹⁹ No sentido de que o direito é constituído por objetos e práticas triviais, incorporados à vida quotidiana, como deveres: SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (Ed). *Law in everyday life. American Society for Legal History*, Nevada, v. 13, n. 2, 1995.

⁴²⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 13-15.

⁴²¹ O STJ decidiu “[...] Em vista dessa moldura fática, a tese de que o negócio jurídico firmado pela Refinaria necessitaria de prévia anuência do Conselho de Administração da Companhia testilha com a essência do direito comercial, que repele o formalismo exacerbado, em benefício do dinamismo do tráfego jurídico, da celeridade e segurança das relações mercantis. 5. Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, ‘as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da ‘proteção externa’), não sendo ‘desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes)’”. Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável”. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.377.908/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2013).

Nesse sentido, pode-se dizer que os usos negociais poderão prescrever condutas de forma diretiva ou impositiva.

Sendo os usos compreendidos como elementos da realidade, com características que os alçam à juridicidade, importante reconhecer que o instituto guarda direta relação com a regulação das expectativas do comércio e, por conseguinte, da sociedade como um todo, podendo, inclusive, configurar elementos de incentivos a comportamentos.

Conforme exposto, os usos negociais estão atrelados ao princípio da segurança jurídica. Analisar o conteúdo e o alcance dos usos negociais implica reascender a discussão sobre *(in)segurança jurídica*.

A *segurança jurídica* pode ser tomada, para fins do presente estudo, como conceito que, em sentido amplo, contempla o *princípio da proteção da confiança* e torna-se, assim, permissivo para que os sujeitos de Direito se sintam à vontade para “confiar” que determinados efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico se ligam diretamente aos seus atos e às decisões que incidirem sobre as suas relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas.

Canotilho afirma:

[a] segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.⁴²²

De igual modo e, ainda mais intensamente, os agentes empresariais, ao efetivarem os seus negócios, necessitam dessa segurança e dessa confiança.

Isso porque, sem conhecer os efeitos jurídicos dos seus atos, sem poder “confiar” que determinado ato terá determinada consequência, é impossível fazer escolhas juridicamente

⁴²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

orientadas.⁴²³ A confiabilidade dos agentes no ambiente jurídico e na consequência das suas escolhas é que promove e incentiva os comportamentos negociais.

O conceito de segurança jurídica pode ser decomposto em: (i) cognoscibilidade; (ii) estabilidade; (iii) confiabilidade, e (iv) efetividade da ordem jurídica.⁴²⁴

Judith Martins-Costa destaca que “[...] nas relações contratuais comerciais, o sentido da boa-fé orientado pela prevalência do viés *confiabilidade, credibilidade e previsibilidade*, valorizando-se a posição do emissário da declaração bem como as possibilidades do cálculo dos riscos”.⁴²⁵

“É preciso reconhecer que, por força de institutos como a boa-fé, o padrão do homem ativo e probo, a proteção da legítima expectativa etc., o agente econômico resta vinculado a comportamentos que não foram por ele *explicitamente* negociados.”⁴²⁶ Paula Forgioni afirma que, no passado, os tribunais aplicavam a lógica inerente a tais institutos, ao mesmo tempo em que evitavam embasar as decisões declaradamente em conceitos fluidos como a boa-fé. Exemplo disso, citado pela autora, é que são raros os acórdãos impondo expressos deveres às partes por força dos “usos e costumes comerciais”.⁴²⁷

⁴²³ “[...] sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer *escolhas* juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos *uniformemente*”. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63).

⁴²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, p.250-256, jul. 2001. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BlinI-ZZjg8J:biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

⁴²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 289-290.

⁴²⁶ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 171.

⁴²⁷ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 171-172. Forgioni explica que “As razões dessa subestimação são explicadas por GUIDO ALPA: [i] pouca familiaridade dos juízes da época com a aplicação de disposições de conteúdo indeterminado diante da interpretação formalística que imperava, privilegiando a aplicação literal do texto do Código; [ii] desconfiança em relação à doutrina que tendia a considerar os juízes como representantes do Estado e via a aplicação de cláusulas gerais aos negócios privados como uma forma de intervencionismo estatal; [iii] temor de atribuir-se aos juízes excessivo poder discricionário [*Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*]”. No mesmo sentido, ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, 272. Ainda sobre esse ostracismo, cf. STEFANO RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 184 e ss. Em suma: “Il concettualismo ed il positivismo, tra loro strattamente alleati, spiegavano tutta la loro influenza, con effetti che arrivavano fino ad espungere dall’ordinamento alcune norme: ma anche questa è una conseguenza quase inevitabile, che ciascuna cultura non è disposta a riconoscere altri strumenti tecnici che non siano quelli ad

A certeza do direito, a sua estabilização em soluções mais consensuais e duradouras, passa justamente por uma análise profunda e não superficial ou apressada, dos interesses e sensibilidades jurídicas em jogo.⁴²⁸ Dessa forma e nesse contexto é que o princípio da segurança jurídica deve ser compreendido dentro da ótica do presente estudo. A investigação é se os usos negociais, ao direcionarem condutas, colocariam em risco a segurança jurídica das relações empresariais e do próprio mercado.

A antes abordada capacidade de constante adaptação dos usos acarreta o que Márcio Ferro Catapani pontua como “sua principal debilidade”, e explica que “uma norma consuetudinária gera menos segurança e previsibilidade nas relações econômicas que outra de origem legislativa”. A lei, mesmo com a insuficiência e ineficiência anteriormente expostas, ainda assim, é considerada como norma com maior grau de estabilidade, justamente por estar escrita. Os usos negociais, pela sua constante criação e modificação, bem como pelo caráter eminentemente disperso de sua criação, geram mais resultados normativos possíveis e passíveis de aplicação, trazendo em si, ao menos sem análise mais acurada, uma certa insegurança, que, ademais, é ínsita a seu elemento adaptativo e corretivo.⁴²⁹

A mesma ameaça à segurança jurídica que fez com que os usos fossem relegados à segundo plano no cenário das relações obrigacionais parece ser a ameaça que os traz de volta.

Parece realmente existir um verdadeiro paradoxo do Direito Empresarial frente aos usos negociais, como destacado por Paula Forgioni:

[...] de um lado, institutos tradicionais levam ao aumento do grau de segurança jurídica, reduzindo custos de transação por aceitar certas presunções; de outro, as regras que permitem essas mesmas assunções trariam o aumento do grau de insegurança porque, na realidade dos fatos, não se conseguiria determinar com razoável grau de precisão o comportamento esperado do agente.⁴³⁰

A autora enfrenta o paradoxo afirmando que “[...] a história do direito mercantil demonstra que, no cômputo geral, os institutos tradicionais próprios ao tráfico prestam-se ao

essa omogenei, negando agli altri il carattere dela giuridicità”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA dá notícia da relutância do reconhecimento do costume como fonte de direito [*Contratos I. Conceitos, fontes, formação*, 63]. (Ibidem, p. 172).

⁴²⁸ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópico do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 77.

⁴²⁹ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 31, abr./jun. 2011.

⁴³⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 176.

seu bom funcionamento, diminuindo os custos de transação e aumentando o grau de confiança do agente econômico”.⁴³¹ E complementa afirmando, acerca da insuficiência da pressuposição contratual, ponto já abordado por este estudo, que como a maioria dos contratos interempresariais é “naturalmente incompleta”, é cada vez mais difícil admitir seu desenvolvimento sem o recurso às *cláusulas gerais*. Forgioni afirma: “elas permitem que as normas endógenas integrem o direito exógeno, que as abraça e sorve”.

Todo elemento objetivo que permitir a livre fluidez⁴³² do tráfego mercantil, com vistas, especialmente, ao cumprimento dos contratos empresariais, *e.g.*, os usos negociais, estimulará a circulação de riquezas e, conseqüentemente, o crescimento econômico e, ainda, estará alinhado com a maximização dos custos de transação.

Paula Forgioni afirma que:

[...] o interesse pelo estudo dos custos de transação tem como razão cardeal a empresa e as opções que faz no exercício de sua atividade. Sua compreensão desnuda a atuação dos agentes no mercado e, principalmente, as relações jurídicas que encetam. Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais apenas podem ser dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica da decisão empresarial.⁴³³

A mesma autora afirma: “quanto menores os custos de transação, maior a fluência das relações econômicas e o desenvolvimento”.⁴³⁴

Os usos não são uma afronta à segurança jurídica. Pelo contrário: os usos propulsionam a segurança jurídica, uma vez que conferem previsibilidade em uma dada situação concreta. O sujeito sabe o que pode esperar por aquela reiterada conduta. E nisso reside a sua segurança.

⁴³¹ Ibidem, p. 176.

⁴³² “A realidade é dinâmica, fluida, na qual as relações são multilaterais, e às obrigações nucleares são acrescidos os deveres colaterais de conduta em obrigações acessórias. Os contratos estão interligados em redes de relações, os vínculos contratuais se alongam no tempo e por isso precisam ser mutáveis e adaptáveis. A relação inicia-se anteriormente à celebração do contrato, e se estende após a sua resolução. A finalidade do contrato é supra-contratual: é econômica e social. Não pode ser restrita às partes contratantes, mas abrange todos que influenciam e são influenciados pelas causas, efeitos e resultados dos contratos”. (BRUCH, Kelly Lissandra. O contrato sob a abordagem da teoria sistêmica. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 21, p. 175-200, jul./dez. 2011).

⁴³³ FORGIONI, op. cit., p. 144.

⁴³⁴ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 143.

Judith Martins-Costa bem afirmou: “vincular-se por meio de negócio jurídico é vincular-se por meio de uma manifestação de vontade (dita ‘manifestação negocial’) que tem como efeito suscitar no *alter* a legítima confiança de que o prometido será cumprido”.⁴³⁵

António Manuel Hespanha afirma que “há toda a vantagem – do ponto de vista de uma política do direito – em que as rotinas bem estabelecidas se juridifiquem, como um meio de reforçar a confiança, estabilizando as expectativas sociais, uma das finalidades do direito”.⁴³⁶ Corolário de uma rotina estabelecida é a expectativa de que determinados negócios passem a ser realizados de determinada maneira. A juridicização dos usos negociais, por sua vez, reforça e estabiliza a confiança e a expectativa geradas.

Paula Forgioni afirma: “[a] relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais”.⁴³⁷ Reconhece-se, portanto, a relevância da previsibilidade e da segurança das relações jurídicas para a boa realização dos negócios.

Se não há ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas, os contratos empresariais não têm a mesma fluidez. Esses somente produzem riqueza, se houver as condições para tanto.⁴³⁸ Ao menos os contratos só maximizam a circulação de riquezas se os agentes encontrarem condições de realizá-los e executá-los seguramente.

A previsibilidade, contudo, como ressalta Hayek, não se confunde com a certeza do resultado:

normas de conduta justa que se aplicam a todos os membros da sociedade só 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.⁴³⁹

⁴³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.448.

⁴³⁶ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009. p. 565.

⁴³⁷ FORGIONI, op.cit., p. 119.

⁴³⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 119.

⁴³⁹ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2, p. 149-150.

Previsibilidade, de fato, não se confunde com certeza. Nem poderia, eis que é impossível, na realidade da vida, falar-se em *certeza* de resultados. São, justamente, as condições previsíveis e favoráveis ao cumprimento do fim do contrato, que possibilitam aos agentes movimentarem o mercado.

Nesse sentido, afirma-se que o mercado é uma ordem: no sentido de regularidade e de previsibilidade de agir. Quem entra em determinado mercado, sabe que a sua atuação, tal qual a do outro agente, é comandada por determinadas regras.

Acerca da previsibilidade comportamental dos agentes no mercado, Paula Forgioni afirma:

A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. '[A]quele 'prever' ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem'. A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes.⁴⁴⁰

São, de fato, essa regularidade e essa tipicidade do agir privado que orientam os conteúdos típicos e formatam a ordem. Contudo, a mesma regularidade que constitui o mercado implicaria, segundo Paula Forgioni, certa “superação da individualidade”, pois a liberdade seria sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade ou da proteção externa.⁴⁴¹ Contudo, conforme desenvolve o presente estudo, por mais paradoxal que possa parecer, os usos negociais promovem segurança e previsibilidade ao trato negocial, o que favorece o exercício das liberdades e a fluidez das operações econômicas.

Os usos negociais, nessa medida, geram expectativas de atuação ou probabilidades de comportamento, já que se presume que as partes se comportarão de acordo com o modelo usual. É a existência desse modelo que permite que cada parte seja capaz de “*planejar sua jogada* (i.e., *estratégia de atuação no mercado*) *com maior margem de segurança*”.⁴⁴² Interpretar de forma diversa da que pressupõe o comportamento normalmente adotado

⁴⁴⁰ FORGIONI, op. cit., p. 121.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 119-120.

⁴⁴² FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.168.

sacrificaria a segurança e a previsibilidade jurídicas.⁴⁴³ Violaria as expectativas das partes que, conhecedoras do mercado, já sabem o que esperar.

Pode-se afirmar que os usos negociais, além de gerarem expectativas, também atuarão na legitimação de expectativas. Isso porque os usos negociais guiam os comportamentos dos agentes, direcionando, assim, as suas condutas. Essa conduta padrão é aceita como o agir normal, como a referência que, em certa medida, admite determinado comportamento como justificável. Há, portanto, uma legitimação, uma espécie de autorização, de expectativas a partir dos usos negociais.

