

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 5

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 5 (julho/dezembro 2009)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RECURSO ESPECIAL Nº 877.074 — RJ
(2006/0175650-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA
S/A

ADVOGADOS : ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO E OU-
TRO(S)

LUÍS SÉRGIO SOARES MAMARI FILHO E OUTRO(S)

MARCELLO MEDEIROS DE CASTRO

RECORRIDO : TRANSCOCAMAR TRANSPORTES E COMÉR-
CIO LTDA

ADVOGADO : ALEXANDRE OLIVEIRA DE FARIA

EMENTA

Comercial. Recurso especial. Ação de cobrança. Prestação de serviço de transporte rodoviário. Cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo. Cobrança originada por atraso no desembarque das mercadorias no destino. Discussão a respeito da responsabilidade do contratante pelo pagamento das ‘sobrestadias’. Requerimento de produção de prova testemunhal para demonstração de costume comercial relativo à distribuição de tal responsabilidade. Natureza dos usos e costumes mercantis. Sistema de registro dos costumes por assentamento nas Juntas Comerciais. Costume ‘contra legem’. Conflito entre duas fontes subsidiárias de direito comercial (Lei civil e costume comercial) no contexto relativo à vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916.

- Atualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis.

Impertinente, portanto, a alegação da recorrente no sentido de que nenhum regulamento portuário indica ser de responsabilidade da contratante do serviço de transporte o pagamento das eventuais 'sobrestadias', pois não cabe a tais regulamentos consolidar usos e costumes mercantis relativos ao transporte terrestre de bens.

- Há desvio de perspectiva na afirmação de que 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.

- Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal.

- 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.

- A adoção de costume 'contra legem' é controvertida na doutrina, pois depende de um juízo a respeito da natureza da norma aparentemente violada como sendo ou não de ordem pública.

- Na hipótese, não se trata apenas de verificar a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também analisar o suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial — quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada — qual seja, o art. 159 do

CC/16 — não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao ‘*neminem laedere*’ romano.

- Especialmente em um contexto relativo ao período em que não havia, ainda, ocorrido a unificação do direito privado pelo CC/02, é impossível abordar o tema de forma lacônica, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente *e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume comercial em face de qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia*. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial mas negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO, pela parte RECORRENTE: SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A.

Brasília (DF), 12 de maio de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Recurso especial interposto por SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: de cobrança, proposta por TRANSCOCAMAR TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA em desfavor da recorrente.

Segundo consta da inicial, a autora foi contratada pela recorrente para realizar serviços de transporte rodoviário de cargas agrícolas na safra de 2002/2003. Porém, a recorrente se recusou a indenizar despesas de ‘sobrestadias’ pagas aos motoristas pelo tempo excedente de permanência para descarga no porto de entrega, obrigação a ela imputável em face de costume comercial. Além disso, deixou de pagar a integralidade de fretes consignados em alguns conhecimentos de transporte, alegando que os preços ali constantes eram excessivos e que estaria realizando uma compensação pela perda de cargas ‘sinistradas’, atribuindo porém a estas valor muito superior do que o constante do próprio conhecimento de transporte respectivo, que é a base para pagamento do seguro pelo extravio de carga.

A soma dos débitos pendentes que decorrem destas três situações remontava a R\$ 211.385,83 na propositura da ação, de acordo com a autora.

Posteriormente, em impugnação ao valor da causa, ficou estabelecido que o crédito, na verdade, era de R\$ 170.849,60 (fls. 664), pois a própria autora reconhecia existir direito à compensação por parte da ré quanto a reembolsos pendentes.

