

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**Bráulio Borges Barreiros**

**O costume no ordenamento brasileiro: há uma força legitimadora?**

**Juiz de Fora**

**2014**

**Bráulio Borges Barreiros**

## **O costume no ordenamento brasileiro: há uma força legitimadora?**

Dissertação apresentada como monografia em Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito a obtenção do diploma de bacharel em Direito. Área de concentração: Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional

Orientador: Orfeu Sérgio Ferreira Filho.

**Juiz de Fora**

**2014**



**Bráulio Borges Barreiros**

**O costume no ordenamento brasileiro: há uma força legitimadora?**

Dissertação apresentada como monografia em Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito a obtenção do diploma de bacharel em Direito. Área de concentração: Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional

Aprovada em      de      de 2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orfeu Sérgio Ferreira Filho - Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Antonio Henrique Campolina Martins  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Brahwlio Soares Ribeiro Mendes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho a meu irmão Plínio, que na simplicidade do cotidiano, lançou-me às bases da crítica bem-fundamentada e do pensamento claro, quando se trata de uma discussão minimamente racional.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais Ezequiel e Luizete, que decididamente depositaram suas confianças nos frutos desta empreitada. Sem eles, cada passo dado até aqui seria um pouco mais pesado, alguns até mesmo impossíveis.

À Flávia, por sempre me mostrar que enfrentar os grandes medos pode ser o caminho mais curto entre a reflexão e a realização.

Ao professor Antonio Henrique Campolina Martins, grande mestre e amigo interlocutor que encontrei na sala de aula e nos corredores desta faculdade. Sem dúvida, muitas de nossas conversas refletem-se neste trabalho e enchem de expectativas a carreira acadêmica que pretendo seguir.

À professora Cláudia Maria Toledo, pelas incomparáveis oportunidades de crescimento no meio acadêmico das quais participei.

Ao professor Carsten Bäcker, por ter confiado em mim em um dos maiores desafios até agora em minha vida acadêmica.

“Aqueles que não conhecem a história estão fadados a repeti-la”

*(Edmund Burke)*

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é dimensionar a força legitimadora do costume como fonte de direito no ordenamento brasileiro. Para a delimitação deste objeto, será necessária uma breve análise do contexto histórico do costume, suas origens e de sua força coercitiva no sistema anglo-saxão e no sistema internacional. Será igualmente necessário fazer uma breve diferenciação entre as espécies de costumes: *secundum*, *praeter* e *contra legem*. Após, tentar-se-á identificar os aspectos em comum que esta fonte normativa possui em relação a sua inserção no sistema brasileiro. Para tanto, será feita uma análise historiográfica de uma figura que entende-se ser um “agente de costume” no Brasil Império: o juiz de paz. Seguir-se-á a isto uma explicação dos principais dispositivos constitucionais e legais que tratam a respeito do tema. Concluir-se-á que, embora o costume tenha uma força legitimadora formal de fraca a moderada, tendo como parâmetro a lei *stricto sensu*, nota-se uma aceitação do ordenamento brasileiro pela aplicação dos usos e costumes, considerando-se a trajetória histórica de tal fonte hermenêutica e formal de direito.

Palavras-chave: Costume. Ordenamento brasileiro. Juiz de paz.

## ABSTRACT

This paper aims to indicate the real dimension of the custom's legitimating force as a law source in the Brazilian law. In order to delimitate our object, it will be necessary to briefly analyze the custom's historical context, its origins and its coercive force in the anglo-saxon and in the international systems. It will be equally necessary to briefly distinguish between the custom species: *secundum*, *praeter* and *contra legem*. Afterwards we will try to identify the aspects in common between this normative source and how it is inserted in the Brazilian system. So as to proceed so, it will be made a historical analysis of a symbol, which is meant to be an "agent of custom" in the Brazilian Empire: the *juiz de paz*. As it follows, it will be made an explanation about the main constitutional and legal articles that refer to the subject. As a result, it will be shown that although the custom has a weak to moderate legitimating formal force, in comparison to the law in *stricto sensu*, it is notable that there is an acceptance of the customs in the Brazilian law, considering its historical context as a formal law source and interpretation source.

Keywords: Custom. Brazilian system. *Juiz de paz*.

## SUMÁRIO

1	<b>O COSTUME - INTRODUÇÃO</b> .....	11
1.1	O Costume no ordenamento britânico: breves considerações.....	12
1.2	O costume como fonte de direito internacional.....	15
2	<b>OS COSTUMES E SUAS ESPÉCIES</b> .....	18
3	<b>O BRASIL COLÔNIA E IMPÉRIO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS PARA A GÊNESE DO COSTUME</b> .....	19
3.1	O juiz de paz como “agente de costume”.....	22
3.2	O costume no ordenamento brasileiro: há uma força legitimadora?.....	27
4	<b>CONCLUSÃO</b> .....	30
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	32

## 1. O COSTUME - INTRODUÇÃO

O costume como fonte de direito é uma manifestação normativa que cria-se ao longo do tempo e dos hábitos sedimentados por uma comunidade, trazendo em si a nota da aceitação social mútua. É, no entendimento de Max Weber, uma expressão da dominação tradicional em seu *Economia e Sociedade* (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 206). Pode ser uma fonte primária (caso da constituição britânica, por exemplo) ou secundária (caso das constituições de tradição romano-germânica).