A coligação textual entre usos e boa-fé, analisada anteriormente, por conseguinte, ganha ainda maior relevância e espaço de atuação. Judith Martins-Costa, ao abordar o princípio da boa-fé, modulado pelo viés da confiança, afirma:

Assim, devendo ser concretizada em imediata ligação com os usos do tráfico e com o ambiente do mercado, nesse campo adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés *confiança* em seus matizes: a confiança como *confiabilidade* ou *credibilidade* (valorizando-se a posição do agente, isto é, o investimento de confiança daquele que recebe determinada ação ou declaração bem como, por exemplo, a posição de autoridade do emissor da declaração); e a confiança como *previsibilidade* necessária para o cálculo do investidor, sócio, ou empresário para poder mensurar o risco, apresentando-se especialmente, então, como elemento da *segurança jurídica*. A confiança é, como bem aponta Anna Lygia Costa Rego, elemento no processo decisório do investidor, espinha dorsal das transações econômicas tanto em seu viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações.⁴⁴⁴

Desse modo, a confiança, seja como confiabilidade, seja como previsibilidade, é elemento fundamental para o cálculo dos riscos pelas partes e, por conseguinte, para propulsionar as transações econômicas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em variadas decisões, uma delas a Apelação Cível n. 70046897435, entendeu que o *princípio da confiança* funciona “como

⁴⁴³ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 120. Essa afirmação de Paula Forgioni foi utilizada como razão de decidir no acórdão do STJ, proferido no julgamento do REsp n. 1.377.908/RJ, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. (BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.377.908/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2013).

⁴⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 289-290.

cláusula geral, regulando, como afirma Günther Teubner, as expectativas contratuais, que são formadas de maneira não voluntária”.⁴⁴⁵

A confiança das partes deve ser aferida justamente em conformidade com o que normalmente ocorre nas relações contratuais, características do acordo, informação e poder de barganha dos envolvidos e, principalmente, da função econômico-social própria de cada contrato.⁴⁴⁶

Assim, o conteúdo da segurança jurídica, no que pertine aos usos negociais, implica o reconhecimento do intérprete e dos sujeitos do mercado, com a limitação dissertativa que compete a este trabalho, que se forma um processo contínuo e constante, tipicamente renovado e renovável, com objetivo diretivo: (i) os contratos multiplicam-se e complexificam-se diariamente; (ii) o mercado e o desenvolvimento econômico dependem da contratação rápida e eficaz; (iii) o crescimento da economia depende da circulação eficiente de riquezas; (iv) segurança e confiança conferem previsibilidade de tutela jurídica, estimulando, direcionando e, até mesmo, inibindo determinados comportamentos e condutas; (v) a repetição de determinados comportamentos traz mais segurança e mais confiança de que, a determinados atos e negócios jurídicos, serão aplicadas determinadas tutelas; (vi) os contratantes respondem a estímulos externos positivados, sejam eles as leis, sejam outras normas reconhecidas, seja a jurisprudência consolidada; (vii) essa cadeia se comporta como um estímulo a comportamentos no mercado, o que atrai mais negócios e a eles, conseqüentemente, mais segurança e certeza de que atingiram o seu fim: o cumprimento.

Günther Teubner afirma que o direito regula a sociedade regulando a si próprio e que todos os conflitos são reconstruídos, no campo do direito, como conflitos de expectativas jurídicas.⁴⁴⁷ Nesse sentido, as demandas precisam ser juridicamente reinventadas, elas não

⁴⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70046897435. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga, 2013.

⁴⁴⁶ DAVID, Tiago Bitencourt de. Usos e costumes no Código Civil de 2002: em defesa das expectativas legítimas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 12, n. 48, p. 63-64, out./dez. 2011. O autor afirma que é a partir da averiguação dos usos e costumes e do reconhecimento de expectativas legítimas no desenvolvimento do vínculo obrigacional que o Direito abandona o formalismo e o idealismo filosófico para resolver os problemas da sociedade, dando vazão ao seu caráter prático e realista. (Ibidem, p.62).

⁴⁴⁷ Günther Teubner chamou de “problema da hetero-regulação através de auto-regulação”. O autor parte de uma percepção autopoietica, que extrapola os limites desta dissertação. A contribuição do entendimento de Teubner, aqui, diz respeito a conflitos e à regulação de expectativas, conforme explicitado no texto. (TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 130).

nascer jurídicas, mas acontecem, antes, como fato social.⁴⁴⁸ Assim, o sistema jurídico, por ser normativamente fechado,⁴⁴⁹ reconstruiria os conflitos sociais como sendo conflitos de expectativas jurídicas e os autorregularia por meio de instrumentos propriamente jurídicos, como as normas, a doutrina e a jurisprudência, ou seja, internamente.

Surge, dessa forma, a questão apontada por Gerson Branco, da relação entre autonomia privada para regulação de expectativas, como realidade pré-jurídica e o preceito no plano jurídico, que, para ele, é um típico problema intersistêmico enfrentado por Teubner, que analisa os atos da autonomia privada no *plano da vida social e econômica e a sua juridificação*.⁴⁵⁰

Gerson Branco⁴⁵¹ pondera, em abordagem que se aproxima da juridificação dos usos negociais que se está a abordar, que a questão da juridificação da realidade, que, de certo modo, sob diferentes matrizes teóricas, é colocada por Betti,⁴⁵² e criticada por Natalino Irti,⁴⁵³ é para Teubner a própria especificidade do contrato. Günther Teubner não tem visão tradicional da autonomia privada como liberdade de contratar, mas, sim, em sua função do que ele chama de “articulação estrutural das autonomias próprias do sistema jurídico e do sistema econômico”.⁴⁵⁴

Ao abordar esse conteúdo, Gerson Branco esclarece que o contrato contém uma espécie de delegação do poder legislativo⁴⁵⁵ pela possibilidade de produção do direito a partir de um ato de vontade, porém, citando Günther Teubner, anota que essa delegação é somente parcial, tendo em vista que existem os elementos não contratuais do contrato, derivados de

⁴⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Dalmir. Autonomia, confiança e boa-fé? Um diálogo entre a bioética e os princípios do contrato. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXI ed, 2012, Uberlândia. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 147-169. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=505259756244_4938>. Acesso em: 12 jun. 2016.

⁴⁴⁹ Novamente, sob perspectiva autopoietica. Sobre abertura cognitiva e clausura operacional: COSTA, Bárbara Silva. Abertura informacional cognitiva dos sistemas operacionalmente fechados: uma análise da intervenção intersistêmica através da observação no pensamento de Günther Teubner. **Novatio Iuris**, v. 1, p. 1-14, 2008.

⁴⁵⁰ BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281-282.

⁴⁵¹ Ibidem. p. 282.

⁴⁵² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 209.

⁴⁵³ IRTI, Natalino. **Lecture bettiane sul negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1991.

⁴⁵⁴ TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 185.

⁴⁵⁵ Conforme abordado no ponto 2.1.1, há divergência doutrinária acerca de ser ou não *delegação* do poder legislativo.

regras imperativas, tipos legais, imposição legal da obrigação de contratar e até mesmo pela disciplina das cláusulas gerais.⁴⁵⁶

Günther Teubner propõe uma “reformulação da ponderação de interesses”, desligando a referência aos atores individuais e reinterpretando-a em termos de conflitos entre instâncias comunicativas, conflitos entre sistemas.⁴⁵⁷ Essa nova perspectiva exige, segundo Günther Teubner, mecanismos internos de resolução de tais conflitos entre os subsistemas sociais. Um exemplo desses mecanismos, como já anteriormente mencionado, são as *cláusulas gerais do direito privado*, especificamente a boa-fé e o interesse público.

Nesse contexto, resta claro que a utilização de *standards*, como a boa-fé e a política pública, para compensar as desigualdades em nível de interação concreta entre as partes de um contrato ou no que concerne ao mercado e às organizações e, também, para a sociedade, onde há uma interação entre política, economia, cultura e direito, é “reflexivo” na medida em que o próprio sistema legal “estimula” processos de autorregulação social.⁴⁵⁸

Em outras palavras, Günther Teubner afirma que as cláusulas gerais têm papel de *regulação das expectativas contratuais* que são formadas de maneira não voluntária, entre elas as expectativas formadas a partir de atuações sociais baseadas na confiança.

Essa concepção⁴⁵⁹ substitui a visão tradicional do contrato, baseada no arquétipo do consenso obtido graças ao acordo de vontades, por uma nova visão do contrato, que o concebe antes como uma *relação social juridificada*.

Nesse sentido, Teubner menciona, especificamente, a concepção de Ludwig Raiser, para quem o contrato é uma instituição derivada de relação de normas jurídicas e estruturas sociais; de Siber, que percebe o contrato como organismo; de Karl Larenz, que analisa o fenômeno como organismo e processo, e de Josef Esser, cujo contrato tem caráter programático, em detrimento de sua natureza sinalagmática. A essas concepções, Gerson

⁴⁵⁶ BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

⁴⁵⁷ TEUBNER, op. cit., p. 232.

⁴⁵⁸ TEUBNER, Günther; BOURDIEU, Pierre. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre 2000.

⁴⁵⁹ Gerson Branco adjetivou a concepção de Teubner de “extremamente funcionalista”, pois, segundo ele, “tira do contrato as características estruturais que lhe dão autonomia, já que o processo de normatização narrado por Teubner, como derivado das cláusulas gerais, transforma-o em ‘uma relação social juridificada’, ordenada e unificada, com características sistemáticas significativas”. (BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283).

Branco⁴⁶⁰ acrescenta o conceito de contrato que deriva da tese da obrigação como processo de Clóvis do Couto e Silva.⁴⁶¹

Como se pode perceber a partir da análise dos conflitos e da regulação das expectativas em sociedade, uma das funções do contrato é, justamente, a da diminuição da complexidade da vida social por meio da regulação, necessária, já que, no contrato, existem expectativas recíprocas e complementares que influenciam na definição jurídica das próprias obrigações contratuais.⁴⁶²

De certa forma, o mesmo se pode dizer dos usos negociais, na medida em que esses, como visto, podem atuar na criação, na regulação e na legitimação de expectativas.

O reconhecimento da força normativa específica dos usos negociais pelo direito amplia os horizontes para a realidade e auxilia, neste papel regulador de expectativas, na medida em que incentiva comportamentos. Nas palavras de Paula Forgioni⁴⁶³:

[...] o reconhecimento da força jurígena dos usos e costumes pelo direito estatal abre ampla janela para a realidade, *possibilitando ao regramento do mercado manter seu pulso*. Uma fonte viva vem abraçada pelo direito estatal e assim permanece, não expirando com a transposição.⁴⁶³

Assim, nesse papel regulador das expectativas, certamente, atuarão, também, os usos negociais, em razão da anteriormente abordada criação de legítimas expectativas e do reforço à confiança e à cooperação entre as partes, bem como, em razão de os mesmos servirem de estímulo à circulação eficiente de riquezas.

Nesse contexto, “o objetivo central passa a ser o de motivar os agentes a cooperar transformando situações sem solução não-cooperativa em soluções factíveis. Tal é o objetivo dos tribunais e dos mecanismos estudados na teoria”.⁴⁶⁴ Cooter e Ulen, afirmam, por

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 284.

⁴⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

⁴⁶² BRANCO, op. cit., p. 287.

⁴⁶³ FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

⁴⁶⁴ ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos: natureza contratual das firmas. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 109.

exemplo, que “garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para a cooperação eficiente”.⁴⁶⁵

Essas análises permitem inferir, com maior propriedade, a relevância desses critérios que podem se tornar úteis, especialmente, para justificar a vinculatividade decorrente da aplicação dos usos negociais, e, assim, definir a sua extensão e os seus efeitos nos contratos empresariais. Em outras palavras, permite compreender as razões pelas quais os usos surgem, os motivos pelos quais os sujeitos a eles se vinculam e os fundamentos para justificar que, além de elementos objetivos utilizados como pautas interpretativas e integrativas, os usos negociais são verdadeiras manifestações de interesses e necessidades do tráfico negocial.

Nesse sentido, os usos negociais poderiam atuar na redução de custos de transação no mercado. Uma determinada conduta contratual empresarial só volta a se repetir enquanto cumprir adequadamente essa função. Caso contrário, essa conduta deixará de ser utilizada pelos agentes econômicos, os quais, simplesmente, a abandonam.⁴⁶⁶ Novas e mais oportunas condutas surgirão, graças à vigência da atipicidade contratual. Esse movimento em busca da redução dos custos de transação, nessa medida, pode ser visto como propulsor da renovação dos usos, que acabam sendo, muitas vezes imperceptivelmente, substituídos por novos usos.

Se os usos negociais não trouxerem aumento de eficiência em um determinado mercado ou a um determinado tipo de operação jurídico-econômica, tais usos serão abandonados ou sequer serão adotados. Por conseguinte, nessas situações, poderá ser mais interessante ao agente econômico que ele fique ao resguardo do regramento legal geral.

As normas extralegais superam, portanto, normas legais somente quando os participantes do mercado entendem que as primeiras atuam a favor de seus interesses mercantis e que está positiva, portanto, a conta dos custos de transação. Consequentemente, para um regime privado de normatividade sobreviver, ele deverá ser superior, em uma escala de Pareto, ao regime legal estabelecido.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

⁴⁶⁶ CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 29-30, abr./jun. 2011.