Decisão: a autora requereu produção de prova testemunhal, com a intenção de demonstrar a existência de costume comercial por meio do qual o contratante do transporte responderia pelos custos derivados da ‘sobrestadia’ de carga no desembarço portuário. O pedido foi indeferido, com os seguintes fundamentos:

“A autora pretende fazer prova testemunhal dos fatos alegados. Como se vê, tal prova é imprestável para a controvérsia resumida. As questões de prova a serem esclarecidas deveriam sê-lo através de prova documental, comprovando os débitos e a prática comercial afirmada e prova pericial para comprovar, se fosse o caso, eventual diferença não paga” (fls. 664/665).

Sentença: prolatada imediatamente após a decisão *supra*, julgou parcialmente procedente o pedido apenas para condenar a ré ao pagamento de R\$ 2.060,00 e R\$ 1.880,00, relativos a duas faturas especificadas.

Agravo de instrumento: interposto contra a decisão que indeferiu a produção de provas, foi convertido em retido pelo TJ/RJ.

Acórdão: deu provimento ao agravo retido e julgou prejudicadas as apelações das partes, com a seguinte ementa:

“Comercial. Frete rodoviário. Sobrestadia. Prova dos usos e costumes mercantis. Testemunhas. Ônus do autor de demonstrar o direito costumeiro. Incidência do artigo 337 do CPC. Protesto por prova testemunhal indeferido. Cerceamento de defesa. Anulação do processo desde a audiência de conciliação. Agravo retido provido. Prejudicadas as apelações” (fls. 819).

Salientou o acórdão recorrido que *“os depoimentos testemunhais, dentro deste contexto, são imprescindíveis para o esclarecimento do costume mercantil”* (fls. 823).

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação:

a) aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, por negativa de prestação jurisdicional;

b) aos arts. 159 do CC/16, 186 do CC/02, 4º da LICC e 126 e 337 do CPC, porque não há nenhuma prova acerca da existência do costume alegado, sendo irrelevante para tanto a produção testemunhal, pois, se tal costume existisse, já estaria consolidado em regulamentos e normas afins. Além disso, não se pode argumentar pela existência de regra consuetudinária que seja ‘contra legem’, como pretende a recorrida, pois os riscos do transporte cabem ao transpor-

tador e não àquele que contrata o serviço, já evidenciado, inclusive, que não houve culpa ou dolo da recorrente;

c) aos arts. 227 do CC/02 e 248, 249 e 401 do CPC, pois a prova testemunhal é inútil, na medida em que existe proibição para prova de obrigação exclusivamente por esse meio quando o valor envolvido supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no país.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia, basicamente, a verificar se é cabível a demonstração de alegado costume comercial por meio da produção de prova testemunhal.

I. Da alegação de violação aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.

Os embargos declaratórios interpostos se basearam na alegação de que *“a determinação de anulação do processo desde a audiência de conciliação se revela nitidamente equivocada e contrária a ratio”* (fls. 847/848), o que evidencia o propósito de provocar uma ampla revisão do mérito do julgado.

As razões de especial, aliás, são em grande medida mera reiteração do quanto exposto naquela oportunidade.

Assim, não há violação ao art. 535 do CPC, pois os embargos de declaração foram utilizados, impropriamente, como sucedâneo do recurso cabível para a veiculação de irresignações de mérito.

II. Da ausência de prequestionamento.

Para que se evite futura alegação de omissão, é necessário salientar que vários dispositivos de Lei Federal foram citados, de forma esparsa e secundária, ao longo das razões de recurso especial. Po-

rém, seja pela ausência de desenvolvimento adequado dos temas a que se referem, seja pela falta de prequestionamento, não podem ser objeto de análise as citações aos arts. 212, 219, 225, 730, 749, 750, 752, 753 e 755 do CC/02, 47, 130, 283, 368, 383, 397 e 517 do CPC, assim como à MP nº 2.200-2/01.

Quanto aos dispositivos que expressamente sustentam as irrequisões formuladas, não se verifica o prequestionamento, sequer implícito, dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

III. Do uso da prova testemunhal para comprovação de costume comercial. Alegação de violação aos arts. 159 do CC/16, 186 do CC/02 e 337 do CPC.

