

DIREITO INSTINTIVO — O COSTUME

J.M. OTHON SIDOU

SUMÁRIO: O uso arraigado (1-2); Influência do costume no direito (3-4); Na legislação comparada (5-6); No direito brasileiro (7); O costume em face da lei (8); Costume secundum legem (9); Costume contra legem (10-13); Costume praeter legem (14); Elisão do costume (15-16).

O uso arraigado

1. No concerto da ordem jurídica, lei e costume sinonimizam, porém divergem quando se cuida exclusivamente do direito legal. Neste, por ser atividade exclusiva do Estado, o costume não se integra, embora com a lei coexista, tanto que, nas regras de interpretação jurídica, é chamado a suprir a lei omissa em qualquer grau hierárquico (Lei de Introdução, art. 4°).

Direito costumeiro, ou consuetudinário, é o conjunto de preceitos não escritos, formados instintivamente por um grupo social e cuja obediência faz-se obrigatória para todos os indivíduos daquele grupo.

Para falar em direito costumeiro é imprescindível deduzir o comportamento do homem na sociedade, a fim de distinguir o que é hábito no limite individual e o que é costume no âmbito jurídico. Então, verificar-se-á, na companhia de Jhering, a ocorrência de uma evolução que, partindo do modo de agir não obrigatório de um indivíduo, torna-se *hábito* não obrigatório por imitação dos demais indivíduos e encerra o ciclo fazendo-se *costume* obrigatório, ou seja, um uso que, por oferecer direitos e exigir deveres, passa a integrar a ordem jurídica.

Se a maneira de agir do indivíduo obtém imitação geral, torna-se hábito; se a este se acrescenta a imposição do uso, ou a obrigação de ser seguido por todos os indivíduos, o hábito transforma-se em costume; e se a obrigatoriedade

social transforma-se em obrigatoriedade jurídica — isto é, se é possível evocá-la sempre para efeito de fazer respeitar direitos e reciprocamente exigir obrigações —, então ter-se-á o *direito consuetudinário*.

Não é o costume, por si, um direito; direito é a consequência que dele dimana, de ter cumprimento obrigatório. Conseqüentemente, não é o costume em si, como não seria o hábito em si, o que se evoca para suprir a omissão do direito legal, porém o costume socialmente obrigatório.

Não podem ter cumprimento obrigatório os costumes que se apartam da moral, e por isto não formam direito. Também não o formam os que importam em benignidade, e são voluntários. Tampouco, os hábitos anti-sociais convertem-se em costume tutelado pelo direito.

A universalidade do costume é de índole restrita, ou localista, e neste sentido o direito o entende, tal como fazem os códigos civis italiano, arts. 1.084 e 2.924; espanhol, art. 6º, e suíço, art. 5º. No vigente Código Civil brasileiro, o costume prefigura nos arts. 569 (II), sobre a locação de coisa; 596, sobre prestação de serviços; 615, sobre empreitada, e 1.297 § 1º, sobre o direito de tapagem — preceitos, todos, repetidores do estatuto de 1916.

2. A repetição tácita (consenso) e a duração (tempo) constituem apenas elementos aparentes, ou extrínsecos, do costume. É verdade que, sem a repetição e a duração não se forma costume, porém a ausência de um desses elementos não invalida o fato de que um comportamento não diuturno e somente repetido a largos espaços de tempo, ou que não for veterano e somente tenha repetição desde época menos longeva, deixe de perfazer costume. O que o caracteriza é constituir a manifestação, consciente ou instintiva, da vontade social.

Quanto ao tempo, é notório que hábitos recentes e na exclusiva dependência de sua penetração constituem arraigado costume. O costume de “fazer fila” indiana, sempre que uma aglomeração de pessoas movidas por um mesmo interesse em serem atendidas, é prática introduzida no Brasil durante a Segunda Guerra Mundial, há sete décadas, portanto, e sempre foi seguida, respeitada e policialmente protegida.