⁴⁶⁷ BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **The Journal of Legal Studies**, v. 21, p. 117, fev. 1992. Disponível em:

No contexto exposto, para possibilitar a análise, importa referir 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”.⁴⁶⁸

A aplicação desses conceitos, desse modo, deve estar em harmonia com o sistema jurídico, pois a busca pela eficiência e mesmo o incentivo a comportamentos não podem, obviamente, justificar interpretações ilegais ou inconstitucionais.⁴⁶⁹

A partir da análise desses conceitos, percebe-se que, dentre os critérios de reconhecimento dos usos negociais, é possível identificar a incorporação de critérios avaliativos econômicos, em especial, o de eficiência econômica-jurídica, da maximização de riquezas e do equilíbrio. Por conseguinte, é possível afirmar que, nesse sentido, os usos negociais acabam, de fato, incentivando e/ou desestimulando os comportamentos entre os agentes econômicos.

Evidenciado, dessa forma, que os usos negociais, em qualquer das suas dimensões – *hermenêutica, integrativa ou normativa* – ao mesmo tempo em que são corolários dos comportamentos para circulação de riquezas, de fato, *promovem a circulação eficiente* de riquezas. Inegável que se trata de importantes balizadores às atividades comerciais atuais e à padronização e à segurança das relações no mercado.

Este estudo já expôs que, por força dos usos negociais, o agente econômico poderá restar vinculado a comportamentos que não foram por ele explicitamente negociados ou contratados.

A aplicação dos usos negociais, seja espontânea, seja decorrente da lei, portanto, se revela na própria expressão da segurança e previsibilidade, pois confere justa expectativa, está relacionada a fatores e sanções extrajurídicas, e decorre da atribuição de um sentido utilitário ao uso. Trata-se, assim, de um compromisso jurídico, mas, também, econômico, social, moral, que diz respeito à normalidade e à tipicidade do agir na autonomia privada.

<https://www.researchgate.net/publication/24101291_Opting_Out_of_the_Legal_System_Extralegal_Contractual_Relations_in_the_Diamond_Industry>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 117.

⁴⁶⁹ NIED, Paulo Sergio. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade**. 2012.

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

2.2.3.2 Os usos negociais como elemento objetivo com poder de criar, modificar e extinguir obrigações contratuais empresariais

Percebe-se, ao longo do estudo, que os usos negociais permeiam, constantemente, o universo jurídico brasileiro sob diversos prismas, seja na transformação do conteúdo social-negocial em conteúdo normativo integrativo e/ou vinculativo, seja na aceitação e/ou aplicação espontânea de tais usos negociais pelos sujeitos de Direito, seja – ainda que timidamente nos Tribunais Pátrios – na utilização como razão de decidir.

Conforme analisado, os usos negociais podem dar origem a deveres que, inobstante pertinentes ou continentes à relação comercial, não foram exatamente ou, ao menos não expressamente, contratados pelas partes.

Judith Martins-Costa destaca que recorrer aos usos “*valoriza a normalidade e tipicidade do agir privado*”. Essa característica, segundo a autora, é particularmente presente e relevante nas relações de Direito Comercial, em que a normalidade e habitualidade das condutas são fatores relevantes para a mensuração dos riscos a serem enfrentados e, conseqüentemente, das estratégias a serem adotadas. Só que essa abordagem é feita pela autora, diante do papel hermenêutico dos usos:

No momento da execução contratual, é manifesta a valia dos usos no seu papel hermenêutico porque permitem, por exemplo, compreender uma fórmula contratual ambígua, ou ainda, quando acrescem à disciplina por vezes rarefeita de um contrato atípico, reconduzindo-a, por exemplo, à disciplina de um contrato socialmente típico, ou, inversamente, dela o afastando.⁴⁷⁰

A abordagem que ora se faz é que tal valia dos usos nos negócios é manifesta como modelo jurídico e, não só, em razão de ser ele um modelo interpretativo ou integrativo.

Os usos negociais podem, desse modo, ser tomados como efetivos *elementos objetivos formadores de obrigações contratuais empresariais* em decorrência da repetição de condutas negociais daqueles que exercem a empresa, praticadas habitualmente, com intuito de padronizar as relações, de reforçar a confiança e de estabilizar as expectativas, maximizando a segurança das relações empresariais e a eficiência da circulação de riquezas.

⁴⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. No mesmo sentido, são as notas dos atualizadores, MARTINS-COSTA, Judith; Luis da Cruz; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I: Introdução, Pessoas físicas e jurídicas, p. 135).

Ora, os usos normativos produtivos não estão previstos na lei. Poder-se-ia, talvez, pensar em um contrato tácito de um grupo ou um determinado setor que os fundamentasse.⁴⁷¹ Uma espécie de contrato pré-existente, situacional, entre os sujeitos de um grupo, uma determinada comunidade, um local, um país, uma convenção internacional, por meio do qual surgiriam comportamentos prescritivos, justamente em razão da existência de determinadas sanções sociais, econômicas, políticas envolvidas em um negócio.

Por outro lado, pode-se analisar sob a ótica de que não há como se falar em um “acordo tácito” necessário entre os sujeitos que exercem a empresa. Não é tanto por esse consenso que as partes se vinculam a usos como modelos prescritivos. É mais pelas vantagens que as partes pretendem retirar da relação, pela existência de benefícios e como medida de controle de expectativas.

São fins interessados que levam as partes a padronizar as suas condutas e a atender a esse padrão, reconduzindo-se à rotina. Nisso se aproxima, inclusive, a ideia de reciprocidade contratual, do Professor Luis Renato Ferreira da Silva,⁴⁷² no sentido de que há uma troca de prestações entre os sujeitos que recobre a confiança e supre a legítima expectativa.⁴⁷³

Embora a busca seja por um modelo teórico, visa-se a investigar a sua aplicação nos tribunais brasileiros, em especial, do Rio Grande do Sul.

Quando, em razão de um uso negocial, cria-se uma obrigação, como o é, por exemplo, a do *caso das sobrestadias na hipótese de atraso no desembaraço de mercadorias*. Nessa hipótese, os *usos negociais* poderiam, por exemplo, auxiliar a resolução, na medida em que

⁴⁷¹ Hans Kelsen apontou que uma distinção “politicamente importante” entre Direito legislado e Direito consuetudinário consiste no fato de que o primeiro é produzido através de um processo relativamente centralizado, enquanto o segundo é por meio de um processo relativamente descentralizado. E acrescenta: “No primeiro caso, a autoridade produtora da norma e os indivíduos submetidos às normas não se identificam. Já no segundo caso, tal identificação se verifica, pelo menos até certo ponto”. Segundo Hans Kelsen, “É por esta forma perfeitamente possível que sejam vinculados por uma norma produzida consuetudinariamente indivíduos que não participaram na sua formação. Esta situação apresenta-se particularmente nítida quando se trata de normas de um Direito consuetudinário que já há longo tempo entrou em vigor. Por esta razão, não é acertado explicar o Direito consuetudinário – como por vezes se faz, particularmente em relação ao Direito consuetudinário internacional – como um tratado ou acordo tácito”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 254-255).

⁴⁷² Remete-se, nesse sentido, à obra: SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁷³ Afirmando que, ao mesmo tempo em que o contrato é instrumento de circulação de riquezas, ele também é veículo de promoção de expectativas legítimas: DAVID, Tiago Bitencourt de. Usos e costumes no Código Civil de 2002: em defesa das expectativas legítimas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 12, n. 48, p. 47-65, out./dez. 2011. p. 63.

poderia ser analisado quem, usualmente, responde pelo seu pagamento. Logicamente, os usos negociais não seriam critério decisivo por si só. Outros elementos, de ordem econômica e pautado pelos deveres de boa-fé objetiva poderiam circundar a relação.⁴⁷⁴

É pertinente pontuar que o recurso direto e expresso aos usos negociais pelas decisões judiciais é muito pequeno, hoje, nos tribunais pátrios. Percebe-se que as razões para essa timidez na aplicação dos usos negociais – fenômenos tão marcadamente presentes na vida diária – são variadas: (i) existe uma eficácia natural do costume, que muitas vezes, o impede de ser decidido pelo Poder Judiciário. A incorporação dos usos negociais no mercado e a sua institucionalização estão, muitas vezes, atreladas a sanções aplicadas não pela autoridade, mas, sim, às chamadas sanções difusas ou relacionais, as quais são aplicadas pelos demais agentes econômicos em caso de descumprimento ou inobservância;⁴⁷⁵ (ii) a aplicação dos usos negociais tende a estar atrelada à utilização de cláusulas gerais ou conceitos abertos ou indeterminados, como boa-fé, legítima expectativa ou função social e, não propriamente, aos usos negociais.

Ao Poder Judiciário caberia, contudo, 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 negativos para a coletividade, caso em que não devem ser reconhecidas, e a sua aplicação há de ser negada.⁴⁷⁶

Nas palavras de Bessone, “o contrato é um todo orgânico, cujo conteúdo, posto que integrado por várias peças, configura-se como uma unidade”.⁴⁷⁷ Dentre as peças dessa engrenagem, certamente, papéis fundamentais desempenham os usos, nas suas mais variadas acepções, as quais, nem sempre, permitem uma categorização *a priori*.

Os usos negociais exprimem verdades jurídicas abstratas que, conquanto objetivas e externas ao contrato, aplicam-se ao mundo negocial; por isso, independem de figuração em

⁴⁷⁴ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 877.074-RJ. Relator: Min. Nancy Andrichi, 2009.

⁴⁷⁵ Nesse sentido, cf. CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 33, abr./jun. 2011. “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”. (Ibidem, p. 33).

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 30.

⁴⁷⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 177.

códigos ou regras, porque uma norma não depende de uma regra positivada para valer no ordenamento jurídico. Nas palavras de Ávila, “[...] não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.⁴⁷⁸

Os significativos avanços quanto ao grau de percepção dos usos negociais dentro do ordenamento acabaram por inseri-los nele, na qualidade de verdadeira espécie normativa, atribuindo-lhes, portanto, grau de normatividade, vigência, validade e, inclusive, sob determinadas circunstâncias, obrigatoriedade dentro do sistema.

2.3 OS LIMITES DA PRODUÇÃO NORMATIVA SOCIAL: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INCIDÊNCIA

Sendo diversas as formas de apresentação e de atuação dos usos, no momento de aplicação e de realização do Direito – seja no processo hermenêutico, no processo integrativo ou no processo normativo –, sempre e toda a vez que o intérprete, contratante ou julgador, agir conforme ou invocar a incidência de determinado uso negocial, poderá se deparar com o embate entre diferentes proposições jurídicas.

Isso, porque o instituto dos usos negociais pertence a um sistema jurídico complexo e dinâmico, composto por proposições jurídicas diversas, razão pela qual é comum o “*conflito de incidências*”.⁴⁷⁹

Dentre as diferentes proposições jurídicas com as quais os usos negociais podem entrar em colidência, pode-se citar, *e.g.*: (i) normas constitucionais; (ii) leis; (iii) princípios; (iv) outros usos negociais; (v) práticas negociais; (vi) normas de caráter protetivo, sejam elas cogentes ou intervencionistas, com eficácia no seu momento; (vii) preceitos éticos; (viii) práticas negociais.

⁴⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, p.30, jul. 2001. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BlinI-ZZjg8J:bibliotecadigita1.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

⁴⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21. Segundo Judith Martins-Costa, “nessa hipótese, as regras tradicionais relativas à resolução das antinomias nem sempre serão suficientes, cabendo ao jurista estabelecer novos parâmetros de comunicação entre os diferentes modelos”. (Ibidem, p. 21).

Antecipa-se, contudo, que, para encontrar a solução de qualquer desses embates, o intérprete deverá se valer de ferramentas lógico-constructivas para eleger aquele que seria o uso aplicável no caso concreto e sob qual perspectiva dar-se-ia tal atuação. Em outras palavras, a hierarquização será “sempre provisória e casuística”, não havendo um *a priori* possível.⁴⁸⁰ Isso, contudo, não significa que não se possa agrupar tais conflitos a fim de sistematizar caminhos para essa avaliação casuística e parametrizar, da forma mais objetiva possível, a solução mais adequada ao caso concreto.

Cumpra-se aprofundar, assim, alguns destes conflitos, os quais podem ser agrupados em conflitos entre: (i) diferentes usos negociais, (ii) os usos e outros elementos consuetudinários; (iii) os usos negociais e disposições legais, e entre (iv) os usos negociais e a intenção das partes.

2.3.1 O conflito entre diferentes usos negociais

Conforme abordado no primeiro capítulo, os usos negociais são numerosos e distinguem-se quanto: (i) à geografia da aplicação ou incidência; (ii) ao tempo histórico; (iii) ao tempo de reiteração, e (iv) ao conteúdo. Partindo-se dessa premissa, aliada ao fato de que sua aplicação é casuística, diversos são os usos pairando sobre os contratos. Por essas razões, é possível que sejam invocados mais de um tipo de uso negocial para a mesma hipótese contratual.

A partir da análise dos critérios anteriormente abordados, portanto, pode-se remontar a algumas conclusões.

Uma das ferramentas para a resolução de eventual conflito entre usos negociais pode ser a *alocação tempo-espço do uso*. Dessa maneira, no conflito entre usos: (i) o uso com abrangência mais estrita prevaleceria ao mais amplo ou geral; bem como, (ii) o uso mais próximo no tempo prevaleceria ao mais remoto.

Desse modo, por exemplo, a não ser para fins de historicidade, pouco interessa ao intérprete conhecer as práticas negociais de um determinado setor, na década de 60, para a

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 21.

aplicação de uma regra de interpretação do negócio jurídico firmado hoje, mais de cinquenta anos depois.