O recorrente sustenta que *“nenhum dos portos nacionais, em seus regulamentos internos, incorporou e/ou formalizou suposto costume de o contratante pagar pela sobrestadia independentemente de sua culpa e/ou dolo”* (fls. 851).

Subjacente a tal argumento está presente, de forma nítida, a premissa de que existe um procedimento de registro por *assentamento* dos costumes comerciais e, dessa forma, estes podem ser provados pela via documental. É a partir desse ponto, na verdade, que o exame da questão controvertida deve ter início.

Atualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais (que são parte fundamental do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ao lado do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC) para *proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis*, nos termos de seu art. 8º, VI.

Essa autorização decorre de um longo desenvolvimento histórico, graças à importância que sempre foi conferida aos usos nesse ramo do direito. O Regulamento 737, por exemplo, no Capítulo relativo às provas, dedicava toda uma Seção para tratar *“Da prova dos usos commerciaes e do costume em geral”*.

Desta Seção, no que diz respeito diretamente à controvérsia, merecem destaque os arts. 218 a 222, assim redigidos com a grafia da época:

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

Art. 219. Quando sobre o uso allegado houver assento do Tribuml, a certidão respectiva basta para prova-lo, e contra elle é inadmissivel qualquer contestação que não seja sobre a identidade do caso: contra o attestado é admissivel qualquer prova.

Art. 220. Não se considera como uso commercial o costume que houver em alguma Provincia em que não ha Praça de Commercio, e neste caso regerão os usos da Praça vizinha.

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

Art. 222. O Juiz ou Tribunal que julgarem provado algum uso commercial, remetterão cópia da sentença ou decisão ao Tribunal do Commercio” (sic — retirado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm, acesso em 25.03.2009).

É de se notar, em primeiro lugar, que a expressão ‘costume geral’ contida no art. 221 não fazia referência propriamente a um costume como fonte de direito, mas a uma prática mercantil aplicada como forma de esclarecer o conteúdo de determinada cláusula contratual; a expressa menção ao art. 234 do CCom refere-se à disciplina da locação mercantil, enquanto que os ‘outros’ dispositivos de mesmo teor, são, na verdade, hipóteses de comissão e seguro conforme previstas naquele Código.

Outra situação peculiar estava contida no art. 222, segundo o qual a decisão favorável à existência de alegado uso comercial deveria ser remetida ao Tribunal do Comércio. Nessas hipóteses, a parte

inicialmente fazia uso do *atestado* citado no art. 218 – se o costume ainda não tinha sido assentado, o Tribunal do Comércio e, posteriormente, as Juntas Comerciais emitiam tal atestado a partir de informações colhidas no corpo de comércio da respectiva praça para instrução do processo judicial e, com a prolatação de uma sentença favorável àquele que alegara o costume, este ganhava força para ser registrado definitivamente.

Na mesma esteira, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1608/39) continha um Capítulo intitulado “*Dos usos e costumes*”, no qual se estipulava inicialmente que “*os usos e costumes, em geral, provar-se-ão pelos meios admissíveis em juízo*” (art. 259); porém, havia uma exceção justamente em relação aos costumes mercantis, pois a prova destes, quando relativos à praça nacional, far-se-ia “*por certidão das repartições incumbidas do respectivo registo*” (art. 260), mantendo-se, ainda, a determinação para que o juiz ou tribunal que reconhecesse a prova de uso ou costume remetesse “*cópia da decisão à repartição competente para ser registrada e arquivada*” (art. 262).

Muito além do que mera reminiscência histórica, o relevante nessa disciplina tradicional do direito brasileiro é notar que, ao contrário do quanto alegado pela recorrente, não se atribui competência à *autoridade portuária* para o assentamento de eventual costume ligado ao transporte terrestre de bens.