Mesmo as leis que disciplinam o que se deve entender como costume são dispersivas neste sentido cronológico. O direito filipino mostrava-se duvidoso, em razão do que os doutores entendiam validar o costume, ora com o prazo de dez anos, para certos efeitos (Ord., Liv. 1, t. 53,8), ora trinta (id., 1.66.28), ora quarenta anos (id., 2.9.1). A Lei da Boa Razão deu às palavras “costume longamente usado” o sentido uniforme de mais de cem anos. O Regulamento Comercial brasileiro, nº. 738, editado em 1850, só reconheceu o costume de menos de cinquenta anos.

Quanto à repetição, há costumes que atravessaram longos períodos sem terem oportunidade de manifestar-se, e nem por isto perderam sua qualidade consensual tácita.

Não há, pois, o menor proveito jurídico em dar trato aritmético ao costume, subtraindo-o à abstração do *usus inveteratus* e subordinado-o a período de tempo em que é praticado, do que, em geral, resultam esdruxularias.

Influência do costume no direito

3. Como fenômeno jurídico, o costume, ou uso (*usus, mos, consuetudo*), ocupa lugar significativo. Picard, no *Droit pur*, p. 63, raciocina que os costumes são a origem de toda a legislação; eles a precederam, como a palavra oral precede a palavra escrita, porque, explica, reputar o legislador ou o teórico um criador é uma idéia falsa.

Com absoluta razão, partindo do entendimento de que o *ius scriptum* é uma conquista óbvia da grafia como meio de comunicação e para efeito de memorização, e assim o *ius non scriptum* o antecede necessariamente, com absoluta razão, repetimos, chama-se direito do povo ao que é formado pelos costumes, e também com absoluta razão o mesmo Picard o chama “direito instintivo”.

Minguando a lei escrita, ou direito estatal, seja porque ao Estado não aproveite mantê-lo, seja porque não tenha força para tal, o costume preenche sempre o lugar da lei positiva, do mesmo modo como, na floresta, a vegetação retoma sempre os caminhos malconservados. E assim desde as origens jurídicas. Pomponio, em fragmento recolhido pelo *Digesto*, 1,2.1.3, deixou memória que, “depois de expulsos os reis, pela lei Tribunicia, ficaram sem observância todas estas leis (refere-se às *leges regiae*), e volveu o povo a governar-se e usar mais o direito incerto e o costume do que a lei estabelecida”. Na fonte: *Exactis deinde regibus lege Tribunicia omnes leges hae exoleverunt: iterumque coepit populos romanus incerto magis iuris, et consuetudine ali quam per latam legem*.

Mas os costumes não servem apenas para preencher as omissões da lei escrita, uma vez que não raro é a própria lei que neles se subsidia, no que, ainda aqui, se tem a prova de omissão da lei e não lacuna da lei.

4. Muito embora o direito costumeiro, ou direito usual, como nomeia Jhering, tenha hoje reduzida função supletiva do direito legislado, é incorreto dizer que o costume é uma espécie jurídica em declínio. O mais que se pode assentar é que, com o transcurso do tempo, o direito legislado adquiriu impor-

tância, em prejuízo do costume; e que a luta entre a lei e o costume terminou com a vitória daquela.

Certo, no entanto, é que os direitos positivos das nações cultas continuam a prestigiar o costume e não desdenham o papel que ele é chamado a representar como fonte jurídica.

Menospreza-lo seria secar em certo sentido as formas populares da vida jurídica, no justo apreço que ao costume dá Saleilles. Um dos estatutos mais avançados do direito civil moderno, o Código Civil helênico, abre-se com a declaração de que “as regras de direito são compreendidas na lei e nos costumes”.

Formado por duas forças psicológicas extremamente poderosas — o *hábito* e a *imitação*, segundo Vanni, são impartíveis da natureza humana; cristalizado pela lei da inércia, em obediência à qual o homem, tal como em Física, repete um ato segundo a forma já conhecida e experimentada, o costume é prática social na qual se encerra uma regra; é norma de conduta espontânea da sociedade, erigida pelo povo sem qualquer estímulo estranho, e que, pelo hábito uniforme, gera a certeza da permissibilidade e da obrigatoriedade, aliás reconhecida pelo órgão investido da faculdade de impor preceito — o Estado. O costume é, pois, a forma primitiva do direito, corretamente traduzida no aforismo *nulla lex sine moribus*.