Ainda para fins de solução de conflito, poder-se-ia afirmar que: (i) o uso mais próximo da cultura de um povo prevaleceria ao mais distante; tal como, (ii) o uso mais específico ao negócio prevaleceria ao mais geral.

Assim, percebe-se que, como regra, tal qual a lei especial derroga a lei geral, o uso especial derroga o uso geral. Questiona-se se essa regra comportaria exceção. Revela-se afirmativa a resposta se houver lei que, para determinada situação específica, disponha a prevalência do *uso geral sobre aquele especial*.⁴⁸¹

Em um conflito entre usos na interpretação do contrato, portanto, modo geral, pode-se afirmar que:

- (i) o uso mais contemporâneo ao contrato prevalece ao mais remoto;
- (ii) o uso mais próximo ao contrato prevalece ao mais distante;
- (iii) o uso mais adequado à cultura nesse tempo e nesse espaço prevalece ao menos adaptado a ela;
- (iv) o uso mais específico ao negócio prevaleceria ao mais geral, a não ser que haja lei regulando que, para determinada situação específica, prevalece o geral.

Nesse sentido, adequado para elucidar essa espécie de conflito, o *caso da comissão de corretagem*,⁴⁸² que permitirá, inclusive, a comparação com o exemplo anterior, pois, igualmente, trata do conteúdo do art. 724 do CC/2002, com diferente atuação. Esse dispositivo, já analisado, prevê que, quando no contrato de corretagem não estiver fixado por lei especial ou pelos figurantes do contrato o valor da comissão do corretor, essa será arbitrada com base na natureza do negócio e pelos usos do local. Assim, o TJRS, de acordo com os usos do tráfico, na cidade de Soledade, que estabelece que, quando se tratar da

⁴⁸¹ Nesse sentido é a ressalva feita por Rodolfo Calamandrei, que aponta como exceção à regra as hipóteses taxativas de remissões legais específicas admitindo a prevalência dos usos gerais sobre os especiais. (CALAMANDREI, Rodolfo. **Gli usi del commercio italiano**. Firenze: Luigi Niccola, 1889. p. 33).

⁴⁸² O julgado foi citado por Gustavo Haical, para elucidar a utilização dos usos do tráfico como modelo jurídico mediante remissão legislativa específica. (HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39).

atividade de intermediação à conclusão de contrato de compra e venda de imóvel de vultoso valor no mercado, a comissão deve ser fixada em coeficiente de porcentagem *menor do que a usualmente estabelecida*, julgou, por não ser por escrito o contrato de corretagem e não ter se provado que os figurantes estabeleceram o percentual de 6% sobre o valor do contrato de compra e venda de um imóvel, não ter o corretor direito ao complemento da comissão paga.⁴⁸³

A relevância da proximidade no tempo-espaço é retratada no caso do “*aluguel dúplice*” ou da cláusula do 13º aluguel em *Shopping Center*. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, embora tenha expressamente reconhecido que se trata de prática corrente, entendeu que *naquela fase da economia, não mais se justificaria o pagamento do aluguel em dobro no mês de dezembro*, afastando a cobrança manifestamente abusiva, limitando a irrestrita liberdade contratual em busca do equilíbrio decorrente da função social do contrato⁴⁸⁴. A administradora do condomínio recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que reformou o acórdão, julgando que o controle judicial das cláusulas contratuais de contrato de locação de espaço em *shopping center* deve ser estabelecido a partir dos princípios reitores do sistema de direito empresarial. Assim, no julgamento do Recurso Especial nº 1.409.849/PR⁴⁸⁵, o STJ entendeu pela validade da cláusula constante de contratos de locação de espaço em Shopping Center, estabelecendo a duplicação do aluguel para o mês de dezembro.

Certamente, como já ressaltado, toda e qualquer análise dependerá do específico caso concreto e da análise a ele conferida pelo intérprete, de forma contextualizada.

⁴⁸³ COBRANÇA. COMISSÃO DE CORRETAGEM DE IMÓVEL. ESTIPULAÇÃO DE VALOR. Estabelecida a discussão unicamente sobre o valor da comissão de corretagem, não há que se deferir a complementação buscada para alcançar 6% do valor do negócio se o autor não faz prova do fato constitutivo de seu direito, consistente na contratação de valor superior ao já recebido. A comissão de corretagem será arbitrada segundo os usos e costumes locais, salvo acordo em contrário entre as partes interessadas (art. 724 do CC). Sentença reformada. Recurso provido. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível n. 71001149996. Relator: Des. João Pedro Cavalli Junior, 2007).

⁴⁸⁴ O caso restou assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - REVELIA - PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE - IRRESIGNAÇÃO - CONTRATO ATÍPICO - APLICABILIDADE DA LEI DE LOCAÇÕES - CLÁUSULAS ABUSIVAS - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - NECESSIDADE DE RESTABELECER O EQUILÍBRIO CONTRATUAL - AFASTAMENTO DA COBRANÇA DO ALUGUEL EM DOBRO NO MÊS DE DEZEMBRO - JUROS DE MORA - OBRIGAÇÃO COM VENCIMENTO CERTO - INCIDÊNCIA A PARTIR DA INADIMPLÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 756082-5. Relator Antonio Loyola Vieira, 2011).

⁴⁸⁵ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.409.849-PR. Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2016.

2.3.2 O conflito entre usos negociais e outros elementos consuetudinários

Como abordado no primeiro ponto deste estudo, não raro, mais de um elemento consuetudinário atuará simultaneamente.

Assim, além de ser possível a existência de conflitos entre diferentes usos negociais, poderá, ainda, ser identificado conflito entre os usos negociais e os demais elementos consuetudinários.

Poder-se-ia imaginar, por exemplo, um uso negocial contrário aos costumes de um determinado local ou contrário aos bons costumes. Determinado uso negocial poderia, também, entrar em conflito com as circunstâncias do caso.

Ilustração ainda mais provável seria a de uma *prática negocial* que contrarie *usos negociais*. Conforme visto no primeiro capítulo, as práticas negociais não são generalizáveis, pois dizem respeito ao comportamento de duas partes no curso de sua relação contratual.⁴⁸⁶

Destaca-se a reflexão proposta por Gerson Branco de que os usos comerciais seriam soluções heterocompositivas, por isso, afastariam a possibilidade de aplicar a autonomia privada, que é solução autocompositiva.⁴⁸⁷ Nesse sentido, o autor afirma que os “usos e costumes” influenciam fortemente a conduta das partes, que passam a adotar novas condutas de acordo com a conveniência e com as exigências do mercado.

Percebe-se que essa espécie de conflito, entre usos e práticas negociais, está intrinsecamente relacionada à problemática acerca da primazia da intenção das partes, que será analisada adiante.

⁴⁸⁶ BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Efeitos normativos das práticas negociais**: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? 2017. No prelo. p.10. Nesse sentido: “a existência dos usos *individuais* não se reveste de caráter normativo”. (VIANA, Francisco de Assis Bonfim. Os usos comerciais do cheque visado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 48, 1974).

⁴⁸⁷ BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Efeitos normativos das práticas negociais**: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? 2017. No prelo. p.2.

2.3.3 O conflito entre os usos negociais e a lei

Discutir acerca de conflito entre usos negociais e a lei é, igualmente, falar em autoridade do uso. Em especial, na autoridade do uso ao exercer a sua função normativa.⁴⁸⁸ A protagonista discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de um uso negocial ser *contra legem*.

O costume *contra legem*, em geral, não é admitido pela doutrina.⁴⁸⁹ Há entendimento no sentido de que uso pode ser tão positivo quanto à norma legal, *desde que não a contrarie*. Para essa corrente, a lei não é a única fonte de direito, mas é a principal.

A primazia da legislação⁴⁹⁰ e a rigidez na hierarquia das “fontes” são fortemente defendidas por alguns doutrinadores, para os quais a lei é hierarquicamente superior aos usos e costumes.

Não se pode chegar ao extremo de permitir que devam ser afastadas, portanto, as normas legisladas. Entender assim, exporia o sistema ao risco alertado por Hesse, de reduzir, como Lassale, a Constituição a um “pedaço de papel” (*ein Stück Papier*).⁴⁹¹

Contudo, isso não significa que, na prática, os efeitos de uma determinada lei não possam ser casuisticamente afastados, na aplicação concreta.

⁴⁸⁸ Acerca da autoridade do uso ao exercer as funções interpretativa e integrativa, vide primeiro capítulo.

⁴⁸⁹ No sentido de que o uso não tem força derogatória de lei: BOLAFFIO, Leone. **II Codice di Commercio Italiano Commentato**. Padova: Drucker & Tedeschi, 1883. v. 1. p. 8. Leone Bolaffio afirma que os usos não podem derogar a lei e nem mesmo fazer cair em desuso a lei. O autor expõe existência de opinião em contrário, que diferencia a lei de caráter permissivo ou declarativo da lei proibitiva ou imperativa. Mas, para Leone Bolaffio, foram as partes que expressaram a intenção de derogar a lei geral e, mesmo que não existisse o uso, a vontade prevaleceria. (p. 8). Também negando a possibilidade de um uso derogar uma lei: FRANCHI, Luigi; PAGANI, Cesare. **Commentario al Codice di Commercio**. Milano: Dottor Francesco Vallardi Casa Editrice, 1971. v. I, Del commercio in generale, p. 16. Luigi Franchi e Cesare Pagani sustentam que, no sistema de Direito Comercial Italiano, o uso não tem outro valor, outra força, outra eficácia que não a de suprir a lei, seja colocando nova regra onde não havia (*consuetudo praeter legem*), seja integrando ou complementando a regra em seu conteúdo (*consuetudo secundum legem*).

⁴⁹⁰ Amado Adip reconhece as divergências doutrinárias quanto à eficácia dos costumes frente à lei escrita: “unos admiten que la costumbre es derogatoria de la ley; otros, que sólo llena los vacíos dejados por aquélla”. (ADIP, Amado. **Conflicto entre ley y costumbre**. Buenos Aires: Depalma, 1975. p. 164). Esclarece-se que, para Adip, enquanto o costume conviria a toda comunidade, os usos estariam mais estreitamente ligados à conveniência pessoal de um grupo.

⁴⁹¹ A referência à Lassale é de Konrad Hesse, que apresenta seu contraponto, na obra HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9.

Não foi o que entendeu, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar a Apelação Cível n. 2008.061958-0 e 2008.061965-2.⁴⁹² O TJSC consignou que, em caso de inexistência de lacuna a autorizar a instituição de uma determinada verba para um ex-diretor, e havendo legislação específica sobre a matéria, são inaplicáveis os “usos e costumes”.

E então, como compatibilizar tais situações com o ordenamento jurídico? É possível a aceitação de usos contrários à lei?

Inobstante a antes abordada resistência da doutrina frente aos usos *contra legem*, a análise da rotina juridificada, dos contratos realizados diuturnamente, da doutrina e da jurisprudência tem revelado que, certas vezes, os usos negociais são reconhecidos mesmo que contrariem disposição expressa da lei.

Rubens Requião afirma que os usos não podem se opor à norma legal. Contudo, o próprio autor faz a ressalva de que, para se analisar a admissibilidade dos usos *contra legem*, na lei Comercial, devem-se distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes. E assevera: “É óbvio que, não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, pode ser substituída por um uso a que as partes dêem intencionalmente preferência”.⁴⁹³

A jurisprudência, por sua vez, pode ser analisada em uma perspectiva evolutiva. Analisando-se alguns julgados do STF, quando ainda lhe competia julgar a matéria, até avançar sobre julgados do STJ, em especial, o paradigmático Recurso Especial de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi que adiante será comentado, percebe-se forte divergência. A jurisprudência ora considerou os “usos e costumes” fonte subsidiária, chegando a afirmar que “jamais” os tribunais poderiam acolher os usos contra preceito legal expresso, passando por alguns casos em que os usos foram considerados com *relativa validade* e até aplicando os usos como regras supletivas para atender a tais necessidades dos comércios especializados. O mais recente dos julgados analisados expõe o debate de forma muito esclarecedora, no sentido de que se trata de assunto que não é “óbvio” e nem uniforme.

⁴⁹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2008.061958-0 e 2008.061965-2. Relator: Des. José Everaldo Silva, 2015.

⁴⁹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 28.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 19.757/SP,⁴⁹⁴ em 13 de janeiro de 1953, afastou o argumento de que deveriam ser aplicados os “usos e costumes” das praças do Estado de São Paulo acerca do pagamento de diárias de sobrestadias de navio atracado no Porto de Santos. No voto, de Relatoria do Ministro Afrânio Antonio da Costa, constou que um uso ou costume, por mais arraigado que estivesse no comércio, não poderia prevalecer sobre disposição expressa de lei. E, ainda: “fonte subsidiária, na ausência de lei, ou cae em desuso, ou se torna inexistente pelo advento de lei ou se consubstancia em lei”.

