

O COSTUME NO DIREITO

Jônatas Luiz Moreira de Paula *

Resumo

É inegável a importância do costume no direito moderno. De fato, é a sociedade quem cria e derroga o direito. Ele é sua fonte de inspiração. Na prática desempenha tríplice papel: o de justificar a existência do costume; o de dominar o costume quando o submete à doutrina; e o de utilizá-lo como complemento de lacunas existentes na lei.

Abstract

It's undeniable the importance of the custom in the modern law. Actually, it's the society which creates and annuls the law. It's its source of inspiration. In the practice it develops triple role: the role of justify the existence of the custom, the role of rule the custom when submit it to the doctrine, and the role of use it as complement of the extant gap in the law.

Introdução

Relevante o papel do costume no direito moderno. Conceituado como o uso reiterado pelo povo, com a consciência de cumprir e criar comandos, observado, em regra, ao longo do tempo¹, o costume assenta-se na concepção sociológica do direito - se é que é possível diferenciar o direito da sociologia e da política.

O costume decorre dos movimentos sociais, tendo como núcleo fundante a racionalidade humana. Uma discussão adequada sobre o tema pode ser encontrada em Kant e Schopenhauer², estudiosos da evolução dos movimentos sociais. A tematização do assunto pelos autores citados, recorre ao início da história humana, quando o ser humano se distinguiu dos demais seres vivos em razão da sua intelectualidade e de sua capacidade de organizar, comandar e interagir relações humanas³.

Modernamente, a despeito da evolução técnica do direito⁴, de todo aparato tecnológico e da dinâmica legislativa, o costume possui importante papel na esfera jurídica. Decorre do discurso legitimador do direito positivo e, quando coeso, do costume e da lei escrita.

* Doutorando pela UFPR. Docente da UNIPAR

1 Jônatas Luiz Moreira de Paula. O costume no Direito. Campinas: Bookseller, 1997: 143.

2 Idem, Capítulo I.

3 Idem, Capítulo II.

4 É possível conferir status de ciência à introdução de técnicas jurídicas, ainda mais oriundas de países estrangeiros? Isso é uma indagação, não uma conclusão.

Deles advém a eficácia da norma, sua maior aspiração.

Mas, não se deve examinar o costume à luz da mítica do estado, posto que, serviria de fundamento às ditaduras ou aos períodos de exceção, com forte apoio do direito natural - restando saber se o direito natural realmente apóia aqueles movimentos.

Difícil também é examinar o costume em relação à ideologia do estado. Não é papel do costume por-se a serviço da manutenção do *status quo* em prol de classes privilegiadas. O papel desalienador do estado insere-se no contexto social, freando movimentos sociais, núcleo dos costumes.

Por fim, o costume também não pode ser examinado diante da dogmática jurídica que o comprime a um mero papel secundário, transformando a sociedade, palco de lutas e conquistas, numa arena vazia e despida de combatentes. Uma reformulação da dogmática jurídica, a ponto de incluir a “sociedade” como criadora e derogadora do direito, como adiante se propõe, é a saída para uma visão moderna do costume e do direito.

Assim, em clara oposição ao conservadorismo histórico, onde se contemplam os heróis da epopéia social, sem contudo resolver o drama humano, é preciso resgatar, tanto a nível filosófico, como a nível jurídico, a *philosophia perennis*, direcionada aos avanços das ciências sociais.

Por isso, concorda-se com FERNANDO COELHO (1997), que a Teoria Crítica do Direito:

*(...) constitui uma tentativa inicial de formulação de teses abertas ao debate e enriquecimento, uma reunião inicial de novas categorias para pensar, repensar construir e reconstruir a sociedade, valendo do espaço jurídico, que é o nosso campo de ação como membros de uma sociedade.*⁵

Inicia-se este ensaio com a observação do papel dos costumes na dogmática jurídica, passando pelo discurso da legitimidade do direito, para ingressar

no papel do costume contra *legem* no Terceiro Milênio.

1. Funções do costume

O costume constitui-se numa fonte inspiradora do legislador, fonte suplementar diante das lacunas da lei e fonte de interpretação da lei.

a) Se o Direito se vale do contexto social para justificar sua existência, então o costume vem a ser o melhor caminho para exprimir o Direito.