Para tanto, a história se erige como o seu maior elemento justificador. O costume é, com efeito, a única fonte do direito permanente e inafastável, porque participou do advento da história jurígena da humanidade, ainda no direito arcaico, precedente às Doze Tábuas, que nada mais são além de coletânea de costumes, tendo imperado sozinho como fonte do direito; e, após o primeiro *ius scriptum*, coexistiu com a *lex*, os *senatus-consultos*, os editos do pretor, os *iura*, as constituições dos príncipes e, seguidamente, apenas com a lei, até hoje. Não se apouca, destarte, a tese da Escola histórica, de que é o costume a fonte mais importante do direito. Haja vista que há leis impotenciadas na prática, leis que “não pegam”, e este dito popularmente bruto tem larga dose de conteúdo filosófico, enquanto um costume dificilmente se esfaz, sobretudo quando promanado do *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*, na excelente definição de Ulpiano.

Desinteressa aqui repisar que o direito codificado promove em melhores condições a certeza do direito do que os ditames costumeiros, porque, sendo as leis naturalmente incompletas, muito falta a elas para abrangerem todo o sistema jurídico e acorrerem a todas as circunstâncias da vida.

Interessa tão-somente entender que, vencido embora pela lei, o costume com ela coexiste e, não raro, a subsidia, para preencher os claros do direito legal.

Na legislação comparada

5. Na condição de fonte jurídica, o costume passou a ser reconhecido como verdadeiro direito com os glosadores, os primeiros a falarem num *ius consuetudinarium*, visto como para o direito romano, sobretudo clássico, ele não teve outro merecimento, na acepção de *usus, mos, consuetudo*, que o de um fato preparatório aos ditames do direito pretório. Haja vista que as *responsa prudentium*, ou opiniões dos juriconsultos, e os *edicta magistratum* eram formados pelo direito consuetudinário. O costume como fonte do direito romano seria, portanto, o antecedente fático da lei ou do edito, do *senatus-consulto* ou da constituição dos príncipes.

6. O subsídio interpretativo pela regra costumeira varia nas legislações dos diversos sistemas jurídicos, para consagra-lo expressamente ou não, com cambiantes ainda mesmo nos lineamentos de um determinado sistema.

Na Itália, apesar de catalogados como fonte do direito no art. 1º do Código Civil, os costumes (*usi*) só têm aplicação quando a lei o expressar; sua presença é específica. Mas o art. 1º do Código de Comércio é genérico, ao dispor que, em matéria empresarial, quando sobre o assunto nada digam as leis mercantis, observam-se os usos comerciais.

Na Espanha, o Código Civil preceitua, no art. 6º, a observância dos costumes do lugar como regra supletória do direito escrito.

Estipula o Código Civil argentino, art. 17, que o uso, o costume e a prática não podem criar direitos, senão quando as leis se referem a eles. Semelhantemente, procede o Código uruguaio, no art. 9º.

O Código Civil suíço dispõe, no art. 5º, que o direito cantonal em vigor é tido como expressão dos usos locais, a menos que a existência de um uso contrário não seja promovida.

Tal como já exposto, o Código Civil grego elege unicamente como fontes do direito a lei e os costumes.

No Código Civil panamenho, o costume ocupa lugar interpretativo depois da analogia, da doutrina constitucional e das regras gerais de direito.

O Código Canônico consagra o costume como “o melhor intérprete das leis” (cân. 29), porém estabelece, no cânone 25, que ele só adquire na Igreja força de lei em virtude do consentimento do superior eclesiástico competente.

O Código Civil etíope consagra ao costume, à solta, pelo menos três dezenas de artigos.

Um dos mais modernos códigos europeus, o de Portugal, consagra o art. 3º ao “valor jurídico dos usos” e dispõe: “Os usos que não forem contrários

aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”.

Há sistemas jurídicos, entretanto, e é o caso do ordenamento peruano, que simplesmente desconhecem o costume como fonte jurídica.

Direito brasileiro

7. Como fonte do direito brasileiro, o costume foi revitalizado com a reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942. Da versão original, de 1916, ele fora omitido como regra geral, em favor de sete preceitos específicos na Parte Especial do Código, visto como o art. 7.º da Introdução mandava aplicar “nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não os havendo, os princípios gerais de direito”, e o art. 1.807 revogou as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, *usos* e *costumes* concernentes às matérias de direito civil.