Em outra oportunidade, em junho do mesmo ano de 1953, o Supremo Tribunal Federal julgou o *caso da comissão da venda de café na praça de Santos*. O Recurso Extraordinário n. 14.465/SP,⁴⁹⁵ também de Relatoria do Ministro Afrânio Antonio da Costa, consignou que é relativa a validade dos “usos e costumes”. O STF entendeu que se tratava de “contrato de comissão mercantil sui generis”, já que apresentava como traço característico o financiamento. Declarando que “usos e costumes são admitidos excepcionalmente, para suprir lacunas ou deficiências da lei; por motivos óbvios, jamais podem acolher os tribunais, contra preceito legal expresso”. No inteiro teor, constou: “Profundo conhecedor dos nossos usos e costumes, da falta de contato íntimo entre os centros comerciais do Brasil, disseminados por um território imenso, o ainda sabedor que dá regras peculiares ao comércio do café, divergem essencialmente da borracha, do cacáó, do açúcar etc., o legislador comercial prudentemente permitiu que pelos usos e costumes se pudesse suprir as deficiências casuísticas. [...]”. O voto citou Carvalho de Mendonça explicando a natureza específica da comissão da venda de cafés na praça de Santos, chamando-a de “um tipo curioso de operação mercantil”.

Ao julgar o *caso da taxa do despacho aduaneiro*, o STF, no Recurso Extraordinário n. 12.833/SP,⁴⁹⁶ de Relatoria do Ministro Victor Nunes, julgado em 29 de novembro de 1963, deu provimento ao recurso da União no qual esta sustentava a validade da exigência da taxa do despacho aduaneiro que continuava a ser exigível após decreto-legislativo 14/60, mesmo para as mercadorias incluídas na vigente Lista III das tarifas (G.A.T.T.).

⁴⁹⁴ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 19.757/SP. Relator: Min. Afrânio Antonio da Costa, 1953.

⁴⁹⁵ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 14.465/SP. Relator: Min. Afrânio Antonio da Costa, 1954.

⁴⁹⁶ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 12.833/SP. Relator: Min. Victor Nunes, 1963.

Outro caso que pode ser citado é o *caso da comissão mercantil do comércio do café*, do Recurso Extraordinário n. 12.878/SP,⁴⁹⁷ de Relatoria de Afrânio Antonio da Costa, o STF declarou que:

[...] trata-se assim de uma convenção sui generis, típica do comércio de café, que tem indiscutivelmente peculiaridades próprias, erigidas 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 regulado, apenas por preceitos regidos do Código. Permitindo convenções mixtas, sua aplicação não importa em violação dos preceitos invocados, reguladores de contratos não desfigurados pela vontade das partes e usualmente por elas utilizado.

Por outro lado, alguns anos depois, em 22 de novembro de 1974, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 79.545/BA,⁴⁹⁸ de Relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, a Primeira Turma do STF julgou um *caso de operações de venda de cacau a termo*, declarando que os “usos e costumes preenchem o vazio das disposições legais, que reconhecem a licitude desses negócios inevitavelmente expostos à especulação da Bolsa de Mercadorias”. No acórdão recorrido, o TJBA havia consignado que “salvo acordo em contrário, domina a velha prática mercantil e legal do comprador pagar a mercadoria após seu recebimento”. O Ministro Aliomar Baleeiro consignou no voto:

Como é de uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros produtores e firmas exportadoras da Bahia, as operações se realizam a termo, para entrega futura, fixados desde logo em singelo ‘pedido’ – único documento – a quantidade, a data de entrega e o preço. Nada mais, do que é o exemplo o sucindo doc. de fl. 30, impresso com os claros preenchidos a lápis comum. É o uso imemorial na Bahia [...] está evidente que a causa foi julgada pela averiguação dos usos e costumes mercantis das praças da Bahia na espécie, pelos documentos, e, finalmente, pela interpretação de cláusulas contratuais [...]. Nesses usos e costumes se baseou o v. Ac. chamando-o de práticas. Assim procedendo, não negou vigência à secular exceção non adimplenti contractus.

Posteriormente, quando a competência já era do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Turma do STJ julgou *o caso do pagamento das sobrestadias*, Recurso Especial n. 877.074/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que não chegou a analisar o mérito das sobrestadias, mas, sim, a possibilidade de se fazer prova dos usos mediante todos os meios de prova em direito admitidos. Neste caso, no voto, constou:

[...] o costume, se efetivamente vier a ser provado, poderá vir a ser usado na solução do litígio como regra jurídica. Em resumo, se efetivamente provado o costume, não

⁴⁹⁷ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 12.878/SP. Relator: Min. Afrânio Antonio da Costa, 1960.

⁴⁹⁸ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 79.545/BA. Relator: Min. Aliomar Baleeiro, 1975.

se terá, automaticamente, a definição da responsabilidade da recorrente, como esta supôs. Passar-se-á a um segundo plano, quando, tomando-se então o costume como regramento aplicável à hipótese, procurará o juiz verificar a concreta incidência deste ao caso, a partir da conformação de todos os elementos necessários para a subsunção do fato à norma.

O voto esclareceu que o juiz poderia, no futuro, simplesmente não se convencer que o alegado “costume” existe ou convencer-se de que se trata de “simples hábito mercantil”.

Nesse caso, o STJ abordou a questão expressamente a falta de uniformidade acerca da admissibilidade ou não dos usos *contra legem*. Ao abordar o caso, o STJ afirmou que o posicionamento de que um “costume” *contra legem* não poderia regular determinada situação jurídica mercantil não é óbvio e nem é admitido com uniformidade.

Constata-se, a partir dos casos analisados, que o assunto não é pacífico, mas que, em alguns casos, houve a admissibilidade de um uso negocial prevalecer quando em conflito com uma lei e, um afastamento pontual dessa, para que prevaleça, no caso concreto, os usos negociais. Mais uma vez, presente a material prevalência dos usos negociais, em uma ordem que, formalmente, não os recepciona com dimensão normativa. Conclui-se que algumas das inúmeras relações obrigacionais estabelecidas com base em usos negociais formam-se mesmo quando em derrogação pontual e fática da lei.

2.3.4 A primazia da intenção das partes

A par das características já abordadas, uma conclusão decorre da já apontada *transindividualidade dos usos negociais*: trata-se os usos negociais de fenômenos *heterônomos*, que não ou não mais pertencem à relação entre partes ou à relação em si. Servirão, por exemplo, como pauta interpretativa do processo contratual, e inclusive do comportamento das partes, enquanto esse – *o comportamento* – está mais relacionado com as *práticas negociais*, anteriormente abordadas, que são fenômenos *autônomos*, internos à relação.

Diante do exposto, evidencia-se que “uma das mais ricas facetas da autonomia privada está em se poder, com relativa liberdade, modelar o conteúdo contratual e escolher o tipo (legal ou social) mais afeito à pretendida regulação de interesses”.⁴⁹⁹ Essa faceta, conforme

⁴⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 467.

anteriormente exposto, não é afastada pela existência de usos negociais. Desse modo, pode-se inferir que os usos não limitam, de forma cogente, a autonomia privada. Mas, sim, serão eles sujeitos aos limites do espaço da autonomia privada.

Isso não pode ser confundido com aceitar que o fundamento do surgimento e da obrigatoriedade dos usos negociais fosse, direta e exclusivamente, a autonomia privada. Não é, portanto, a autonomia privada que cria o uso e vincula as partes a ele, não é a vontade que o faz. A autonomia privada é restrita, não é abrangente e, por isso, não pode fundamentar a obrigatoriedade do uso. O simples fato de um uso ser heterocompositivo, não afasta, por si só, a possibilidade de aplicar a autonomia privada.

A possibilidade de criar novos modelos de contratos atípicos, desse modo, não é afastada pelos modelos típicos, sejam legais, sejam sociais. Em outras palavras, assim como a possibilidade de criar modelos atípicos não é afastada pelos modelos típicos, os modelos tipicamente sociais, de igual modo, não impedem que novos tipos contratuais sociais e/ou novas condutas e/ou nova linguagem contratual sejam criados e perfectibilizados pelos sujeitos. Dizer o contrário significaria negar vigência ao art. 425 do CC.

Contudo, tal qual ocorre com os tipos legais, caso a parte entabule aquele determinado negócio socialmente tipificado, enquadrando-se ao tipo contratual social, estará, sim, necessariamente sujeita às consequências e aos efeitos jurídicos dele decorrentes – havendo ou não vontade. As consequências jurídicas das manifestações de vontade, nesse sentido, incidem mesmo que as partes não o queiram. Somente nessa medida, pode-se dizer que os usos negociais serão cogentes. Ainda que *socialmente cogentes*. A *cogência legal* dos usos negociais estaria, portanto, para a função interpretativa (enquanto pauta de interpretação) e, em determinadas hipóteses, conforme determinarem as remissões legais, para a função integrativa dos usos.

Os sujeitos têm a opção de, dentro dos limites do ordenamento jurídico, simplesmente não contratar ou moldar o conteúdo contratual de forma diferente, na forma autorizada pelo art. 425 do CC, mas, preenchido o suporte fático de determinado tipo contratual social, esse incidirá.

O artigo 425 do CC, conforme já analisado, autoriza, justamente, a extensão e o alcance da liberdade contratual – espécie do gênero autonomia privada. O espaço concedido pelo disposto nesse artigo continua existente.

O contrato empresarial, conforme analisado ao longo desta dissertação, *deverá*, portanto, como negócio jurídico que é, ser *interpretado* de acordo com os usos negociais. O que, como visto anteriormente, não afasta a aplicabilidade de outras pautas interpretativas do ordenamento jurídico, tais como a boa-fé e eventuais regras específicas de interpretação.

Contudo, isso não quer dizer que o contrato *deverá* sempre ser *formalizado* de acordo com os usos.

Não sendo, por conseguinte, regra legal imperativa, de ordem pública, em seara de direito contratual empresarial, a regra tipicamente social criada pelos usos negociais poderá ser substituída por um uso a que as partes deem intencionalmente preferência. Essa intencionalidade poderá ser revelada a partir do próprio texto contratual, expressamente, das circunstâncias do caso, ou a partir do comportamento das partes.

Desses aspectos se infere que há a primazia da intenção comum das partes frente aos usos negociais.

Há, portanto, a possibilidade de *afastamento pontual dos usos negociais*, percepção da qual decorre que a intenção comum dos contratantes, quando legítima e exercida dentro dos limites da autonomia privada e em conformidade com o ordenamento, prevalece aos usos, tanto é que as partes podem, justamente, afastá-los no caso concreto.

Sob esse aspecto, Gerson Branco ressalta a tendência de parte da doutrina rejeitar a possibilidade de aplicação dos usos quando contrariarem a intenção comum⁵⁰⁰, segundo a perspectiva das partes. O autor destaca que “[...] uma interpretação objetiva a partir de parâmetros externos ao contrato, pode subordinar à vontade das partes a objetividade rígida das regras do mercado, fenômeno que contraria a própria natureza dos atos da autonomia

⁵⁰⁰ SCOGNAMIGLIO, Claudio. Contratos de empresa y voluntad de los contratantes. **Revista de Derecho Privado** n. 15, 2008. p.28-29.

privada”⁵⁰¹. Dessa forma, percebe-se, também assim, a primazia da intenção das partes, a qual deverá ser buscada pelo intérprete, a partir da conjugação de todos os elementos inerentes ao contrato, conforme anteriormente abordado.

É possível, assim, que as partes tenham agido propositada ou intencionalmente em contrariedade aos usos, ou que elas tenham excluído a aplicação de um determinado uso. A exclusão ou afastamento pontual de um uso negocial, contudo, deverá, conforme visto, ser provada.⁵⁰²

Portanto, pode-se inferir que se o intérprete verificar que a intenção das partes, pela natureza do negócio e pelas suas condições e circunstâncias, foi a de adotar, ainda que de forma implícita, determinado uso negocial, o julgador deve aplicá-lo, podendo, inclusive, sobrepor o uso à norma legal, desde que essa seja não-imperativa.⁵⁰³ São as partes, afinal, exercendo legitimamente as suas liberdades, dentro do espaço conferido à autonomia privada.

Se, por outro lado, as partes apontarem, seja no texto do contrato, seja por meio de comportamento, que a sua intenção comum é contratar algo novo ou que tenha novos contornos, com diferentes previsões (que não aquelas usualmente adotadas ou empregadas), ou mesmo algo contrário aos usos, essa intenção consubstanciada na declaração, se estiver dentro dos limites do espaço conferido à autonomia privada e de acordo com o ordenamento jurídico, deverá prevalecer.

Nada sendo manifestado nem revelado mediante texto, comportamento das partes ou circunstâncias, o intérprete deverá, por determinação expressa da lei, interpretar o contrato de acordo com os usos negociais⁵⁰⁴, sem descuidar das demais pautas interpretativas, conforme

⁵⁰¹ BRANCO, Gerson Luís Carlos. **Efeitos normativos das práticas negociais**: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? 2017. No prelo. p. 4.

⁵⁰² O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar um caso de uma compra e venda de veículo em que o autor alegou ter comprado veículo por valor significativamente aquém do valor do mercado, entendeu que a narrativa da inicial era contrária aos usos negociais, sem qualquer prova que lhe amparasse. Afirmou ser inconcebível supor a alienação por tal valor, significativamente aquém do valor de mercado e destacou que o autor é advogado, e que era “insustentável crer a validade de sua narrativa, contrária aos usos negociais, sem qualquer prova que lhe ampare”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1002782-71.2015.8.26.0281. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti, 2017).

⁵⁰³ Nesse sentido, é o entendimento de Rubens Requião, que afirma: “[v]erificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não-imperativa”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 28).

⁵⁰⁴ Nessa medida, pode-se dizer que existe uma presunção de que as partes pretendiam dar à cláusula e/ou ao contrato o sentido usualmente dado para as mesmas situações no comércio: “Special regard must be given,

explorado na primeira parte deste estudo, e os usos negociais incidirão sobre o caso desde que preenchido o suporte fático.