A alegação da recorrente, portanto, no sentido de que não existe incorporação, em regulamento portuário, de qualquer norma consuetudinária a respeito da distribuição de responsabilidade pela ‘sobrestadia’ na descarga de mercadorias está desfocada no aspecto fático – dado que é uma mera contingência ter ocorrido tal atraso no procedimento de descarga em determinado porto, pois o cerne da controvérsia se refere a suposto inadimplemento de contrato de transporte terrestre. E o mesmo se conclui, aliás, quanto no aspecto jurídico, na medida em que a atribuição para assentamento de uso mercantil pertence às Juntas Comerciais, tanto pela Lei atual quanto pela tradição.

De qualquer sorte, se porventura tal conexão entre o atraso na descarga de mercadorias destinadas ao posterior embarque marítimo e os regulamentos portuários realmente existisse, ainda assim não seria possível conhecer da irresignação nestas bases, pois as razões de especial tornar-se-iam deficientes justamente por um dos defeitos que a recorrida pretende imputar ao acórdão recorrido – qual seja, a necessidade de demonstração efetiva do direito consuetudinário, nos termos do art. 337 do CPC, assunto ao qual se retornará mais adiante.

Admitindo-se, porém, que a citação expressa, por parte da recorrente, a ‘regulamentos portuários’ é circunstância acidental que não prejudica a ampla análise jurídica da questão, é possível avançar no tema, retomando-o a partir do quanto dispunha o art. 218 do Regulamento 737, no sentido de que o assento do costume no antigo Tribunal do Comércio (hoje realizado pelas Juntas Comerciais), quando existente, deve fazer ‘prova plena’. Nesse sentido, J. X. Carvalho de Mendonça já mencionava que *“se os usos comerciais constam de assentos e o juiz os conhece, tem a obrigação de aplicá-los, ainda quando não invocados pelos litigantes”* (“Tratado de direito comercial brasileiro”. Campinas: Ed. Russel, 1ª Edição, Vol. 1, 2006, p. 210).

Em tal circunstância, portanto, a prova documental do costume, consubstanciada no registro de assentamento, efetivamente tornaria despicenda qualquer intenção de produção de prova testemunhal a respeito.

Continua o mesmo autor, porém, esclarecendo que *“se (...) os usos não se acham assentados, o juiz não tem o poder de aplicá-los ao caso concreto, sem que os litigantes os aleguem e provem na forma da lei. Os usos, neste caso, são fatos incertos; falta-lhes a homologação oficial. Tanto mais necessária é a prova, quanto é certo que os juízes das causas comerciais não são especialistas, mas formados em direito, e na quase unanimidade ignorantes da vida mercantil”*.

Nesse ponto, verifica-se faltar sustentação para a argumentação desenvolvida nas razões do especial também em um plano mais substancial, pois há certo desvio de perspectiva na afirmação de que

só prova documental demonstra costume comercial, quando na verdade o que ocorre, historicamente, é uma atribuição de valor especial à prova assim constituída *a partir do assentamento*, na medida em que a existência do costume adquire foros de incontestabilidade a partir da chancela do órgão competente.

Ora, ao contrário do que indica a recorrente, afirmar-se que o assentamento esclarece definitivamente a respeito da existência de um costume não é o mesmo que afirmar ser tal registro a única prova admitida para tanto.

É evidente que nem todo costume comercial existente estará assentado antes que surja uma oportunidade para que seja invocado em juízo, pois o uso necessariamente nasce na prática comercial e depois se populariza nas praças comerciais, até chegar ao ponto de merecer registro pela Junta Comercial. A tese defendida pela recorrente, na verdade, simplifica demasiadamente a questão, pois, ao exigir-se sempre a existência do assentamento – e, conseqüentemente, de prova documental – como condição para defesa de direitos com base no uso mercantil, ignora o lento processo de desenvolvimento social da norma consuetudinária que é a ela inerente – como se o costume devesse ser primeiro oficializado, para depois ser obedecido.