Dizemos revitalizado, porque o direito costumeiro sempre foi reconhecido em nossa sistemática jurídica; desfavorecido no direito reinol anterior à Lei da Boa Razão, de 1769; fortalecido nela, que o mandou aplicar depois das leis e estilos da Corte; e assim estava no art. 62, §§ 8 e 12, da Nova Consolidação no final do Brasil-Império e corpo de leis anterior à codificação de 1916.

Em sua área, o direito mercantil sempre prestigiou a força dos costumes, “usos comerciais”, como estava nos artigos 130,131(4), 154, 169, 186, 201, 234, 291, e está nos arts. 424 e 673(3), do Código, o qual, no art. 291, proibia “recorrer-se ao direito civil para a decisão de qualquer dúvida que se ofereça senão na falta de lei ou uso mercantil”.

O Regulamento 738, de 1850, que disciplinou os tribunais de comércio do Império e o processo das quebras, prescreveu nos arts. 25 e 26 o registro dos usos comerciais, exigindo-lhe serem conformes aos princípios da boa fé e máximas comerciais, não serem contrários a alguma disposição do Código Comercial e não tão antigos que excedam o tempo de cinquenta anos.

O Código de Processo Civil, impondo a prova da vigência do costume pela parte que o alegar, consagra o direito consuetudinário no art. 337, mantendo o mesmo princípio da primeira codificação.

O costume em face da lei

8. O costume que ora nos prende, é obviamente, o consenso gerador de direitos e, reciprocamente, de deveres, a ponto de manter seu lugar primitivo na escala das fontes jurídicas, remediando as omissões deixadas pela lei. Não

há falar nos costumes morais ou nos ditos sociais, e muito menos nos costumes individuais, só relacionados com certos hábitos de vida, se eles não interferirem na esfera extra-indivíduo, causando dano ou provocando um dever jurídico. Falamos, então, no costume jurídico — *lex non scripta* — da trocadilhada construção do jurista Cujas.

Neste aspecto, perseveraram de velha data os doutrinadores em distinguir três espécies de costume, conforme se manifestam *secundum legem*, *contra legem* ou *praeter legem*.

Temos que esta tripartição não colhe proveito.

Costume “*secundum legem*”

9. O costume *secundum legem* é, no sentir dos que o escutam, o que guarda correspondência com a lei. Seria, para uns, o costume já transformado em lei, ou por ela aproveitado, dentro do critério de que esta não se cria do nada.

Ora, o raciocínio completa-se em que, neste preciso caso, não há mais costume, eis que a lei sobre ele prepondera. O costume já se terá esvanecido, e quando muito constituirá um antecedente histórico da lei.

Seria, no lucubrar de outros, a lei deturpada, no bom sentido de que sua aplicação sofreu desvios.

Mas, então, não se pode falar em costume *secundum legem*, senão em costume *praeter legem*.

Costume “*contra legem*”

10. O outro ramo da tripartição, o costume *contra legem*, traduzir-se-ia na ab-rogação da lei, e se ele a ab-roga ou derroga, já não há falar em lei, porém em costume que a substituiu.

Vem então a pergunta: é válida esta substituição? Pode conferir-se ao costume a ação revogatória conferida à lei escrita?

A questão não é dos tempos modernos. Já fora cogitada à época de Constantino, dado que é desse imperador o rescrito do ano 319, recolhido pelo *Codex*, 8.53,2 *verbis: consuetudinis ususque longaevi non villis auctoritas est: verum usque adeo sui valitura momento, ut aut legem*. O costume e uso de longo tempo têm autoridade não desprezível; mas em verdade nunca podem prevalecer sobre a razão (= direito natural) e a lei — é a tradução.

Interpretando essa discutidíssima passagem das fontes, Savigny procura demonstrar que o César cristão referiu-se ao costume local e de nenhum modo

aos usos gerais, e baseia seu raciocínio na expressão, quiçá desdenhosa — *non vilis* —, pouco adequada quanto ao costume fundado no espírito geral do povo e que se não pode considerar “sem valor”. O exemplo dado pelo excelso mestre tem grande força conclusiva: o capítulo segundo da lei Aquília, sobre dano, caiu em desuso, ou seja, desapareceu, anulado pelo costume, conforme figura no próprio *Digesto* (9.2.27,4) — *huius legis, secundum quidem capitulum desuetudinem abiit*.