Pontes de Miranda já sinalizava que a palavra pode ter significado que só existia entre os contratantes, ou entre o manifestante da vontade e o destinatário e, também por isso, dá-se à intenção mais atenção que ao sentido literal da linguagem.⁵⁰⁵ Também em razão dessas peculiares significações de linguagem, de comportamento, de condutas, entre as partes é que a busca da intenção comum consubstanciada na declaração deverá prevalecer aos usos negociais.

Restará, portanto, ao intérprete (que poderá ser o próprio contratante), a tarefa de averiguar a aplicação dos usos negociais, em sua *função pluridimensional*, dentro de uma totalidade hermenêutica, para compreender o real sentido, o escopo comum e a real intenção consubstanciada na declaração, determinantes do conteúdo contratual, para que esse atinja o seu fim.

however, to contract terms which are specified in a certain sense by a commercial custom, like fob, cif etc. It is widely recognized across the European jurisdictions that there is a presumption that the parties intended to give the clause such meaning as is customary in commercial trade". (CANARIS, Claus-Wilhelm; GRIGOLEIT, Hans Christoph. **Interpretation of contracts**. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1537169>>. Acesso em: 6 jan. 2017.).

⁵⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III: Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. p. 423.

CONCLUSÃO

O Direito, como regulador de relações quotidianas que é, não pode se furtar à arquitetura do universo negocial. Ainda que, ao menos, inconscientemente, estarão presentes, no processo contratual, em maior ou menor grau, elementos consuetudinários. Os usos negociais estão, inexoravelmente, ligados, não só ao processo de interpretação e de integração, como, também, ao de formação, de desenvolvimento e de cumprimento dos contratos empresariais.

Na inexistência, na incompletude,⁵⁰⁶ na insuficiência⁵⁰⁷ ou na ineficiência da normatividade estatal posta, os indivíduos não deixam – consciente ou inconscientemente – de contratar. Não se vive sem contrair obrigações. Esse espaço de aparente vazio – *inexistência, incompletude ou insuficiência* – surge candente para a criatividade dos sujeitos de Direito. Especialmente em matéria contratual, no qual vige, no sistema jurídico brasileiro, como em outros tantos, a liberdade para contratar modelos atípicos⁵⁰⁸, campo fértil da transformação e da inovação.

Contudo, assim como o é o desejo pela liberdade e pela diversidade, é inata à natureza humana a necessidade de segurança e de previsibilidade. E essa necessidade latente (in)consciente expressa-se, muitas vezes, em campo obrigacional, na tentativa de recondução a modelos já conhecidos, ainda que sejam, apenas, *socialmente* conhecidos.

Essa recondução leva à repetição e essa repetição – aliada a outros critérios das mais diversas ordens (econômicos, sociais, políticos, morais etc.) – leva à formação dos usos negociais.

⁵⁰⁶ Judith Martins-Costa, ao tratar da interpretação como exegese, menciona a expressão “mito da completude da lei”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 192). Ricardo Guastini aborda o “dogma da completude”. (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 176).

⁵⁰⁷ A insuficiência, aqui, pode ser usada, inclusive, com conotação particular, individual – *por mais subjetivo que pareça à hipótese* – como o sentimento que faz com que a parte repudie, propositadamente, ao comando legal que existe, mas, por algum motivo, não lhe serve para dada situação concreta. Nesse sentido, “o repúdio do tipo legal tem sempre a ver com o caráter indesejável para as partes da disciplina jurídica que resultaria da sua adoção”. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 61).

⁵⁰⁸ Artigo 425 do Código Civil. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Inobstante a inegável atuação, ainda que fática, dos usos negociais, pode-se perceber, por meio deste estudo, que a trajetória de reconhecimento de poder deste instituto, pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi longa e sinuosa até atingir o presente estágio.

Na dinâmica de mercado atual, na qual as relações contratuais ocorrem de infinitas formas, revela-se ainda maior a importância dos usos negociais no processo contratual, especialmente nos setores em que a ductibilidade do Direito e a garantia da confiança são vetores fundamentais. Essa revelação, imanente ao próprio caminho percorrido nesta dissertação, permite traçar alguns apontamentos centrais, a título de conclusão deste estudo, sem a pretensão de exaurir ou formatar em definitivo o tema:

1. A insuficiência e a ineficiência da lei e da pressuposição, aliada à complexidade das relações humanas, exigem a ampliação da percepção do papel da interpretação,⁵⁰⁹ especialmente no espectro contratual.

1.1 Essa ampliação da percepção permite ao intérprete e, assim, aos próprios contratantes, melhor avaliar as suas escolhas, os seus comportamentos e as soluções às hipóteses de conflito.

2. Todos os contratantes⁵¹⁰ e todos os intérpretes têm, necessariamente, uma pré-compreensão sobre o negócio e estão, invariavelmente, inseridos em um determinado contexto. Reconhecer e aceitar essa (pré-)compreensão e esse (pré-) contexto são índices de segurança para o intérprete alcançar a revelação da intenção comum.

3. O art. 113 do CC exprime um comando cogente para pautar a *interpretação* dos *negócios jurídicos* em geral. Portanto, o intérprete está, necessariamente, vinculado às pautas interpretativas expostas no artigo: “*boa-fé e usos do lugar de sua celebração*”.

⁵⁰⁹ François Géný reconhecia na interpretação a garantia de vitalidade para o ordenamento. (GROSSI, Paolo. Pagina introduttiva [ripensare Géný]. **Quaderni Fiorentini**, Milano, n. 20, p. 11, 1991. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/20/volume.pdf#page=2>>. Acesso em: 03 jan. 2018).

⁵¹⁰ Rui Pinto Duarte expõe que “os que negociam contratos e que os executam são também seus destinatários, sendo até os primaciais, pois a intervenção do juiz só se dá em caso de litígio. Não deixa, porém, de ser verdade que é nos casos de submissão a tribunal de diferendos sobre interpretação de contratos que as regras sobre a matéria se tornam decisivas. Fora desse quadro são apenas um elemento a ter em conta nos comportamentos a adotar por aqueles que negociam ou executam contratos”. (DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 17-18).

3.1 A interpretação do negócio jurídico deverá ser conformada aos usos em conexão harmônica não só com a boa-fé, como, também, com a totalidade do ordenamento jurídico.

4. Os significativos avanços quanto ao grau de percepção dos usos negociais dentro do ordenamento acabaram por inseri-los nele, na qualidade de verdadeira espécie normativa, atribuindo-lhes, portanto, grau de normatividade, vigência, validade e, inclusive, sob determinadas circunstâncias, obrigatoriedade dentro do sistema.

4.1 A partir das necessidades do tráfego jurídico é que os usos negociais exercem sua função normativa, criando, verdadeiramente, normas jurídicas, a ponto de, inclusive, formar tipos de contratos obrigacionais socialmente reconhecidos.

5. O instituto dos usos negociais revela-se, assim, um ator objetivo, com *função pluridimensional* no campo obrigacional, especialmente no que concerne aos contratos empresariais: (i) os usos com *função hermenêutica*, ou seja, servindo à interpretação objetiva ou integrativa dos contratos empresariais, momentos nos quais, é inafastável a pré-compreensão do intérprete; (ii) os usos com *função integrativa*, no sentido de integrar o conteúdo do contrato, sempre colmatado pelo contexto, e, por fim, os usos com (iii) *função normativa produtiva*, especialmente no que diz respeito aos tipos construídos socialmente, às espontâneas reconduções aos tipos usuais e à segurança e previsibilidade daí advindas para os contratos empresariais.

5.1 As três esferas, porquanto atuem intermeadas umas pelas outras durante o processo contratual, excedem ao somatório das funções expostas em cada uma delas três. As três dimensões, nas quais os usos negociais atuam, cumulam-se.

6. Os usos negociais atuam, de maneira mais, ou menos, determinante, nas diversas fases do processo obrigacional, sempre, no caso concreto. Somente uma dada situação, em um espaço e em um tempo determinados, dentro de um grupo, uma comunidade, um setor, ou mesmo, dentro de uma relação contratual específica, é que se poderá mensurar a força normativa dos fatos.

7. A produção normativa social, assim como a interpretação do contrato, depende do “ambiente institucional”, que o condiciona. Em outras palavras, o contrato somente pode ser

entendido e as obrigações somente podem ser criadas, modificadas ou extintas, na complexidade do seu contexto, sob pena de o tornar desconexo à realidade.

8. O surgimento de novos usos negociais, a descontinuidade de alguns usos e até mesmo a contrariedade a eles dar-se-ão na dinâmica do tempo, na inexorável evolução da conjugação de variados fatores quotidianos. Assim, também, a sua obrigatoriedade.

9. A relação entre os usos negociais e a autonomia privada auxilia a compreender a atuação e os limites dos usos negociais no processo contratual.

9.1 A autonomia privada é espécie com relação ao princípio da autodeterminação, que, na Constituição Federal, está expresso no princípio da dignidade da pessoa humana, e é gênero do qual a liberdade de contratar é a maior expressão.

9.2 Há limites à autonomia privada, os quais se encontram, principalmente, na lei, na ordem pública e nos bons costumes. Esses limites transmitem estabilidade, confiança e segurança jurídica às expressões da autonomia privada, propulsionando, assim, o desenvolvimento e o crescimento das relações negociais.

9.3 Os usos negociais nascem a partir da reiteração de condutas ou padrões contratuais originados a partir de contratações inicialmente atípicas, criadas pelas partes no espaço da autonomia privada.

9.4 Os usos não são limites à liberdade contratual. Pelo contrário: os usos são expressão dessa liberdade, eis que as partes têm o poder de afastá-los pontualmente. Esse poder significa que a intenção comum prevalecerá quando em conflito com o uso negocial, sendo esse, em uma relação circular, um dos elementos a trabalhar para alcançar tal intenção quando ela não surge já desvelada.

10. Mesmo diante do princípio constitucional da reserva legal, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho revelou as vantagens e até mesmo a necessidade da (re)valorização dos usos negociais, sem descurar da primazia da intenção das partes.

11. A intenção das partes – que deverá, sempre, ser perquirida –, estará preservada e não será atenuada quando, revelada no contexto, estiver em conflito com usos negociais que seriam, *a priori*, aplicados em uma dada situação concreta.

11.1 Se o intérprete verificar que a intenção das partes, pela natureza do negócio e pelas suas condições e circunstâncias, foi a de adotar, ainda que de forma implícita, determinado uso negocial, o julgador deve aplicá-lo, podendo, inclusive, sobrepor tal uso à norma legal, desde que essa seja não-imperativa. São as partes, afinal, exercendo legitimamente as suas liberdades, dentro do espaço conferido à autonomia privada.

11.2 Se, por outro lado, as partes apontarem, seja no texto do contrato, seja por meio de comportamento, que a sua intenção comum é contratar algo contrário aos usos, essa intenção consubstanciada na declaração, se estiver dentro dos limites do espaço conferido à autonomia privada e de acordo com o ordenamento jurídico, deverá prevalecer.

11.3 Nada sendo manifestado nem revelado mediante texto, comportamento das partes ou circunstâncias, o intérprete deverá, por determinação expressa da lei, interpretar o contrato de acordo com os usos negociais, sem descurar das demais pautas interpretativas.

12. A vinculatividade aos usos, seja espontânea, seja decorrente da lei, revela-se na própria expressão da previsibilidade e segurança jurídica, econômica e social, pois confere justa expectativa, além de estar relacionada às sanções extrajurídicas e decorrer da atribuição de um sentido utilitário ao uso.

14. Ainda que a técnica jurídica assim não o diga – vive-se, hoje, diversas situações em que se pode apurar, como fruto da conduta dos sujeitos de Direito, um predomínio material (ao menos, fático) dos usos negociais sobre a lei, ainda que coexistindo com o predomínio formal (ao menos, técnico) da lei sobre os usos negociais – se é que se possa manter, na contemporaneidade, a ideia de uma relação hierarquizada formal.

14.1 Os usos podem afastar, pontual e materialmente, a lei, quando se revelarem vigentes no espaço-tempo da relação e desde que não verificadas situações de anormalidade ou necessidade de intervenção ou proteção.

15. Quanto mais geral e mais abstrato for o uso, maior a chance de que ele venha a ser normatizado, positivado ou, até mesmo, legislado, pois interessará a toda sociedade ou ao maior número de pessoas possível, será economicamente vantajoso e será juridicamente interessante e relevante para unificar o sistema e conferir maior segurança, correspondendo às expectativas legítimas dos indivíduos e do mercado.

15.1 Os usos negociais, portanto, não só integram o ordenamento jurídico brasileiro, como são fundamentos sob os quais esse se ergue. São mandamentos diretivos de conduta e dotados de normatividade, ou seja, com a autoridade, inclusive, para formatar obrigações. Os usos negociais deixaram, evidentemente, de ser fontes secundárias do Direito e alçaram *status* de verdadeiras espécies normativas, determinantes de condutas, especialmente, as contratuais empresariais. Essa força estará sempre contextualizada e, inexoravelmente, deverá ser aplicada de forma compatível com o sistema.

Para além de pauta interpretativa dos contratos empresariais, os usos negociais podem atuar, especificamente, como elemento objetivo formador de obrigações em decorrência da repetição de condutas negociais daqueles que exercem a empresa, praticadas habitualmente, com intuito – ainda que inconsciente – de padronizar as relações, de reforçar a confiança e de estabilizar as expectativas, maximizando a segurança das relações empresariais e a eficiência da circulação de riquezas.