Nesse sentido é bem clara a lição de Waldemar Ferreira, segundo o qual as Juntas Comerciais, no ofício relativo ao assentamento,

*“Não criam normas jurídicas. Simplesmente as revelam. Nascem elas e entram a executar-se. Ao depois elas [as Juntas] as recolhem e assentam. Por via de seus assentos é que elas se comprovam em juízo. **Quando não registradas, provam-se por atestados de comerciantes. Ou por outros meios probatórios, como o testemunhal**” (“Tratado de direito comercial”. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. 1, p. 435 – sem grifos no original).*

A posição defendida pela recorrente levaria à restrição da utilização do costume mercantil como fonte subsidiária do direito ape-

nas àquelas hipóteses já extremamente conhecidas na mercancia; porém, como estas situações, justamente por serem estratificadas, não geram conflitos entre os comerciantes, cria-se um círculo vicioso que afasta totalmente a utilidade do uso mercantil para o debate jurídico.

Retomando o tema já a partir do art. 337 do CPC, Rubens Requião, após ressaltar, na esteira de J. X. Carvalho de Mendonça, que o juiz pode aplicar diretamente um costume comercial se dele tiver conhecimento, salienta, em trecho que tem completa aplicação à presente hipótese, que:

*“Se, contudo, for necessário efetuar a prova, duas hipóteses podem ocorrer: ou o uso comercial já foi invocado anteriormente em juízo e aplicado, ou tal circunstância não ocorreu. Na primeira hipótese competirá à parte, simplesmente, obter uma certidão da Junta Comercial, onde, o registro do uso, mediante comunicação do juiz, deveria ter sido feito, em assento em livro próprio; na segunda, deve ser ele provado por quaisquer meios idôneos em direito admitidos, **inclusive por depoimentos tomados de comerciantes de conceito e experimentados no negócio**”* (“Curso de Direito Comercial”. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 1º vol., 2007, p. 31 – sem grifos no original).

Ora, a pretensão acatada pelo acórdão, contra a qual se insurge a recorrente na hipótese, é ouvir justamente os representantes comerciais das duas partes.

Superada essa primeira objeção ao acórdão recorrido, sustenta ainda a recorrente, no mesmo contexto, que, uma vez admitida a possibilidade de comprovação da existência do citado uso mercantil, haveria ainda óbice decorrente de sua patente natureza contrária à Lei, pois *“no presente caso não há culpa ou dolo da ré”* (fls. 851), cabendo ao transportador suportar os riscos relativos à sua atividade econômica.

A alegação, na verdade, tem apoio no quanto decidido pela sentença de fls. 667/671, que analisou o mérito e julgou improcedente o pedido inicial; inicialmente, porém, é de se notar que a procedência do agravo retido da recorrida gerou a *cassação da sentença*,

com a reabertura da fase instrutória. Não é possível, portanto, fazer uso desta como argumento de autoridade, pois a eficácia do julgamento monocrático está, no momento, condicionada ao destino do próprio recurso especial.

De qualquer sorte, o que a recorrida pretende provar neste momento é, tão somente, **a existência do costume** e este, na visão de Waldemar Ferreira, é a *norma jurídica* oriunda dos atos e fatos comerciais reiteradamente praticados (Ob. Cit., p. 426/427). Portanto, a recorrente está adiantando questões sequer examinadas pelo TJ/RJ, na medida em que o Tribunal de Justiça nada discorreu sobre o mérito da controvérsia; trata-se, por ora, apenas de decidir se existe um costume, ou seja, se é possível reconhecer uma norma jurídica supletiva que pode incidir como proposição hipotética para o posterior exame da matéria.

Da simples constatação da existência do costume não se extrai automaticamente, como parece crer a recorrente, a responsabilidade desta em face dos atrasos. Apenas fica constatada a existência de uma norma especial que deve ser levada em consideração para o passo posterior, quando, aí sim, analisar-se-á a responsabilidade de cada uma das partes pelos eventos ocorridos.