Sendo assim, encontra-se no costume três funções primordiais: a função de inspirar o legislador; a função de complementar a lei diante de lacunas; e a função de interpretar a norma legal.

b) Quando o costume é transformado em lei escrita, a doutrina denomina costume *secundum legem*.

Porém, com acerto EDUARDO MANSO (1997), ao criticar essa nomenclatura, ao afirmar que inexistente costume “conforme a lei”, mas, sim, existe a própria lei.⁶ Nesse caso, é preferível intitular lei *secundum consuetudinem*.⁷

Mas, com certeza, a lei *secundum consuetudinem* é um retrato legal de uma conduta social. O casamento, o contrato, o direito à herança, são os grandes exemplos de costumes transformados em leis.

c) A outra função do costume é a sua utilização como fonte suplementar diante das lacunas da lei, pois na ausência de conhecimento legal sobre determinado fato, o legislador preferiu adotar o sistema jurídico semi-aberto, com a utilização de outros mecanismos para solucionar a lacuna da lei.

Urge esclarecer três as fases do direito brasileiro sobre os mecanismos de suplementação do direito das lacunas da lei. A primeira fase foi de 1916 até 1942, período de vigência da Lei nº 3.071/16, pela qual determinava no seu artigo 7º, a aplicação da analogia e dos princípios gerais do Direito para solução

⁵ Luiz Fernando Coelho. A Teoria do Direito na Pós-Modernidade. Comunicação apresentada ao XVIII Congresso Mundial da Associação de Filosofia do Direito e de Filosofia Social, La Plata - Buenos Aires, 10 a 15/08/97.

⁶ Eduardo J. V. Manso. O Costume Jurídico. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, v. 522, p. 23.

⁷ Jônatas Luiz..., O Costume do Direito, ob. cit., p. 166.

das lacunas da lei.

Sustentava CARVALHO SANTOS (1958), que os costumes estavam implícitos nos princípios gerais do Direito⁸. O artigo 113, n° 37, na Constituição Federal de 1937, apenas acrescentou a equidade como mecanismo de suplementação da norma legal. Não havia previsão expressa do costume, mas com a promulgação do Decreto-lei n° 4.657/42, a vigente LICC, consagrou os costumes como mecanismos de complementação do direito diante das lacunas da lei (artigo 4°).

Posições semelhantes obtiveram-se em diversos diplomas legais subseqüentes, como o artigo 8° da CLT; artigo 126 do CPC; e artigo 7° do CDC. A prova da existência do costume encontra-se regulada do CPC (artigo 337).

Mas ventos de modernidade devem soprar no direito brasileiro. A terceira fase, ainda embrionária, decorre do anteprojeto da Lei Geral de Aplicações das Normas Jurídicas, de autoria do Prof° Haroldo Valladão, em trâmite no Congresso Nacional, que permite a discussão dos mecanismos de suplementação do Direito.

Assim, aproveitando-se do momento em que se discutem os mecanismos de suplementação das lacunas da lei, propõe-se a introdução de métodos diretivos do juiz; primeiro, identificando a existência do costume, para posterior aplicação de outros mecanismos⁹. O método é direito porque, como indica a própria palavra, direciona a atividade julgadora do juiz a investigar a existência do costume, para, depois, aplicar outros métodos, quando ausente o costume.

d) A terceira função do costume é o de interpretar a norma legal, condizente com a realidade legal.

Explica-se em razão da técnica utilizada pelo legislador brasileiro, o da adoção do sistema semi-

aberto, isto é, de possibilitar outras fontes de conhecimento jurídico além da norma legal, o costume passa ser instrumento de interpretação da lei, atividade qualificada como costume integrador.

O Código Civil prevê várias hipótese em que costume tem como missão determinar o conhecimento e extensão do preceito legal, tal como ocorre com o artigo 395, III, que prevê a perda do pátrio poder, quando forem praticados atos contrários aos bons costumes; o artigo 1.192, II, que trata do pagamento do aluguel conforme local na falta de ajuste expresso etc.

O Código Comercial não difere do Civil, podendo ser exemplificado os artigos 130, 234, 305, etc.