Há muito a ser construído e considerado no campo obrigacional. E, muitas das respostas buscadas pelo ordenamento podem estar, justamente, nesses não valorizados critérios e limites para o desempenho do papel *normativo* dos usos negociais.

Percebe-se que ainda há longo caminho até o encontro de um modelo teórico que maximize as funções dos usos negociais no ordenamento jurídico. Ao operador do Direito compete aprimorar o necessário diálogo entre as dimensões fática, valorativa e normativa do direito⁵¹¹, sem o que se afastará da adequada interpretação para o caso concreto.

Na existência desse conflito entre a realidade social com o sistema e o modelo de direito do ordenamento jurídico brasileiro, ao intérprete e ao estudioso do direito compete não

⁵¹¹ Para Teresa Negreiros: “interessa o debate sobre o papel do jurista diante da relação dialética entre fato, valor e norma”. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 80).

só questionar a ordem como pensar e repensar a aplicação de todos os seus institutos, sobre os quais, talvez, seja hora de lançar um novo olhar e buscar novas perguntas⁵¹², mantendo abertas as possibilidades.

⁵¹² “A essência da pergunta é abrir e manter abertas possibilidades”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 396).

REFERÊNCIAS

- ADIP, Amado. **Conflicto entre ley y costumbre**. Buenos Aires: Depalma, 1975.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil: obrigações e contratos. **Revista do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, v. 3, n. 9, p. 18-31, set./dez. 1999.
- ALBÁN, Jorge Oviedo. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporaneo. **Revista Vniversitas**. N. 102. Disponível em: <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2018.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceito, fontes, formação**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. **Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação**. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. Interpretação do Contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 17, p. 5-19, jan./mar. 1996.
- _____. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.
- ALPA, Guido. **L'interpretazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1983.
- _____. **Manuale di diritto privato**. 10. ed. Padova: CEDAM, 2017.
- _____.; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L'Interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- ANTUNES, José Engrácia. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 46, n. 146, p. 7-22, abr./jun. 2007.
- ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. v. 1
- ASCARELLI, Tullio. Funzione economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. In: _____. (Org.) **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952. p. 55-78.
- _____. Norma giuridica e realtà sociale. In: _____. (Org.) **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 69-111.
- _____. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASQUINI, Alberto. Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale – usi legali e usi negoziali. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, [S.l.], v. 42, p. 71-75, 1944.

_____. Integrazione del contratto con le clausole d'uso. In: _____. **Scritti Giuridici**, Padova: CEDAM, 1961. v. 3.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BlinI-ZZjg8J:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: **CONVERSA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**: estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set. 2011. (Cadernos para Debates, 4).

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015.

BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: CEDAM, 2000.

BERNSTEIN, Lisa. Custom in the Courts. **Northwestern University Law Review**, v. 110, n. 64, p. 63-114, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2711831>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **The Journal of Legal Studies**, v. 21, p. 115-157, fev. 1992. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/24101291_Opting_Out_of_the_Legal_System_Ext_ralegal_Contractual_Relations_in_the_Diamond_Industry>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1994.

_____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmatica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. **Negoziio giuridico. Novissimo digesto italiano**. Torino, v. 11, 1965.

_____. Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. **JUS Rivista di Scienze Giuridiche**, n. 3, p. 353-371, 1957.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Márcia Sguizzardi. **Novo código civil: parte geral, obrigações e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

BOLAFFIO, Leone. **Il Codice di Commercio Italiano Commentato**. Padova: Drucker & Tedeschi, 1883. v. 1.

BRANCO, Gerson Luís Carlos. Autonomia privada e usos negociais: notas para um debate. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. (Cadernos do IEC).

_____. **Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição?** 2017. No prelo.

_____. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0113_0141.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____.; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 409. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996. **Senado**. Regulamenta a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/23/1996/1800.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Decreto n. 55.891, de 31 de março de 1965. **Senado**. Regulamenta o Capítulo I do Título I e a Seção III do Capítulo IV do Título II da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 - Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55891.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 59.566/66, de 14 de novembro de 1966. **Planalto**. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. **Planalto**. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Planalto**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Institui Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Planalto**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Rio Grande do Sul. Lei n. 14.218, de 08 de abril de 2013. **Assembleia Legislativa**. Transforma em autarquia a Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul – JUCERGS –, extingue e cria cargos em comissão e funções gratificadas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/14.218.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 5**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 454**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2180>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Almedina, 1990.

BROZOLO, Luca G. Radicati di; MARCHISIO, Giacomo. Usages and implied terms in Italy. In: GELINAS, Fabien (Ed.). **Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration**. Oxford: Oxford University Press 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=IHfICwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRUCH, Kelly Lissandra. O contrato sob a abordagem da teoria sistêmica. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 21, p. 175-200, jul./dez. 2011.

CABRAL, Plínio. **Usos e costumes no Código Civil de 2002**. São Paulo: Rideel, 2009.

CALAMANDREI, Rodolfo. **Gli usi del commercio italiano**. Firenze: Luigi Niccola, 1889.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Descobrimos as dimensões implícitas dos contratos. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (Org.). **Para que serve o direito contratual?** direito, sociedade e economia. São Paulo: Direito GV, 2014. p. 65-97.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. **Anatocismo**: regras e usos particulares do comércio. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. GRIGOLEIT, Hans Christoph. **Interpretation of contracts**. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1537169>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONE, Carmelo. **La consuetudine nel diritto costituzionale**. Padova: Antonio Milani, 1948.

CARBONNIER, Jean. **Ensayos sobre las leyes**. Madri: Civitas, 1998.

_____. **Flexible droit**: Pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 2001.

_____. **Sociologie juridique**. 2. ed. Paris: PUF, 2008.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel. Sobre a Interpretação do Contrato. **Revista o Direito**, Lisboa, v. 144, n. 3, p. 499-508, 2012.

CASELLA, Mario. Negozio giuridico (interpretazione). In: **ENCICLOPEDIA Del Diritto**. v. XXVIII. Milano: Giufrè, 1978. p. 16-32.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2017.

CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, n. 158, p. 27-58, abr./jun. 2011.

CHEN, James Ming. Code, Custom, and contract: the uniform commercial code as law merchant. **Texas International Law Journal**, Texas, v. 27, 1992. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1555220>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

COFFEE JR., John C. Competition among securities markets: a path dependent perspective. 2002. **Columbia Law and Economics Working Paper n. 192**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=283822>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

COLLINS, Hugh. The research agenda of implicit dimensions of contract. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. **Implicit Dimensions of Contract: discrete, relational and network contracts**. Oxford; Portland: Hart, 2003. p. 1-24.

COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. O costume e os usos no século XXI. **Revista de Direito das Sociedades**. ano III, n. 3. Coimbra: Almedina. 2012. p. 13-44.

_____. **Tratado de direito civil português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1: Parte Geral, v. 1.

COSTA, Bárbara Silva. Abertura informacional cognitiva dos sistemas operacionalmente fechados: uma análise da intervenção intersistêmica através da observação no pensamento de Günther Teubner. **Novatio Iuris**, v. 1, p. 1-14, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos: contratos, testamentos etc.**, estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1941.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Usos e costumes no Código Civil de 2002: em defesa das expectativas legítimas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 12, n. 48, p. 47-65, out./dez. 2011.

DE LUCCA, Newton. Normas de Interpretação Contratual no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 81, p. 25-89, jan./fev. 2007.

DE MARTINO, Francesco. **Individualismo e diritto romano privato**. Torino: Giappichelli, 1999.

DE NARDI, Marcelo. **Redes de contratos em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2016.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESCARRA, Jean. **Cours de droit commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Direito Subjetivo. In: SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi. v. 17.

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Uniform commercial code**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303>. Acesso em: 12 dez. 2017.

FARIA, Antonio Bento de. **Direito comercial**: do comércio em geral. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1947. v. 1, pt. 1.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. parte general del derecho civil. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992. v. 2.

FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

_____. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Vera. Enunciado ao artigo 113. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file. Acesso em: 29 set. 2016.

FRANCHI, Luigi; PAGANI, Cesare. **Commentario al codice di commercio**. Milano: Dottor Francesco Vallardi Casa Editrice, 1971. v. I, Del commercio in generale.

FRANZOLIN, Cláudio José. Negócios jurídicos: interpretação, integração, conteúdo negocial e efeitos. **Revista de Direito Privado**, n. 39, p. 61-86, jul./set. 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1.

GALGANO, Francesco. **Instituzioni di diritto privato**. 8. ed. Padova: CEDAM, 2017.

GELINAS, Fabien. Trade usages and implied terms in the age of arbitration. In: _____. (Ed.). **Trade usages and implied terms in the age of arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2837718>. Acesso em: 30 set. 2016.

GENOVESI, Guido. Interpretazione del contratto formale ed elementi extratestuali. **Corriere Giuridico**, n. 2216, p. 1329-1333, fev. 2004. Disponível em:

<http://www.studiomariconda.com/upload/file/papers/files/rpretazione_del_contratto_formale_ed_elementi_extratestualidf.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1919. v. 1.

_____. **Science et technique em droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1915.

GILLETTE, Clayton P. The law merchant in the modern age: institutional design and international usages under the CISG. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 5, n. 1, p. 157-179, 2004. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/12>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

GIMENEZ-CORTE, Cristián. Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur: usages of trade and treaty law in the Mercosur. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 4, p. 95-145, dec. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2423477>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GORGA, Érica. Tradições do direito. In: ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. P. 137-196.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 96, p. 423-433, 2001.

_____.; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do Direito). **Revista GV**, v. 1, n. 2, p. 191-200, jun./dez. 2005.

_____. **Absolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

_____. Pagina introduttiva (ripensare Gény). **Quaderni Fiorentini**, Milano, n. 20, 1991. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/20/volume.pdf#page=2>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERINONI, Ezio. **Incompletezza e completamento del contratto**. Milano: Giuffrè, 2007.

HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, v. 50, p. 11-47, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. reelab. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **News and Events**. Rome, [2017?]. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

IRTI, Natalino. **Lecture bettiane sul negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. Principi e problemi di interpretazione contrattuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile**, v. 4, p. 1139-1171, 1999.

_____. Teoria generale del diritto e problema del mercato. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 45, n. 1, p. 1-29, jan./fev. 1999.

_____. **Testo e contesto**. Una lettura dell'art. 1362 c.c., Padova: CEDAM, 1996.

ITÁLIA. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 4 jan. 2018.

KASSIS, Antoine. **Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria**. Paris: LGDJ, 1984.

KATZ, Avery W. Contract formation and interpretation. **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, New York, may 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=69534>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. The relative costs of incorporating trade usage into domestic versus international sales contracts. **Chicago Journal of International Law**, v. 5, n. 1, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=510462>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KIRCHNER, Felipe. **Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção**. Curitiba: Juruá, 2016.

KRENZ, Ronald Cárdenas. **Derecho y realidad social**: la costumbre como fuente del Derecho Civil. Ferrara: UNIFE, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Caracas: Edersa, 1978.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p055_064.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

LE ROY, Étienne. Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. In: SACCO, Rodolfo (Ed.). **Le nuove ambizioni del sapere del giurista**: antropologia giuridica e traduttologia giuridica. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2009. p. 99-133.

LIPARI Nicolò. **Le Categorie del Diritto Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2013.

_____. Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 60, n. 3, p. 711-736, 2006.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. Autonomia, confiança e boa-fé? Um diálogo entre a bioética e os princípios do contrato. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXI ed, 2012, Uberlândia. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 795-821. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5052597562444938>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Esquema de uma teoria sistêmica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, p. 51-77, jan./mar. 2000.

_____. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACAULAY, Stewart. Non contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

_____. The real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. **The Modern Law Review**, v. 66, n. 1, p. 44-79, jan. 2003.

MACHADO, Brasília. **O código commercial do brasil em sua evolução histórica**. São Paulo: Siqueira Salles, 1910.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. A noção do contrato na história dos pactos. **Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 6, n. 19, 1992b.

_____. Apresentação. In: LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-31.

_____. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; FRADERA, Véra Jacob de (Org.). **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 189-229.

_____. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Ajustado com o CADE. Critérios da Interpretação Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, p. 87-126, out. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/document/retrieval?&docguid=If9235060f25411dfab6f010000000000&0.15713929757475853>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZACANO, Peter J. The lex mercatoria as autonomous law. **CLPE Research Paper**, n. 29, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137629>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovai Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67-96.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Tratado de direito civil português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v. 2.

_____. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffré, 1957. v. 1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NIED, Paulo Sergio. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

NOIREL, Jean. Le Droit civil contemporain et les situations de fait. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, 1959.

PAVONE LA ROSA, Antonio. Consuetudine (usi normativi e usi negoziali). In: **ENCICLOPEDIA del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9. Disponível em: <[http://davidelaurino.altervista.org/A.%20Pavone%20La%20Rosa%20-%20v.%20Usi%20normativi%20e%20usi%20negoziali%20\[ED,IX\].pdf](http://davidelaurino.altervista.org/A.%20Pavone%20La%20Rosa%20-%20v.%20Usi%20normativi%20e%20usi%20negoziali%20[ED,IX].pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2018.

PEDRASSOLI, Antônio Fernando Campos. Algumas reflexões sobre os costumes. **Doutrinas Essenciais do Direito Civil**, v. 1, p. 65-80, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PÉREZ, Carlos Antonio Espinosa. Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 25, p. 99-126, 2000. Disponível em: <https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/ri246.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. 3.