Alguns doutrinadores tentaram explicar o surgimento do elemento coercitivo dos costumes, com base tão-somente na desaprovação dos outros, quando um uso é desrespeitado no seio de uma comunidade (*idem*, p. 207). Este argumento falha, no entanto, quando pensa-se na autoridade sancionadora, que seria a aplicadora da norma consuetudinária. Ora, se esta aplica uma sanção, não haveria uma razão para a existência do costume, já que, por definição, este impõe a consequência, de forma alheia à vontade de qualquer outra pessoa.

Segue-se então a outra tentativa de explicação, baseada na ordem jurídica global. Segundo as ideias da Escola Histórica, representadas no pensamento de Savigny, o costume teria sua origem como força normativa no que se chamaria de “espírito do povo” (*Volksgeist*). Expressão esta um tanto vaga para as pretensões científicas da seara jurídica. Ademais, tal noção já foi definida por Wieacker como sendo aquilo o que os sábios e juízes de uma determinada sociedade seriam capazes de produzir (*idem*, p. 207). Novamente, remetemo-nos à figura da autoridade, novamente não explica-se a origem da força coercitiva do costume.

Segundo assinala o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma explicação pode ser dada através da noção de *institucionalização* (*idem*, p. 207). Esta deriva de uma ideia de consenso social. Não se trata, porém de um ajuste expresso e direto de vontades, haja vista que tal forma de consenso não teria o condão de se fazer durar por muito tempo. Antes, tal noção surge de uma expectativa de consenso, isto é, quando se presume que determinada prática será passível de assimilação nas condutas sociais. Tal processo explica o que se entende como *engajamento pelo silêncio*. Quem está contra este fenômeno, por óbvio assume o ônus maior de justificar o que alega como sendo correto, ao contrário do que diz a instituição, muito sujeita ao que é comunicado como fato. Em outras palavras, quem pretende negar a institucionalização carrega um peso extra para demonstrar a seus pares sua oposição e em consequência, o seu ponto de vista (*idem*, p. 208). Para muito além do espírito do povo, o costume estabelece-se por meio de um processo gradual de formação de um assentimento

tácito acerca de uma determinada conduta. O silêncio é quebrado quando a prática reiterada presumidamente aceita é desfeita.

Assim, na análise do costume, pode-se dizer que ele possui uma natureza de duas facetas: uma substancial, que corresponde ao uso reiterado no tempo e outra relacional, que corresponde ao processo de institucionalização, responsável pelo engajamento pelo silêncio e a conseqüente presunção de aceitação do mesmo.

Outra questão que se põe é acerca de sua vigência: quando ela começa a vigor, já que não há procedimentos estabelecidos por uma autoridade superior? Um costume não se promulga, ele cria-se. Deste modo, o costume há de ser provado por quem o alega. Tal prova é de seu conteúdo e não a respeito de ser ou não norma já vigente (*idem*, p. 208).

Interpretação que conceba o costume como uma expressão do direito natural mostra-se equivocada. Se assim fosse, ao pensar-se no direito constitucional britânico, não poderíamos falar em direito positivo no Reino Unido. Ora, o direito consuetudinário é também uma forma de ser posto perante uma coletividade. A sua feição imaterial não se confunde com o conceito de direito natural, uma vez que não antecede à coletividade, não é imposto pela natureza, e sim deriva de práticas da convivência humana que para aquela comunidade adquiriram poder de autoridade (PAGLIARINI, 2004, p. 325). A forma de surgimento da autoridade posta por ordenamentos codificados ou não pode variar. O que não muda é o fato de serem direitos positivados.

### **1.1. O costume no ordenamento britânico: breves considerações**

No ordenamento anglo-saxão, berço por excelência da aplicação do costume na jurisdição moderna, o mesmo é fonte primária de direito, ao lado da lei. A essência da constituição britânica repousa sobre a formação costumeira de suas normas.<sup>1</sup> Tal formação data dos tempos feudais, guardando até hoje um verdadeiro histórico do uso dos costumes e tradições em decisões concretas, que por sua vez, passaram a incorporar aquele ordenamento. Foram, ao longo do tempo, estabelecendo grandes marcos na história da formação da Grã-Bretanha, como, por exemplo, a Revolução Gloriosa, finalmente capaz de submeter a Coroa à Supremacia do Parlamento.

---

<sup>1</sup> Veja-se a este respeito a afirmação do professor Orlando M. Carvalho: “A Constituição não controla os britânicos, os britânicos é que controlam a Constituição”. Citado em BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar. Fontes e essência da Constituição Britânica*. Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.