O costume, se efetivamente vier a ser provado, poderá vir a ser usado na solução do litígio como regra jurídica; mas a efetiva atribuição de responsabilidades a uma ou a outra parte depende de tarefa posterior, que é a verificação da perfeita subsunção do suporte fático a tal comando (nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 2008, p. 43 e ss.), não havendo, a rigor, diferença ontológica nesse processo de adequação, quer tenha a norma origem legislativa ou consuetudinária.

Em resumo, se efetivamente provado o costume, não 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.

Até lá, existem várias hipóteses que estão sendo desconsideradas pela recorrente, pois no futuro pode o juiz não se convencer, simplesmente, de que o alegado costume existe; pode, ainda, convencer-se de que se trata de um simples *bábito mercantil*, prática que tem alcance muito mais reduzido, segundo a lição de Bento de Faria, pois observada por “*condescendência, tolerância, liberalidade ou admitidas por negligência*”, quando, mesmo “*praticando êsses atos, ainda que com uniformidade e constância, não tem o comerciante a persuasão de executá-los para satisfazer obrigação jurídica*” (“Direito comercial. Do comércio em geral – parte primeira”. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F^o Ed., 1947, fls. 120/121).

Há, ainda, uma terceira vertente do problema, que se desenvolve a partir da afirmação da recorrente no sentido de que um costume ‘contra legem’ não pode regular determinada situação jurídica mercantil.

Tal posicionamento não é óbvio e nem é admitido com tamanha uniformidade, como sustenta a recorrente. Rubens Requião, por exemplo (Ob. Cit., p. 30) considera que tal assertiva

“deve ser tomada (...) em termos, pois na lei comercial há que se distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes. 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. Verificando 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”.

Portanto, seria necessário ir além na discussão para, em primeiro lugar, estabelecer a qualidade das normas que a recorrente pretende violadas com a adoção do suposto costume.

Nesse ponto, o que atrai a atenção é notar que a recorrente, na esteira da sentença, se apóia na regra genérica de responsabilidade civil prevista no art. 159 do CC/16 para afirmar o caráter ilícito do suposto costume – pois, muito embora tenha feito menção aos arts. 730 e ss. do CC/02, que tratam do contrato de transporte, estes não podem ser analisados, seja porque, conforme visto no item I *supra*, falta o prequestionamento e o desenvolvimento adequado do tema, seja porque, até onde é possível verificar pelas faturas de prestação de serviços juntadas aos autos, as relações jurídicas se deram por um período continuado entre agosto e novembro de 2002, quando o Novo Código Civil ainda não estava em vigor.

A matéria, portanto, está colocada nos termos de um alegado conflito existente entre o dito costume comercial e uma norma bastante genérica de direito civil prevista do CC/16 – talvez a norma-base do direito civil por excelência, diga-se.

Diante desse quadro, a questão toma novo foco, pois não se trata apenas de discorrer sobre a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também a respeito das possibilidades que se desenvolvem a partir do suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial – quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao ‘*neminem laedere*’ romano.

O problema do conflito entre a lei civil e o costume mercantil como fontes subsidiárias do Direito Comercial ocupou em demasia os doutrinadores, durante a vigência do CC/16 e do CCom, pois este dava prevalência à lei civil, ao contrário do que indicava a tradição italiana e de vários outros países, onde os usos prevaleciam sobre o direito comum nas questões comerciais. Tanto que Carvalho de Mendonça qualificava de ‘indefensável’ a opção legislativa brasileira (Ob. Cit., p. 195 e ss.), acabando por defender expressamente que

“os usos comerciais, não obstante, podem ser contrários às leis civis, desde que estas não sejam por Lei comercial expressamente aplicáveis

à matéria mercantil. As leis civis não bastam para a tutela dos interesses comerciais; os usos suprem essa deficiência e evitam o conflito entre tais leis e as exigências da vida contratual” (p. 201).