No Código Penal, o costume não serve para estipular fato típico, mas para verificar a extensão do preceito proibitivo, como o conceito de mulher honesta.¹⁰

2. O discurso da legitimidade do Direito, através da posituação dos costumes

a) A concepção do Estado de Direito com o advento da Revolução Francesa, marcou a supremacia dessa forma de organização social, em detrimento das formas até então praticadas durante a Idade Média.

Coube à dogmática jurídica erigir os pressupostos ideológicos do Direito Moderno, porque, segundo Luiz Fernando Coelho, *foram, ao longo da história, inculcada no inconsciente coletivo e incorporada definitivamente à ideologia do direito.*¹¹

São pressupostos ideológicos do Direito a mitificação do Estado e das instituições, posto que, como realidade imaginária construída pela ideologia,

8 J. M. Carvalho Santos. Código Civil Interpretado. V. I 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1958: 105-106.

9 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 225. Eis a proposta legislativa: "Art. 6°. O juiz e as autoridades não se exprimem de despachar ou providenciar, por ser a lei silenciosa, obscura ou ambígua. Nestes casos, aplica-se o Direito Costumeiro. Na falta do Direito Costumeiro, aplicam-se a analogia, as normas estabelecidas pelos indivíduos e pelas pessoas jurídicas em atos, contratos, convenções coletivas, estatutos, regimentos, que não ofendam a norma pública (art. 12 desta lei); os princípios gerais de Direito; a jurisprudência assente e a doutrina aceita, comum e constante, dos juristas".

10 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 282-299.

11 Luiz Fernando ..., A Teoria Crítica..., ob. cit.

realiza atos e comandos, empiricamente transformados que interferindo no dia-a-dia do indivíduo; a noção de ordem jurídica como elemento permissivo da convivência social e o apoio fornecido pelos princípios gerais do direito.¹²

b) Dos pressupostos ideológicos do Direito sobressaem princípios relacionados com um ser, existente e eficaz. O princípio da positividade axiológica do direito determina que o ser jurídico possui uma característica valorativa, do bem e do mal, do certo e do errado; o princípio da cientificidade do direito afirma que o direito como resultado de um trabalho científico, portanto, ideologicamente neutro; conseqüentemente surge o princípio da neutralidade ideológica do direito, que leva o direito a perseguir valores sociais máximos, como democracia, progresso, justiça, paz, segurança, ordem, cooperação etc; o princípio da unidimensionalidade do direito, que afirma que o direito é somente um, não havendo espaço para outras formas de manifestação senão o positivamente consagrado; o princípio da estatalidade do direito, que preconiza ser esse direito único e produzido pelo Estado; o princípio da racionalidade do direito, corolário do cientificismo jurídico, afirmando que o direito é objetivamente racional, resultado de uma estrutura analítica objetiva.¹³

Desses princípios destaca-se o da racionalidade do direito por ser a norma jurídica resultado de um ato de observação social do legislador. Assim, a legitimidade do direito decorre da recepção dos princípios do Direito Natural, princípios gerais do Direito, noções de ética, moral, justiça, valores sociais e religiosos, sem os quais, a norma desprovida repugna o senso comum de justiça e é tachada de ilegítima.¹⁴

c) Assim, a atividade do legislador, definida por Miguel Reale como nomogênese jurídica, resulta da recepção dos costumes e valores sociais e transformá-los em norma legal.

O direito estatal é legítimo por que está adequado com a realidade social; a realidade social adequa-se ao direito, porque este a retrata pelas normas legais. É um círculo vicioso, sendo que a legitimidade do direito decorre da relação linear lei-contexto social.

4. A admissibilidade do costume contra a lei como forma de democracia participativa

a) Numa visão crítica do direito, a partir da ruptura do saber dogmaticamente acumulado, para recriar o pensamento jurídico e readequá-lo à sede social - de onde surgiu - verifica-se que o papel do costume contra a lei no direito pós-moderno tem a nítida função de exercitar a democracia participativa.

b) Conhecido também como costume *abrogatorio*, o costume contra a lei caracteriza-se como a prática social em contrariar normas escritas, cuja admissibilidade é polêmica entre os estudiosos.¹⁵