Viver sob a égide do sistema costumeiro não significa, ao contrário do que muitos imaginam, tolerar anacronismos e autoritarismos tradicionalistas, embora isto possa ocorrer, tanto quanto pode ocorrer num sistema codificado de tradição romano-germânica. Ao contrário, o sistema de *common law* permite a reinvenção de novos instrumentos jurídicos mais flexíveis e adaptáveis à contemporaneidade de qualquer época. “Ela é a própria base sociológica fervilhante e viva sem contenção ou distorções oriundas de uma estrutura pré-moldada” (BITAR, 1978, p. 264). É esta uma ideia que ajuda a explicar o caráter histórico da constituição britânica, haja vista que é ela a própria transformação política, social, econômica e jurídica em constante aperfeiçoamento.

A sociedade britânica, avessa aos processos de complexa abstração observados principalmente nos sistemas alemão e francês, desenvolveu um próprio sistema de normatização que seja capaz de se atualizar e se adequar às suas dinâmicas mudanças. Definitivamente baseados em sua empiria, os britânicos se dão à chance de errar e acertar em maiores medidas e assim, construir uma ordem cuja base não se sustenta sem o elemento histórico. O professor Orlando Bitar, erudito estudioso do tema em apreço diz:

“Só quem se identificar com a ilogicidade nata do gênio britânico pode deliciar-se com essa fórmula infável: alcançar a sabedoria através de erros enormes (*blunders*), progredir aos tropeços, through trial and error.” (BITAR, 1978, p. 265)

Uma das faces deste elemento consiste em constatar fatos anteriores como paradigmas para fatos atuais e assim escolher a melhor solução. O sistema costumeiro não consiste em imitar decisões anteriores, equívoco e preconceito muito comum entre os juristas que lhe são críticos.

Ao contrário, justamente pelo fato de a constituição britânica estar firmemente amarrada a seus elementos históricos formadores, ela mesmo passa a ser testemunha viva de que mudanças ocorreram para chegar ao atual patamar, pautadas quase sempre nas imposições da necessidade. Nas palavras de Stannard temos que:

“The English Constitution has evolved and is still evolving over a period of many centuries because the men who made it have never acted except under the pressure of necessity and have never sought except perhaps in Cromwellian times, to go *beyond the needs of the moment*. Every landmark in English Const. history from Magna Carta

in 1215 to the Parliament Act of 1911 is the *memorial of a crisis*.”<sup>2</sup>  
(STANNARD, p. 4)

Assim, segue a constituição britânica, sendo o permanente fruto da construção vivida em comunidade por seus indivíduos. Observa-se, no contexto histórico da constituição britânica, fontes embrionárias que vieram a desembocar na paradoxal convivência entre o Parlamento e a Coroa. Como exemplos, podemos colocar a Magna Carta, de 1251, que estabeleceu entre outros o direito a um julgamento justo, enfatizando o valor da liberdade como orientação principal, responsável por limitar alguns poderes reais (BITAR, p. 266); o *Bill of Rights* de 1689, cuja importância está na exigência de retirada de certas prerrogativas reais (de aumentar impostos sem o consentimento do parlamento ou de manter um exército em tempos de paz), que até então eram pontos nevrálgicos do poder do Rei (BAUER, GILLIES, 2009, p. B-1); os *statutes* de valor constitucional, como o “*Act of Union with Scotland 1707*” e o “*Parliament Act 1911 e 1949*” (*idem*, p. B-1).

Entre outras fontes históricas consuetudinárias da constituição britânica estão as Convenções (*Conventions*). Estas são instrumentos originários de verdadeiras, como o próprio nome diz, convenções, não da estrita lei. Determinadas regras de funcionamento entre as três esferas de poder não encontram-se em diplomas codificados ou leis escritas. Para explicar as referidas Convenções podemos nos referir ao fato de a Rainha ter atualmente em toda Grã-Bretanha, enormes poderes. No entanto, a mesma é impedida de exercê-los, graças às Convenções com o Parlamento. As palavras de Walter Bagehot dão o tom deste esclarecimento: “The Queen is no mere figurehead, she does not steer the ship, but she has to make certain that there is a man at the wheel” (JENNINGS, p. 43).<sup>3</sup> Ao longo do tempo, as mesmas têm moldado os comportamentos da Coroa, do Parlamento, das Casas (*House of Lords, House of Commons*), dos juízes e dos servidores públicos no relacionamento entre si. Como outros exemplos, podemos citar a convenção de funcionamento de cada uma das Casas e a das relações entre os poderes Executivo e o Legislativo (*idem*, p. B-3).

As convenções, fazendo parte de um sistema consuetudinário, têm suas origens normalmente na raiz da empiria. São elas, frutos de erros políticos, acidentes e

---

<sup>2</sup> STANNARD, Harold . *The Two Constitution*, p. 4. “A Constituição inglesa desenvolveu-se e ainda desenvolve-se ao longo de um período de muitos séculos, porque os homens que a criaram nunca agiram, exceto sob a pressão da necessidade e nunca buscaram, a não ser nos tempos de Cromwell, ir *além das necessidades do momento*. Cada marco na história da Constituição britânica, da Magna Carta de 1251 até o *Parliament Act 1909* é o *memorial de uma crise*.”