Argumentando a contrário o citado rescrito de Constantino, induz-se que os costumes gerais, tinham força para revogar as leis.

O mesmo Savigny depõe que o canonista Placentinus, já na Idade Média, foi o primeiro a imaginar distinção entre o poder derogatório da lei pelo direito consuetudinário, amplamente consagrado, e a prevalência, sobre a lei, do fato costumeiro, de observância restrita, portanto, ainda não cristalizado como direito consuetudinário; isto é, contrapõe direito e fato, ao que se inclina o pensamento de Puchta, por aquele evocado.

Se o costume pode antiquar a lei escrita? Pergunta e ao mesmo tempo responde Coelho da Rocha: a Lei de 18 de agosto de 1769 (da Boa Razão) expressamente o proíbe; porém, no Alvará de 4 de junho de 1769 acha-se indicado o contrário. Aliás, outro Alvará, de 30 de outubro de 1793, confirmou o costume introduzido no Brasil (assim contradizendo as Ordenações, Liv. III, tít.59) de valerem como escritura pública os escritos particulares e de se proverem por testemunho quaisquer contratos, sem distinção de pessoa e quantia, à exceção dos lugares onde houver tabeliães.

11. A indagação acima feita tem preocupado as inteligências mais férteis do mundo jurídico dos dois últimos séculos, tais como Demolombe, Duvergier, Huc, Baudry-Lacantinerie e Géný, todos negando valor à desuetudo. Não é outra a opinião, emitida por Del Vecchio, e dentre os juristas pátrios, Maximiliano, Vicente Rao e Limongi França.

A orientação dessa corrente é sintetizada em que nenhum tribunal ou juiz pode deixar de aplicar o preceito jurídico que não foi, direta ou indiretamente, revogado por outro da mesma espécie; noutras palavras, havendo a lei escrita, ela é aplicável até ser revogada por outra lei escrita.

Del Vecchio, como sói acontecer, é mais penetrante e pragmático no tomar posição entre os que se opõem a prevalência do costume contra a lei. No *Filosofia do Direito*, investe contra o argumento dos que assim entendem pelo fato simplista de que é a lei que assim o dispõe, tal o caso dos artigos 15 e 5º, respectivamente, dos Códigos italiano e espanhol (“as leis só se derogam por outras leis posteriores”). Isto, argumenta o genial mestre da Universidade

de Roma, não pode ser levado a conta de argumento decisivo, porque importa no que se chama em filosofia *petição de princípio*, ou seja, supor já demonstrado exatamente aquilo que se pretende demonstrar. Naqueles dispositivos, o único argumento aproveitável é que o legislador afirma sua autoridade como prevalecendo. Então, o legislador estabeleceu uma regra que, ela própria, pode ser demolida pelo costume, e nada fica em demonstração de que a lei não é suplantada pelo costume. Para Del Vecchio, o costume se acha em condição inferior à lei, no atual estágio jurídico da humanidade, não porque assim o afirme a própria lei, e sim pela imperiosa exigência de uma regulamentação fixa, ditada pela necessidade de uniformização do sistema jurídico, que é da índole do Estado moderno.

Clóvis Bevilacqua toma posição prudente, e, no *Teoria Geral*, reconhece que, apesar da declaração peremptória da ineficácia ab-rogatória do costume, pode ocorrer, em casos excepcionais, que este prevaleça *contra legem*, porque a desídia ou incapacidade do Poder Legislativo determinou um regresso parcial da sociedade à época em que o costume exercia, em sua plenitude, a função de revelar o direito.

12. Sem embargo, há no mundo hodierno uma corrente de juristas propensos a admitir a *consuetudo* ab-rogatória, assentando sua tese na vontade do Estado, como principal velador da lei, em renunciar tacitamente ao seu cumprimento.

Credita-se a Enneccerus a primeira manifestação de reconhecimento de preponderância do costume sobre a lei, mesmo que a ordem jurídica exclua essa possibilidade, sob o argumento de que também é direito aquilo que avança como vontade jurídica geralmente manifestada.