_____. **Tratado de direito privado**: Parte geral. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Luis da Cruz Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I: Introdução, Pessoas físicas e jurídicas.

_____. **Tratado de direito privado**: Parte especial. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III: Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.

_____. **Tratado de direito privado**: Parte especial. Atualizado por Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII: Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evição. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.

POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Diretrizes da hermenêutica contratual**: questões de direito privado. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

_____. Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas. **Revista dos Tribunais 513**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (Ed.). Law in everyday life. **American Society for Legal History**, Nevada, v. 13, n. 2. 1995.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti**. Padova: CEDAM, 1992.

_____. Contratos de empresa y voluntad de los contratantes. **Revista de Derecho Privado** n. 15, 2008. p.27-40.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: **CONVERSA SOBRE AUTONOMIA PRIVADA**. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 21-33. (Cadernos do IEC).

_____. O tempo no direito e o tempo do direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). **Narração e normatividade**: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 95-100.

_____. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: uma introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **O negócio jurídico e sua interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 67, p. 173-196, jul./set. 2008.

STRINGHAM, Edward. Kaldor-hicks efficiency and the problem of central planning. 2011. **The Quarterly Journal of Austrian Economics** 4, n. 2, p. 41-50. Disponível em: <<https://mises.org/library/kaldor-hicks-efficiency-and-problem-central-planning-0>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

SUCHMAN, Mark C. Os Contratos como Artefatos Sociais. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (Org.). **Para que serve o direito contratual?** direito, sociedade e economia. São Paulo: Direito GV, 2014. p. 98-178.

TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TEUBNER, Günther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. **Social and Legal Studies**, v. 9, p. 399-417, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=893122>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

_____. Global bukowina: legal pluralism in the world society. **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

_____. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: _____. **Direito, sistema e policontexturalidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 269-297.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. **Cardozo Law Review**, n. 13, p. 1443-1462, 1992. Disponível em: <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/2741>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____.; BOURDIEU, Pierre. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre 2000.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). **About UNCITRAL**. Vienna. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 13 dez. 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VERA, Miguel Ángel Encabo. O costume e os usos como fonte de direito de autor Espanha e Portugal. In: VICENTE, Dário Moura et al. (Coord.). **Estudos de direito intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 451-487.

VIANA, Francisco de Assis Bonfim. Os usos comerciais do cheque visado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 48-5, 1974.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, p. 281-325, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89235/96068>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

VINAGRE, Marta. Costume: forma de expressão do direito positivo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. **Doutrinas Essenciais: Direito Civil Parte Geral**, 2010. v. 1. p. 671-692.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. 1, t. I: Commercianti.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANITELLI, Leandro Martins. Intenção, usos do tráfico e boa-fé: o recente ataque formalista ao contextualismo na interpretação contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%201/4%20EALR%201>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos: natureza contratual das firmas. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg em Recurso Especial n. 1.062.314-RS.**

Agravante: Agropecuária Coqueiro Ltda. Agravado: Cláudio José Saldanha Medeiros – Espólio. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 23 maio 2012. DJe: 29 maio 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1506364&num_registro=201303383279&data=20160509&formato=PDF>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 444.931-SP.** 2ª Seção. Embargante: Associação Civil Parque Imperial da Cantareira.

Embargado: Roberto Germano Frederico Burgdorf. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 22 mar. 2006. Dj 01 fev. 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=590014&num_registro=200500841653&data=20060201&formato=PDF>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.251.566-SC.** 2ª Turma.

Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Luiz Sidenei Gonçalves e Outros. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 07 jun. 2011. Dje 14 jun. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067205&num_registro=201100971547&data=20110614&formato=PDF>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.266.975-MG.** 3ª Turma.

Recorrente: Aparecido Donizeti Petrachi. Recorrido: Baltazar Anacleto Ferreira. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 10 mar. 2016. DJe 23 ago. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495103&num_registro=201101255344&data=20160328&formato=PDF>. Acesso em: 4 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.280.341-PR.** 3ª Turma.

Recorrentes: Susana Tfelti De Raad e Outros. Recorrido: Susana Tfelti De Raad e Outros.

Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 27 maio 2014. DJ 5 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1325789&num_registro=201102145360&data=20140605&formato=PDF>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.908-RJ.** 4ª Turma.

Recorrente: Banco Prosper S.A. Recorrido: Dínamo Distribuidora de Petróleo Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 maio 2013. DJe 1 jul. 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1234557&num_registro=201201981316&data=20130701&formato=PDF>. Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.409.849-PR.** 3ª Turma.

Recorrente: Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. Recorrido: F1 Comércio de

Roupas e Artigos de Couro Ltda e Outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 26 abr. 2016. DJe 25 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1507444&num_registro=201303420570&data=20160505&formato=PDF>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.439.163-SP**. 2ª Seção. Recorrente: João Geraldo Raimundo Júnior. Recorrido: Associação dos Moradores e Proprietários do Residencial Morada do Verde. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 11 mar. 2015. DJe 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.447.082-TO**. 2ª Seção. Recorrente: Haydee Maria Pennachin Senise e outros. Recorrido: SPI Agropecuária – Sistema de Produção Integrada Agropecuária do Tocantins Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 10 maio 2016. DJe 13 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.516.582-PR**. Recorrente: Osmildo Vasques de Souza. Recorrido: Amarildo Aparecido da Luz e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 mar. 2015. DJe 7 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.537.306-RJ**. 3ª Turma. Recorrente: Gtis SB Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Sérgio Cherman. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 jun. 2016. DJe 01 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 202.692-SP**. 3ª Turma. Recorrente: Genesio de Assis e Outros. Recorrido: Itamarati Leasing Arrendamento Mercantil Ltda e Outros. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 out. 2011. DJe 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 555.803-MS**. 3ª Turma. Recorrente: Cooperativa Central de Laticínios do Estado de São Paulo. Recorrido: Copa Comercial de Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 06 mar. 2007. Dj 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 715.894-PR**. 2ª Seção. Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. Recorrido: Construtora Porto Figueira Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 abr. 2006. DJ 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 877.074-RJ**. 3ª Turma. Recorrente: Sab Trading Comercial Exportadora S.A. Recorrido: Transcocamar Transportes e Comércio Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 maio 2009. DJe 17 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 915.130-RS**. 4ª Turma. Recorrente: Aviário Cervo Ltda e Outros. Recorrido: Cooperativa Tritícola Erechim Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 abr. 2012. DJe 15 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 941.772-SP**. 5ª Turma. Recorrente: Hélio Richter Fragoso e cônjuge. Recorrido: Novação Engenharia de Empreendimentos Ltda. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 11 dez. 2008. DJe 02 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.013.976**. 4ª Turma. Recorrente: Banco Pontual SA. Recorrida: Indústrias Têxtis Aziz Nader SA e Outro. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 17 maio 2012. DJe Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 12.833/SP**. Tribunal Pleno. Recorrente: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Nacional e União Federal. Recorrido: Fábrica de Tecidos Tatuapé SA. Rel.: Ministro Victor Nunes. Brasília, 29 nov. 1963. DJ 05 mar. 1964. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=110986>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 12.878/SP**. 2ª Turma. Recorrente: Mançor Daud. Recorrido: Cia Agrícola e Comissária de São Paulo. Relator: Ministro Afrânio Antonio da Costa. Brasília, 29 dez. 1959. DJ 14 dez. 1960. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=117163>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 14.465/SP**. 2ª Turma. Recorrente: João Ferreira Vazin. Recorrido: Waldemar dos Reis Meireles. Relator: Ministro Afrânio Antonio da Costa. Brasília, 2 jun. 1953. DJ 6 jan. 1954. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=117533>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 19.757/SP**. 2ª Turma. Recorrente: Machado Sanatana & Cia. LTDA. Recorrido: John Hume. Relator: Ministro Afrânio Antonio da Costa. Brasília, 13 jan. 1953. DJ 3 dez. 1953. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=121252>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 79.545/BA**. 2ª Turma. Recorrente: Espólio De Antônio Alimpio Da Silva. Recorrido: Mattos, Souza & Cia. Rel.: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, 22 nov. 1974. DJ 8 jan. 1975. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174929>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 95.230-MS**. 2ª Turma. Recorrente: Remat Comércio e Representações Ltda. Recorridos: Daniel Inácio de Souza e sua mulher. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 24 nov. 1981. DJ 30 set. 1983. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=188679>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração n. 446406-75.2000.8.06.0000/2**. Câmb. Civ. Reunidas. Embargante: Jatahy Engenharia Ltda. Embargado: Clecia Barbosa Ferreira e outros. Relatora: Maria Iracema do Vale Holanda. Fortaleza, 21 fev. 2011. Disponível em: <<https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271139389/embargos-de-declaracao-ed-237418620078060000-ce-0023741-8620078060000/inteiro-teor-271139407>>.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 16678/2010**. 2º Câmara Cível. Agravante: Agropecuária Rio Porto Ltda. Agravado: Adriano Mattana. Relatora: Marilsen Andrade Addario. Cuiabá, 27 abr. 2012. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/328915169/agravo-de-instrumento-ai-166786420108110000-16678-2010/inteiro-teor-328915180>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 756082-5**. 12ª Câmara Cível. Apelantes: F1 Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda e Outros. Apelado: Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. Relator Antonio Loyola Vieira. Curitiba, 22 jun. 2011. Dj 18 jul. 2011. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=visualizar#integra_11135327>. Acesso em: 04 jan. 2018.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0004991-11.2000.8.19.0003**. Décima Primeira Câmara Cível. Apelante: Agito Angra Modas Ltda Me. Apelado: Sociedade Comercial E Importadora Hermes SA. Relator: Desembargador José C. Figueiredo. Rio de Janeiro, 22 fev. 2006. Dj 19 abr. 2006. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-oab-indice2>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0050488-37.2013.8.19.0021**. 5ª Câmara Cível. Apelante: Axr Do Brasil LTDA. Apelado: Multitrans Logistics do Brasil LTDA. Rel.: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgado em: 14 nov 2017. Dje 05 dez. 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-oab-indice2>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70005146857**. 11ª Câmara Cível. Agravante: Msc Mediterranean Shipping Company. Agravado: Terme Logistics Ltda. Relator: Des. Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 12 fev 2003. Dj 19 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70029604436**. 5ª Câmara Cível. Apelante: Ianka Swinda Vasilu Knebel. Apelado: Hipercard Banco Múltiplo S.A. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 27 maio 2009. Dje 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70046897435**. 6ª Câmara Cível. Apelante: Caixa Econômica Federal. Apelado: Avani Molina Sarmento. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 24 out. 2013. Dje 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70049970791**. 15ª Câmara Cível. Apelante: Gisele Janaina dos Santos Fernandes. Apelado: Ughini S.A. Indústria e Comércio. Relator: Desembargador Angelo Maraninchi Giannakos. Porto Alegre, 05 dez. 2012. Dje 12 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70059671263**. 10ª Câmara Cível. Apelante: Waldomiro Weizenmann. Apelado: Rogério José Ramos. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 29 maio 2014. Dje 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70060374469**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Arno Roberto Costanzi. Apelado: Parceria Agropecuaria Massangano. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 10 jul. 2015. Dje 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70067571133**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Eva Beatriz Bertolazzi Da Silva. Apelado: Sociedade Esporte Clube Fulgor. Relator: Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Dj 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71001149996**. 1ª Turma Recursal Cível. Recorrente: Jasson Camargo Ruas. Recorrido: Wilson José Tonelo. Relator: Desembargador João Pedro Cavalli Junior. Porto Alegre, 19 abr. 2007. Dj 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71004587085**. 2ª Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Recorrente: M.J.A Gomes. Recorrido: Claro S.A. Relator: Desembargadora Fernanda Carravetta Vilande. Porto Alegre, 04 set. 2013. Dje 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71006562896**. 2ª Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Recorrente: Nivaldo Biz. Recorrido: Rodrigo Da Silva Leon. Relatora: Desembargadora Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 24 maio 2017. Dje 29 maio 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2008.061958-0 e 2008.061965-2**. 4ª Câmara de Direito Comercial. Recorrente e recorrido: Tupy S/A. Recorrente e recorrido: Mario Egerland. Relator: Des. José Everaldo Silva. Florianópolis, 01 dez 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAANo2vAAB&categoria=acordao>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000862-62.2012.8.26.0450**. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Dinarte Peçanha Pinheiro. Apelado: Associação dos Proprietários Em Reserva da Boa Vista. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. São Paulo, 6 ago. 2013. Dje 29 set. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.c dLocal=3&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnif icado=0000862-62.2012&foroNumeroUnificado=0450&dePesquisaNuUnificado=0000862->

62.2012.8.26.0450&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001630-55.2012.8.26.0654**. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelante: José Ferreira de Lima Filho. Apelado: Associação dos Proprietários Em Villa Rica. Relator: Desembargador: Moreira Viegas. São Paulo, 25 mar. 2015. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=3&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001630-55.2012&foroNumeroUnificado=0654&dePesquisaNuUnificado=0001630-03>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 4004458-04.2013.8.26.0562**. 17ª Câmara de Direito Privado. Recorrente: COMPAÑIA LIBRA DE NAVEGACIÓN (URUGUAY) S/A. Recorrido: BOREALIS BRASIL S/A. Relator: Des. Souza Lopes. São Paulo, 18 dez 2017. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11085230&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_b552968266f74762a3a32a2c5f539d28&vlCaptcha=VnZ&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 03 jan. 2018.