<sup>3</sup> JENNINGS, Sir Ivor. *The Queen’s Government*, p. 43. “A Rainha não é mera figura central, ela não comanda o barco, mas tem que certificar-se de que há um homem no timão.”

acontecimentos (*idem*, p. B-3). Para que os mesmos não viessem ou venham a repetir-se no futuro, tais instrumentos são consolidados.

Por fim, consideram-se também como fontes da constituição anglo-saxônica e assim expressões costumeiras, as decisões judiciais precedentes, isto é, o sistema de *stare decisis*. De acordo com esta construção, as decisões das cortes superiores são vinculantes das decisões de instâncias inferiores. Entende-se que esta formação costumeira de direitos é caracterizada por possuir temas relacionados às prerrogativas reais, remédios ordinários do sujeito contra atos ilegais de autoridades públicas e os mandados de *habeas corpus*. Podem ser divididas na *common law* propriamente dita e na interpretação de *statutes*. (*idem*, p. B-2)

Aquela consiste em leis e costumes de um contexto do qual os mesmos foram considerados normas pelas decisões dos juízes nos casos que lhes foram submetidos. Um *case law* exemplificativo desta espécie é o caso *Entick v. Carrington* (*idem*, p. B-2), no qual restou decidido que um secretário de Estado não tinha poderes para emitir mandados gerais para busca e apreensão dos papeis de divulgação oposicionista. Já a interpretação de *statutes* é a autoridade dos tribunais, não de validar ou invalidar um Ato do Parlamento, mas sim de desempenhar a tarefa de interpretar o direito promulgado em casos nos quais é discutido o correto significado de um Ato. (*idem*, p. B-3)

Assim, pode-se dizer que, em um sentido estrito, a Constituição britânica é escrita, uma vez que há uma série de documentos e diplomas históricos que marcaram sua origem e seu desenvolvimento. Em um sentido mais amplo, no entanto, a Constituição britânica não encontra-se consolidada em um único documento, porém, esparsa naquele número de diplomas e nos Atos do Parlamento reiterados pelos tribunais ao longo dos séculos (*idem*, p. B-11). Sem dúvida, a força motriz desse processo pode ser encontrada na ideia de institucionalização antes explicada. Sem o engajamento pelo silêncio, a conformação na qual se encontra o sistema britânico não seria este. Em cada uma destas fontes, é notável o elemento do referido processo, responsável por singular ordenamento.

## **1.2. O costume como fonte de direito internacional**

Na seara do direito internacional, o costume desempenha importante função. É ele o responsável por formar entendimentos entre os Estados e suas soberanias. O artigo 38(1)(b) do estatuto da Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas estabelece que a mesma deve aplicar “o costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei”.

A aplicação do costume no direito internacional possui alguns aspectos em comum com o costume como fonte de direito em geral, acima exposto. A primeira característica em comum é a ausência de uma autoridade superior (PEARCE, 2003, p. 126). Como já foi visto, o costume não emana de uma autoridade, mas sim, é criado, consolidado pela prática ao longo do tempo, aliada à *opinio juris* ou *opinio necessitatis*, sendo que esta última responde pela necessidade do engajamento pelo silêncio, que faz nascer a norma de direito costumeiro. A segunda característica responde pela flexibilidade que a norma costumeira traz na dinâmica social (*idem*, p. 127). O costume mostra-se instrumento adequado como fonte de direito internacional, dentre outras razões, pela maior capacidade de adaptação às novas realidades que a vida em sociedade impõe. Deste modo, muito mais legítimo do que a promulgação de uma lei, o costume é a própria expressão dos indivíduos que compõem a comunidade. Ele também não demanda processos legislativos morosos codificados, muitas vezes incondizentes com a solução de litígios entre diferentes soberanias, embora admita-se serem eles mais seguros do ponto de vista da aferição de data de entrada em vigor, das partes obrigadas e do exato teor da norma (*idem*, p. 127). Há ainda outra característica marcante no direito costumeiro internacional: a necessidade de se fazer prova de sua existência, ao contrário do tratado, que fornece com segurança aqueles dados referentes a termo inicial, partes obrigadas e objeto (PAGLIARINI, p. 322) .

Se devido a estas características, o costume mostra-se mais flexível do que outras fontes de direito na resolução de litígios internacionais, é certo que ele é fonte legitimamente mais robusta no caso concreto do que o direito dos tratados (PEARCE, p. 128). Contudo, no direito internacional um Estado pode não admitir que determinada prática seja legal sob sua soberania. Assim, não haveria uma *opinio necessitatis* dentro desse Estado, o que não permitiria o surgimento de um determinado costume internacional.

Daí surge a concepção de que os tratados internacionais possuem um faceta consuetudinária. Esses instrumentos, embora codificados, podem ser a expressão do costume como norma veiculadora de mandamentos baseados em suportes imateriais ou não físicos. Há, no entanto, alguns óbices apontados pela doutrina, quando imagina-se a possibilidade de os tratados codificarem determinados costumes (*idem*, p. 138). Alguns entendem que a natureza do direito dos tratados não se coaduna com a natureza do direito costumeiro. Aquele seria um processo que demanda tempo para a devida ratificação pelos Estados, enquanto este permite, a partir de prova feita de sua existência, passa a surtir efeitos modificativos nas soberanias que o reconhecem (*idem*, p. 138). Outros entendem ser este o caminho, pois os tratados nada mais são do que a expressão codificada dos costumes dos povos (PAGLIARINI, p. 326).