Em seqüência, Saleilles defende a proposição segundo a qual o costume, em que ele reconhece um valor próprio, independe da lei, pode completá-la, modificá-la e mesmo ab-rogá-la.

Jean Cruet situa a força revogatória do costume na inação governamental, que, deste modo, permitiria a criação de um direito, o costume, contra o direito, a lei.

13. No Brasil, admitem a força revogatória do costume Flóscolo da Nóbrega e, com anterioridade, Haroldo Valladão.

O mestre Valladão disciplina mesmo a hipótese, ao estabelecer no art. 4.º de seu Anteprojeto oficial de *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, que “a lei se revoga no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou *desuso geral e contínuo*, confirmado pela

jurisprudência assente”. Reconhece ele, assim, “a contribuição efetiva da vontade popular por via direta na formação do direito positivo, desde que reconhecida e proclamada pela jurisprudência assente”, que é como justifica, à página 42 do manual citado, o texto proposto para a nossa hipoteticamente futura leis das leis.

Qualificando o costume, “geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência”, Valladão absorve, sem citar, a interpretação de Savigny, retromencionada, sobre o rescrito de Constantino, ao mesmo tempo em que assimila o entendimento do medieval Placentinus, quanto à diferença entre costume e fato costumeiro. No mesmo sentido, o canonista Francisco Suarez, no *De legibus ac Deo legislatore*, de data 1612, estabelece as três fases por que se cristaliza o costume: o *usus*, formado pelo hábito no convívio dos indivíduos; o *mos*, em que o uso é generalizado, regular e constantemente, por força da imitação; e a *consuetudo*, que vem a ser a sua definitiva (*inveterata*) cristalização.

Costume “*praeter legem*”

14. Visto, então, que o costume *secundum legem* não existe e que o costume *contra legem* é um sucedâneo, como preceito, que tomou o lugar da lei (a admitir-se a revogação da lei pelo costume), sobrenada a figura *praeter legem*, que é, de fato, a única modalidade de costume aceita pela generalidade das legislações que ao direito consuetudinário rendem apreço como fonte jurígena.

Costume *prater legam* (*praeter* na acepção de “além de”) é a prática geralmente observada ocupando o lugar que a lei seria chamada a ocupar se prevenisse o caso concreto para o qual se busca uma conduta jurídica. Não é, portanto, o costume que se converteu em lei e muito menos o que derogou a lei. É simplesmente costume, que dispensa classificação, posto como se torna de todo despidendo mencionar que ele só se converte em fonte jurídica se coerente com os princípios da ordem jurídica.

Alguns exemplos de resistentes costume adotados no Brasil dizem bem de seu caráter além da lei.

Significativo é o atinente ao “cartão de crédito”, que, de uso adotado nos Estados Unidos no contexto da sociedade de consumo, como uso mercantil penetrou o Brasil no início dos anos 60, e se transformou em arraigado costume que ainda impera sem lei regulamentadora específica, a não serem instruções normativas do Banco Central e contratos de adesão elaborados pelos estabelecimentos bancários.

Costume *praeter legem*, também, caracterizava a prática, incorporada aos nossos hábitos, do cancelamento do protesto dos títulos cambiários (letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata), em caso de pagamento moroso do título, mesmo depois de extraído o instrumento notarial do protesto. O cancelamento do protesto não tinha suporte legal, nem para permitir nem para impedir; mas é difícil dizer que não tinha fundamento jurídico. A interpretação lógica externa leva a raciocinar que, se a lei condescende em reabilitar, inclusive pelo decurso do tempo, o empresário falido, não teria como travar a reabilitação do devedor singular que, a destempo, solveu integralmente seu débito. Este costume não era também *secundum legem nem contra legem*, porque lei não existisse, porém *prater legem*.

Outro exemplo; a Constituição dispõe, no art. 5º, XXXIV, *b*, que a lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento de situações. O prazo de trinta dias, após a protocolização do requerimento insoluto, para comprovar o desatendimento da postulação e autorizar, mesmo assim, as medidas judiciais cabíveis, é costumeiro, caracterizando um costume *prater legem*, eis que também nenhum preceito legal o estipula.

Elisão do costume

15. Do mesmo modo como há leis cediças e deusadas, há costumes que se deixaram ultrapassar e inativar, sem que necessariamente uma lei os substitua.

