

## 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.