A estrutura do costume no direito internacional compõe-se de cinco elementos, quais sejam (PEARCE, p. 130):

1. A prática concordante entre um número de Estados no que tange a alguma situação que recai sobre o domínio das relações internacionais;
2. A continuação ou repetição de uma prática por um considerável período de tempo;
3. A concepção de que a prática é demandada pela, ou consistente com o direito internacional dominante;
4. A aquiescência geral na prática de outros Estados;
5. O estabelecimento de cada elemento por uma autoridade internacional competente;

Algumas são as críticas aos costumes no direito internacional, baseadas em estudos de casos, como o “*Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*” (*idem*, p. 130), julgado pela Corte Internacional de Justiça. Neste caso, restou demonstrado que existe uma falibilidade da aplicação dos costumes na resolução de litígios internacionais, sendo os mesmos considerados “ficções”, tendo-se em vista a imunidade de soberania de um Estado. No entanto, críticas como esta não têm a eficácia de se desconstruir os costumes de sentido no direito internacional, pois eles são paulatinamente utilizados como critérios decisivos de resoluções de conflitos globais. Obviamente, um caso com suas circunstâncias tão singulares não é capaz de explicar a tese de que o costume seria um “mito” ou “ficção” na esfera judicante internacional (*idem*, p. 131).

Antes de se rotular o costume internacional como uma ficção ou mito, é preciso buscar a essência do mesmo nesse contexto e porque sempre ele foi uma importante fonte de direito internacional. Uma explicação pode ser encontrada no fato de ser o costume a expressão por excelência das soberanias em jogo no contexto global. Muitas vezes a prática reiterada ao longo do tempo com o consentimento tácito de outros Estados pode significar *per se* o respeito mútuo entre as soberanias. Assim, se a prática costumeira internacional muda, mudará também o ordenamento internacional (*idem*, p. 131). Ademais, o costume internacional pode fornecer ao julgador elementos tais que o permita trabalhar com paradigmas mais tangíveis do ponto de vista prático. Exemplos que mostram a força do costume no direito internacional são as leis que regulam o direito marítimo, a imunidade diplomática e o direito espacial (*idem*, p. 138).

Assim, encontra-se nos costumes um valor para a ordem mundial à semelhança do que ocorre nos ordenamentos de tradição anglo-saxônica. O costume internacional faz sua autoridade valer a partir de diferentes orientações estatais (atos, leis) e cria o que o sistema

legal considera uma resolução dos interesses dos Estados. Embora seja certo que normalmente os interesses de diferentes soberanias entram normalmente em conflito, a acomodação dos mesmos na ordem global proporciona comportamentos duradouros e moldados de maneira estável ao longo do tempo, resultando na qualidade de autoridade que o costume adquire.

## 2. OS COSTUMES E SUAS ESPÉCIES

Quando estudamos os costumes, deparamo-nos normalmente com suas espécies. Estas mesmas possuem mais valor discriminatório nos ordenamentos de tradição romano-germânica, haja vista o predomínio do princípio da legalidade e a conseqüente lei codificada. São eles os costumes *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

Costumes *secundum legem* são aqueles que estão em perfeita concordância com o texto legal. Vale dizer, são os costumes que ratificam o valor da lei enquanto instrumento normativo principal (FERRAZ JUNIOR, p. 209).

Já os costumes *praeter legem* não estão em plena harmonia com a lei e tampouco estão em desarmonia com a mesma: prestam-se a suprir omissões legais, isto é, a regular situações em que não há lei codificada que preveja a hipótese fática (*idem*, p. 209). É o caso previsto pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

No caso do ordenamento brasileiro, delimitação teórica feita neste trabalho como objeto acadêmico, o costume desempenha função subsidiária, secundária à aplicação da lei (costumes *secundum* e *praeter legem*). Ele pode auxiliar na interpretação de determinadas omissões legais no caso concreto, como pode ser uma fonte subsidiária de criação normativa, desde que em conformidade com a lei instituída no ordenamento (*idem*, p. 209).

Por último, os costumes *contra legem*. Estes trazem em si o caráter revogador da lei. Por exclusão entende-se ser esta espécie de costume vedada pela regra do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que diz: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”. O caráter revogador de uma lei no Brasil só poderá ser proveniente de uma outra lei (*idem*, p. 209), esvaziando-se consideravelmente a eficácia do costume em nosso sistema, ao contrário do que se passa no cenário internacional, por exemplo, no qual um costume possui poderes revogatórios, inclusive em face de um tratado (PEARCE, p. 138).

No âmbito da Constituição, o costume *contra legem*, no dizer de Jorge Miranda, “equivale à preterição da constitucionalidade”. Observa o doutrinador que esta espécie de

costume surge sempre que as normas constitucionais não são atentamente observadas pelas autoridades das normas constitucionais escritas. Termina afirmando que não se trata de negar a realidade da vida e assim, a existência desta forma de costume, que pode surgir a partir de da ausência e deficiência de mecanismos de garantia (MENDES, 2008, p. 22).