No entanto, o artigo 4º do já mencionado anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas confere ao costume a possibilidade de revogar a lei escrita. Sustenta o Profº Haroldo Valladão que: *Há muitos anos que defendemos em aulas e trabalhos essa participação tão justa e necessária, e sobretudo democrática, do direito popular autêntico em nossa ordem jurídica. Ainda, recentemente, reproduzimos tal modo de ver, destacando ser o costume 'fonte mui relevante'... revelando a tradição e a opinião pública espontânea e vigorando através da jurisprudência (...). Reconhecemos, apenas, ao povo, diretamente, aquilo que os seus representantes deixaram de fazer: mudar uma lei absolutamente incompatível com a opinião geral do país.*¹⁶

c) Em termos, o costume contra a lei exerce

12 Luiz Fernando ..., A Teoria Crítica..., ob. cit.

13 Luiz Fernando ..., A Teoria Crítica..., ob. cit.

14 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 138-139.

15 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 168-173.

16 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 217.

dupla função: derrogar o direito estatal e, na seqüência, estabelecer novo comando. Veja-se, pois, que o costume contra legem atua como fonte do conhecimento jurídico, seja derrogando o direito escrito, seja inspirando o legislador.

A admissibilidade do costume contra legem decorre da democracia participativa pela qual confere à sociedade a oportunidade de participar da administração do Estado e da formação do Direito.

Outros exemplos de democracia participativa são o referendo, a iniciativa popular e o instituto do recall, que é um típico exemplo do direito de revogação.¹⁷

d) Desta forma, com a admissibilidade do costume contra legem, quebra-se a idéia da estatalidade do Direito, posto que expressamente fica reconhecido o pluralismo jurídico, pois, segundo WOLKMER (1994):

*As novas exigências, necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos fragmentados, tensos e desiguais, envolvendo classes, grupos e coletividade importam na utilização de novos procedimentos, novas formas do agir comunicativo e do entendimento. É nesse interregno que aparecem novas identidades coletivas capazes de introjetar direitos que não passam nem pela positivação estatal nem pelas instituições representativas convencionais. Trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável. A validade e eficiência desse 'Direito Comunitário', que não se sujeita ao formalismo ahistórico das fontes tradicionais (lei escrita e jurisprudência dos tribunais), está embasado nos critérios de uma nova legitimidade gerada a partir dos valores, objetivos e interesses do todo comunitário, e incorporado através da mobilização, participação e representação dos movimentos sociais.*¹⁸

Assim sem outra alternativa, defere-se aos movimentos sociais, o papel de fonte do Direito, não estatal, geradora de direitos comunitários e emergentes.¹⁹

e) Integram dois exemplos de costumes contra legem que hodiernamente adquiriram status de "direito subjetivo" o concubinato e o direito de greve. Como exemplos atuais têm-se as invasões de terrenos e fazendas, a reunião de pessoas para criar grupos de segurança.²⁰

Tais condutas, a despeito do Direito estatal em promover as reformas urbanas e agrária e conferir segurança aos cidadãos como atividade oficial, criam-se à margem do Poder Público para atendimento das necessidades urgentes, uma vez que, o serviço estatal restou ineficiente.

Desta forma, é inegável a admissibilidade do pluralismo jurídico, sobretudo do costume contra legem, como forma de realização da democracia participativa.

Conclusão

Assim, diante da realidade política do Estado brasileiro, mormente com o fim da utopia comunista e com a falência do Estado do Bem Estar Social e com o modelo de ação pública diminuindo a cada hora, percebe-se que o Direito estatal declaradamente não conseguiu cumprir com as suas finalidades.

A realidade social no prenúncio do Terceiro Milênio mostra a sociedade brasileira como sendo uma sociedade consumista, liberal e massificada, porém ainda sustentando várias injustiças sociais, como a concentração de rendas, analfabetismo e precariedade do sistema de saúde.

Diante desse quadro, que somente se modificará com o Direito, é plausível incrementar uma atuação mais dinâmica dos costumes, ao fito de acelerar as conquistas sociais.

Pois, somente assim, poderá dizer que o direito provém do povo.

17 Cf. Pinto Ferreira. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. V. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983: 198-202.

18 Antonio Carlos Wolkmer. Pluralismo Jurídico. São Paulo: Alfa Omega, 1994: 104.

19 Antonio Carlos..., ob. cit., p. 142.

20 Jônatas Luiz..., O Costume no Direito, ob. cit., p. 313-318.