No mesmo sentido, Bento de Faria (Ob. Cit., p. 128), segundo o qual *“as normas civis pouco adequadas a satisfação das exigências do comércio não podem prevalecer sobre os usos mercantis que se formaram justamente para completar a norma comercial codificada”*.

Portanto, no contexto em que colocada a discussão – qual seja, no embate entre costume mercantil e art. 159 do CC/16 – a primeira conclusão a ser firmada indica que é impossível abordar o tema de forma lacônica, conforme pretendeu a recorrente em suas razões, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume em face de qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia.

E ainda que admitida a premissa anterior acerca da absoluta prevalência teórica da lei civil sobre o suposto costume, seria, também, estritamente necessário demonstrar com algum rigor que o art. 159 do CC/16 efetivamente tem algo a acrescentar na análise jurídica do problema enfrentado – obrigação da qual a recorrente não se desincumbiu minimamente. Conforme já salientado, ainda não se chegou ao ponto de se verificar a eventual existência de culpa de alguma das partes, pois a controvérsia se mantém, exclusivamente, no campo relativo à definição da norma jurídica aplicável na regulação de uma especificidade vivenciada no inadimplemento de um tipo definido de contrato.

Em resumo, o ponto fica prejudicado pela incidência da Súmula nº 284/STF.

As linhas gerais da definição do problema acima expostas talvez pudessem ser pensadas de forma diversa a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pois este unificou o Direito Privado,

fato que pode indicar a necessidade de uma nova interpretação da questão das fontes secundárias do Direito Comercial; porém, tal discussão, conquanto interessantíssima, não se enquadra nos limites deste processo, graças às limitações fático-temporais já explanadas.

IV. Da limitação pecuniária ao valor da obrigação a ser provada por testemunhas. Alegação de violação aos arts. 227 do CC/02 e 248, 249 e 401 do CPC.

O desenvolvimento do tópico anterior, em grande medida, é suficiente para afastar também esta última alegação, pois, conforme visto, o acórdão recorrido se limitou a analisar o acerto de decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal em agravo retido, como antecedente lógico das questões devolvidas por força das apelações interpostas.

No momento, portanto, representaria verdadeira antecipação de juízo de mérito a pretensão de obter provimento que analise a alegada insuficiência das provas colacionadas pela autora, agora na perspectiva da inexistência das obrigações que são alvo do pedido de cobrança. Recorde-se que tal tema foi, efetivamente, abordado pela sentença já proferida apenas porque esta superou a questão da prova do costume; porém, esta se encontra com os efeitos suspensos pelo provimento do agravo retido interposto perante o TJ/RJ e, mantido tal acórdão, voltar-se-á à fase instrutória.

Cabe consignar, portanto, que são irrelevantes, para a hipótese, as normas que limitam a possibilidade de prova exclusivamente testemunhal a partir de certo parâmetro econômico, pois as apelações interpostas para reforma do mérito da sentença sequer chegaram a ser analisadas pelo TJ/RJ, conforme claramente se depreende do dispositivo do acórdão a fls. 824.

Forte em tais razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial, mas, na parte conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS):

Senhor Presidente, também faço minhas as palavras de V. Exas. Que me antecederam; aliás, sempre soube que a Sra. Ministra Nancy Andrighi é uma grande especialista em Direito Civil e constato, hoje, que, além do mais, é uma grande especialista em Direito Comercial. Com a citação de Waldemar Ferreira e outros grandes doutrinadores, S. Exa. esgotou a matéria envolvida nesse ponto até um certo momento difícil, que traduz os problemas de usos e costumes comerciais.

Assim, acompanho integralmente S. Exa., a Sra. Ministra Relatora, conhecendo parcialmente do recurso especial, mas negando-lhe provimento.