Assim, é de se considerar que encontra-se na doutrina pátria, repetidas menções aos costumes *contra legem* na práxis forense, alheios ou contrários à Constituição. Entende-se que no âmbito do direito público, os costumes *contra legem*, ao lado de usurpações e revoluções, são “um fenômeno histórico com força constituinte, diante do qual toda oposição das teorias legitimistas é, em princípio, impotente” (JELLINEK, 1991, p. 29).

Tal hipótese reforça as considerações feitas inicialmente acerca do nascimento dos costumes no ordenamento anglo-saxão. Seus teóricos consideram a aplicação dos costumes naquele ordenamento como sendo fruto, não de intrincadas teorias, mas sim de consentimentos tacitamente aceitos, que levam a uma normatização dos mesmos com o passar dos anos. A instituição costumeira não diferencia-se na Grã-Bretanha, por óbvio, tão nitidamente nas três espécies ora estudadas. Isso porque é o próprio costume o revogador de outros costumes, leis e normas em geral.

Cumpra esclarecer que tal divisão possui mais aplicação prática nos ordenamentos de tradição codificada, haja vista que é a lei positivada que assume o protagonismo dessas ordens.

### **3. O BRASIL COLÔNIA E IMPÉRIO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS PARA A GÊNESE DO COSTUME**

Para o estudo da gênese do costume no Brasil é preciso conhecer de modo um pouco mais aprofundado a história deste jovem país. O momento escolhido para este estudo é um Brasil colônia que se encontra às vésperas de sua emancipação como país autônomo. Momento este que a Família Real cruzava o oceano e se instalava na capital da colônia por força do conturbado contexto em que vivia a Europa. Como se sabe, este fato trouxe novos ares à colônia, que agora estava em constante contato com todo o aparato real, desde a máquina administrativa, até as tradições cheias de pompa trazidas de Portugal. Ademais, é possível constatar uma aproximação do monarca com a população da colônia, como jamais visto antes. Nas palavras de Auguste de Saint-Hilaire:

“(...) o estabelecimento da Corte de Portugal no Brasil trouxe algumas modificações felizes ao deplorável estado de coisas (...) Era mais fácil

ser-se informado no Rio de Janeiro do que em Lisboa, do que se passava na Bahia, em Minas ou em São Paulo. O rei era acessível; podia-se-lhe dirigir súplicas com facilidade, e os capitães-generais sentiram, finalmente, que existia um poder superior a sua autoridade.” (SAINT-HILAIRE, 1975, p. 155).

O local escolhido é a comarca do Rio das Mortes, localizada na porção centro-sul da província de Minas Gerais. A escolha se deve ao fato de haver uma obra historiográfica rica em detalhes da época e deste local do Brasil colônia/império. O livro “As seduções da ordem” do professor Ivan de Andrade Vellasco reúne informações o mais detalhado possível, por meio de um criterioso trabalho de seleções de documentos que revelam dados relevantes sobre a justiça e sua administração entre os séculos XVIII e XIX na atual comarca de São João del Rei. Esta era à época uma próspera vila da comarca do Rio das Mortes. Lançando mão de dados estatísticos registrados nos históricos documentos, a obra permite que se infira como se dava a relação da justiça e seus jurisdicionados à época.

O professor da Universidade Federal de São João del Rei revela, baseado em uma extensa pesquisa historiográfica estatística, o funcionamento do aparelho judiciário na comarca, região que, após os primeiros sinais de exaustão do ciclo do ouro em Minas Gerais, conseguiu manter-se economicamente forte e dinâmica, a despeito de outras comarcas, como Vila Rica ou Sabará. (VELLASCO, 2004, p. 39)

A região objeto de seu estudo não teve outro motivo. Apesar do início do declínio da atividade mineradora, a Comarca do Rio das Mortes era uma das poucas localidades na província que era capaz de se manter como um pólo econômico, social e cultural.

O autor descreve a região como dinâmica justamente por seguir recebendo viajantes de várias partes do mundo, dentre os quais estudiosos, negociantes, religiosos, exploradores e curiosos (*idem*, p. 33). Além disso, a localização privilegiada em relação à capital do Império e à província de São Paulo favorecia em muito o comércio com São João, já que seu rápido fortalecimento agrícola fez da comarca uma grande fornecedora de gêneros alimentícios para a região litorânea, incluindo-se aí o Rio de Janeiro. De acordo com o historiador, “com a transferência da Corte para o Brasil, o eixo de escoamento da produção regional se desloca do abastecimento interno para a praça do Rio de Janeiro, para onde as tropas se dirigiam levando gado em pé, cavalos, mulas carregadas de toucinho, queijos, açúcar, algodão, tecidos e couros, além do ouro que seguia sendo extraído e retornavam trazendo sal, produtos e artigos europeus que seriam distribuídos pela região e para as outras comarcas.” (*idem*, p. 40). O livro traz também interessantes relatos como o seguinte:

“Os comerciantes, muitos dos quais bem ricos, compram no Rio de Janeiro todos os objetos que podem ser consumidos no interior; os vendedores das pequenas vilas da comarca do Rio das Mortes e das comarcas mais distantes têm certeza de encontrar numa mesma casa em S. João quase todos os artigos que necessitam; enquanto que, se fossem ao Rio de Janeiro, perderiam muito tempo, fariam despesas consideráveis e, menos conhecidos, não gozariam do mesmo crédito.” (SAINT HILAIRE, 1974, p. 111)

Ou então como este, nas palavras do negociante inglês John Luccock em passagem pelo Brasil no ano de 1817:

“Quando pela primeira vez avistei a vila de São João del Rei, ficou ela muito aquém da ideia que anteriormente fizera de seu tamanho, e as terras em redor pareceram-me menos populosas do que seu comércio me levava a supor. Ao ter-me melhor enfrornado em quanto lhe dizia respeito, tive que corrigir essas ideias errôneas e, embora haja poucas povoações em suas vizinhanças, existem numerosíssimas casas disseminadas em quase todos os vales, das quais muitas ligadas a fazendas consideráveis. Estendem-se estas por todos os recantos da ‘Comarca’ que é, ela própria, maior do que o reino todo de Portugal, rica e fértil por natureza, em muito alto grau.” (LUCCOCK, 1975, p. 316)

Vale a pena ainda destacar uma das passagens que descrevem o momento de efervescência social e cultural pelo qual a vila de São João passava à época. Trata-se de uma biblioteca idealizada e implantada pelo editor responsável do jornal local *Astro de Minas*. Lemos:

“Os livros desse incipiente estabelecimento fundado nas montanhas do Brasil, onde, até bem pouco tempo, era interdita a difusão de qualquer tipo de conhecimento, somavam-se cerca de 1.000 volumes dispostos ao longo das paredes, numa sala bem arrumada, com uma mesa de leitura no centro. Além de obras em português e espanhol, havia muitas outras em francês; (...) Ficamos surpresos, porém, ao encontrarmos num lugar tão remoto alguns livros ingleses, entre os quais *O Revolucionário Plutarco*, *Riqueza das Nações*, de Smith, *Geografia*, de Pinkerton, *O Paraíso Perdido*, *Viagem Sentimental*, e *Trials for Adultery*, ao lado de alguns periódicos, entre eles o *Times* e o *Chronicle*. Descobrimos que havia três pessoas na cidade que falavam inglês e eram membros da biblioteca, além de

algumas outras que conseguiam ler a língua e estavam progressos na conversação.” (WALSH, 1985, p. 78)

A vila de São João chegou a contar com circulações periódicas de jornais como o *Astro de Minas* (1827-1839), *O Amigo da Verdade* (1829-1831), *A Constituição em Triunfo* (1830), *O Constitucional Mineiro* (1832-1833), *O Mentor das Brasileiras* (1829-1832), *O Papagaio* (1832), *A Legalidade em Triunfo* (1833), *Oposição Constitucional* (1835), *O Monarquista* (1838), *O Americano* (1840), *O Despertador Mineiro* (1842) e *A Ordem* (1842-1844) (CAMPOS, 1998).

É neste cenário, infelizmente aqui muito sucintamente descrito, que o historiador identifica o surgimento de uma intensa busca da sociedade civil pela tutela jurisdicional, ao contrário do que se pode imaginar sob um governo centralizador e autoritário como a monarquia ou o império.

Com a vinda da família real para o Brasil, operaram-se algumas reformas na máquina judiciária. Uma delas, muito importante foi a mudança da Casa de Suplicação de Lisboa para o Rio de Janeiro. Esta era a última instância do sistema recursal da coroa e que passava agora a funcionar no Brasil. Durante a estada do Rei no Brasil, o mais importante era que fosse visto e evidenciado seu “poder superior”, “por meio da expansão, centralização e monopólio do aparelho judiciário” (VELLASCO, p. 95). Embora tivesse deixado o sistema judiciário no Brasil já um pouco mudado, as reformas mais evidentes aconteceriam no Brasil pós-independência.

Dentre outras reformas, sem dúvida as mais importantes delas eram as promulgações do Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830 e do Código do Processo Criminal, que viria a acontecer no dia 29 de novembro de 1832, no Brasil recém-emancipado (*idem*, p. 100).

Nosso enfoque, no entanto, é dado em uma lei anterior, que institui no Brasil a figura do juiz de paz eletivo. Esta lei fora promulgada em 15 de outubro de 1827 (*idem*, p. 100). Diante de inúmeras críticas que se teciam à administração da justiça pela Coroa, cujas leis herdadas eram vistas como uma barbárie, enxergava-se a necessidade de se descentralizar a referida administração como uma alternativa para solucionar as famigeradas chicanas e autoritarismos trazidas por um governo centralista e monopolizador como a Coroa (*idem*, p. 106).

Qual é, no entanto a importância do juiz de paz no presente estudo, que trata da força legitimadora do costume no ordenamento brasileiro?