A vontade coletiva geratriz de um costume prevalece, como vontade coletiva, para descontinuar-lo e, pelo descostume, suprimi-lo do quadro do direito positivo.

O art. 337 do Código de Processo Civil, ao impor a quem alega direito consuetudinário a prova de sua vigência, está disposto para permitir a aferição de que o costume evocado não somente existiu como também permanece existindo.

Não há, por outro lado, um ato legal específico para, no todo ou em parte, abrogar ou derogar um costume determinado, ou singularmente previsto. Editada a lei, contrária que seja a um costume, ela simplesmente o ignora e por isto mesmo o afasta. É uma revogação tácita. Caso contrário, o preceito legal opera a assimilação do preceito costumeiro, para, geralmente aprimorando-o, convertendo-o em *ius scriptum*, torna-lo preceito estatal; a lei simplesmente ignora o costume assimilado e por isto mesmo o afasta como costume. Daí supor-se o *costume secundum legem*, mas que só aparentemente é um

costume continuado, porque, em verdade, já terá cedido lugar à lei. E ainda aqui ter-se-á procedido a uma revogação tácita.

Conseqüentemente, não há azo para se postular em juízo a revogação de um determinado costume. Quando ele atenta contra princípios éticos da sociedade, é a própria sociedade, pelo órgão público ou mesmo espontaneamente, que o afasta; e quando ele se torna inconveniente ou sem proveito para os jurisdicionados, a qualquer destes é lícito postular a corrigenda definitiva para fazer restabelecer o princípio do qual o costume se afastou, na condição *contra legem*. Vem daí que o costume contra a lei só se insinua quando esta é genericamente inútil, e se ele não é oneroso ou desproveitoso.

Há não tanto tempo (DJ, de 9.4.81), o Supremo Tribunal Federal, acolhendo reclamação que lhe fora presente, mandou prevalecer o princípio do art. 84, § 2.º, de seu Regulamento Interno, segundo o qual a certidão por edital deverá ser feita “por uma só vez no Diário da Justiça”, e não duas vezes, sendo uma em qualquer jornal, como praxe exigida, com efeito de um costume oneroso para as partes interessadas.

16. Quanto a que não resta dúvida é poder a lei revogar os costumes em condição genérica, e isto geralmente ocorre quando, codificada toda uma área do direito, se pretende reciclar naquela área a ordem jurídica. Temos o exemplo na seara doméstica já mencionada. Por efeito de sua entrada em vigor, o Código Civil de 1916 revogou as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, *usos e costumes* concernentes às matérias de direito civil (art. 1.807), e daí, em conseqüência de ser omissa na lei introdutória, o costume, nesta matéria civil, deixou de prevalecer como fonte subsidiária expressa, para estar subentendido nos princípios gerais de direito.

Restabelecendo-o, a Lei de Introdução, de 1942, somente deu cobertura aos costumes formados posteriormente a 1916, em virtude de outro de seus dispositivos, ao art. 2.º, § 3.º, mercê do qual a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, ou seja, a vedação ao princípio de não ripristinamento.

BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 39. (Francisco Alves). Rio de Janeiro, 1908.

COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal*, 1ª ed., p. 21. Coimbra, 1841.

- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa, 1908.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*, 2ª ed., p. 351. (Bosch). Barcelona, 1947.
- NÓBREGA, Flóscolo. *Introdução ao Direito*. 5ª ed., p. 124. Rio de Janeiro, 1972.
- PICARD, Edmond. *Le droit pur*, pp. 63 e 184. (Veuve Ferdinand Larcier). Bruxelas, 1890.
- SALEILLES, Raymond. *Introduction a l'étude du droit civil allemand*, p. 78. Paris, 1904.
- SAVIGNY, F.C. von. *Sistema de derecho romano actual*. 2ª ed. Ap. II, p. I/399, 402. (Gangora). Madrid, s/d.
- VALLADÃO, Haroldo. *Lei Geral de Aplicação das normas jurídicas*. Anteprojeto oficial. (Imprensa Nacional). Rio de Janeiro, 1964
- VANNI, Icilio. *Filosofia del Derecho*. Trad. de Rafael Urbano. (Lib. Beltran). Madrid, 1941.