Ministro VASCO DELLA GIUSTINA

(Desembargador Convocado do TJ/RS)

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Sr. Presidente, eminentes Ministros, eminente advogado e eminente Procurador, hoje, nesta sessão do dia 12 de maio, tivemos a oportunidade de ouvir grandes temas doutrinários que foram desfilados no voto bem lançado do Sr. Ministro Paulo Furtado, que diverge do meu entendimento, mas nem por isso irrespeitável, em que S. Exa. fala sobre o diálogo das fontes do Direito.

E, agora, temos a oportunidade de ouvir, novamente, o bem elaborado, percuciente e didático voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que se refere, já agora, das fontes do Direito e os costumes como fonte e, nesse caso, embora se utilize a expressão “costume”, esse

costume não entra no sentido da fonte como se poderia pensar. Na verdade, são usos e costumes do Direito Mercantil, assegurado, inclusive, no Regulamento nº 737. Já naquela oportunidade se falava que os costumes mercantis da praça de comércio deveriam estar consignados em éditos, em atos, de forma em que pudessem ser corporificados.

Há, até, um momento muito interessante nesse trabalho, uma verdadeira peça doutrinária que S. Exa., a Sra. Ministra Nancy Andrighi, oferece à comunidade jurídica brasileira. Eu até já havia recebido esse voto previamente, com uma recomendação expressa para dar conhecimento a todos os assessores do meu Gabinete, por se tratar de um caso muito importante, essa visão global que tem que se ter do Direito.

E não tenho nenhuma outra questão a levantar nesse brilhante voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi. Se a distribuição da relatoria tivesse caído para mim, talvez eu tivesse parado só no primeiro tópico, mas S. Exa. vai além; indo além, até aventa uma hipótese de que a luz do Código de 2002 pudesse dar uma nova interpretação à questão das fontes do Direito, porque o Código Civil, hoje, englobou o Código Comercial. Então, na verdade, o vetusto Código de 1850, o Regulamento nº 737 e outras tais, como hoje estamos assistindo, são um monumento do Código Civil de 2002.

Também louvando o trabalho do eminente Advogado, que procurou demonstrar a excelência do seu posicionamento, mas este trabalho da Sra. Ministra Nancy dignifica a Corte em si, graças a esse trabalho minucioso, de muita responsabilidade, que procura deixar para o corpo social o resultado da atividade institucional do Tribunal, que é orientar os Tribunais na aplicação da legislação infraconstitucional, uniformizando uma jurisprudência.

Acompanho o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, conhecendo parcialmente do recurso especial, e negando-lhe provimento.

Ministro MASSAMI UYEDA

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA):

Sr. Presidente, queria apenas, também cumprimentando o jovem Advogado pelo seu trabalho, dizer que hoje foi um dia especial nesta Turma.

O voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, realmente, merece uma especial publicação mas também o voto de V. Exa. sobre as Sessões, vou relê-lo, porque realmente é um trabalho de fôlego.

Acompanho inteiramente o entendimento da Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecendo parcialmente do recurso especial, mas negando-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2006/0175650-4 **REsp 877074 / RJ**

Números Origem: 16920 20040010405340 200500116920
200513512191 200600671520 200613701783

PAUTA: 12/05/2009 JULGADO: 12/05/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SIDNEI BENETTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA
S/A

ADVOGADOS : ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO E OU-
TRO(S)

LUÍS SÉRGIO SOARES MAMARI FILHO E OUTRO(S)

MARCELLO MEDEIROS DE CASTRO

RECORRIDO: TRANSCOCAMAR TRANSPORTES E COMÉR-
CIO LTDA

ADVOGADO: ALEXANDRE OLIVEIRA DE FARIA

ASSUNTO: Comercial

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO, pela parte RE-
CORRENTE: SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o pro-
cesso em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte
decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso es-
pecial mas negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Minis-
tra Relatora.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de maio de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

Secretária