### **3.1.1. O juiz de paz como “agente de costume”**

“A criação do juizado de paz marcava uma mudança importante na configuração do poder judiciário e criava um personagem que marcaria toda a década seguinte, alterando profundamente o cotidiano da justiça. Com atribuições administrativas, policiais e judiciais, o juiz de paz, eleito, acumulava amplos poderes, até então distribuídos por diferentes autoridades (juízes ordinários, almotacés, juízes de vintena) ou reservados aos juízes letrados (...). O exercício do juiz de paz envolvia a justiça conciliatória e a imposição do termo de bem viver, a manutenção da ordem pública e emprego da força pública, vigiar o cumprimento das posturas municipais, a condução das eleições, enfim, funções administrativas, judiciais e policiais as mais amplas.” (*idem*, p. 100).

A narrativa acima fornece-nos um panorama dos vastos poderes que os juízes de paz eleitos gozavam em suas localidades. Em um contexto de intensa competição cooperativa entre estes juízes e os juízes profissionalizados (como eram os juízes de fora, por exemplo), tidos como letrados, imediatamente superiores àqueles, pode-se notar o surgimento de um campo fértil para o desenvolvimento da justiça no Brasil (*idem*, p. 106).

Os objetivos pretendidos com a instauração do juiz de paz eram precipuamente: i) dar agilidade e dinamismo nas soluções de litígios em uma máquina até então lenta e decadente e ii) promover as justiças conciliatórias, capazes de desonerar uma justiça atribulada, confusa e perdida entre muitas leis, alvarás, decretos e instrumentos normativos de toda ordem (FLORY, 1986, p. 82-83). De fato, os nomes de mais pessoas passaram a ser lançados no “rol dos culpados”, após as eleições dos juízes de paz em 1829 na comarca (VELLASCO, p. 110). O “rol dos culpados” era um livro publicado pelo juiz de fora e nele constava os nomes das pessoas que eram denunciadas e contra as quais abria-se um processo criminal.

De acordo com os dados, antes da criação dos juizados de paz, as denúncias acolhidas pelo juiz de fora eram em sua maioria, os crimes chamados de “assuadas”. O termo designava “reunião de pessoas, armadas ou não, para fazer mal ou causar danos a alguém, tumulto, motim com grande alarido”. Já no período subsequente à eleição dos juízes de paz, as denúncias passaram a tratar de conflitos interpessoais, como “pancadas e ferimentos”, “furto de um cavalo castanho”, “desafio que fez ao ofendido”, “arrazamento e demolição de uma morada” e “mortes” (*idem*, p. 111-112).

O que poderia explicar a preferência na busca pela tutela dos juízes de paz? Os dados revelam um possível entusiasmo inicial com a criação do novo órgão jurisdicional, que finalmente representava uma autoridade legitimamente local para a qual se pudesse mover suas queixas. A função de juiz conciliador certamente assumia posição de destaque neste

novo personagem da justiça brasileira. O periódico *Astro de Minas* noticiava com empolgação o fato de “a saudável instituição dos juízes de paz [ter] depois de seu andamento, começado em janeiro deste ano, produzido ali bons efeitos: trinta e tantas questões se hão terminado por meio de amigáveis composições, das quais se lavrou termo” (*idem*, p. 112).

Duas explicações são possíveis: a primeira se refere a um contexto de cooperação entre os magistrados de paz e os juízes letrados. Já a segunda refere-se a uma competição que se estabeleceu entre os novos juízes e os profissionalizados. Nesta última hipótese, o elemento novo traz novos ares em um ambiente viciado. De um lado, temos os juízes de paz, aptos a suprir as expectativas tanto das elites locais, quando da população em geral. De outro, os juízes letrados, incomodados por uma nova realidade, decorrente de duras críticas ao sistema monopolizador e elitista do judiciário de até então. Em uma ou outra hipótese explicativa encontramos, no entanto, um elemento comum, que trouxe mudanças no sistema: o juiz de paz (*idem*, p. 112-113).

A figura do juiz de paz, embora instituída por uma lei promulgada, relaciona-se com aspectos costumeiros observados no costume britânico, sejam eles de causa ou de consequência, guardadas as devidas proporções.

O primeiro deles é o fato de ser ele eleito pelo voto popular (*idem*, p. 119). Esta característica revela as bases populares do juiz. Demonstra a relação do povo com uma autoridade local a quem pode se reportar e demandar resoluções de problemas que não se limitam somente a litígios judiciais. É ele escolhido por seus pares, com o qual são habituados a conviver diariamente na vida social da cidade. Neste aspecto, o juiz de paz é uma figura muito mais próxima das realidades, tensões sociais, problemas e assim, dos costumes e tradições da localidade que o escolheu.

O segundo é a justiça conciliatória, a qual o mesmo possui o poder de promover (*idem*, p. 100). Tal prerrogativa constitui-se em elemento central na formação de um costume, na medida em que busca a convivência pacífica entre os indivíduos, propiciando assim o ambiente ideal para a formação gradual do já mencionado engajamento pelo silêncio, do consentimento tácito dos indivíduos. Numa justiça conciliatória, muitas vezes o indivíduo abre mão do que teria por direito, isto é, pelo que a *lei codificada* poderia garantir-lhe, em troca de vantagens que nem sempre a mesma garante. Verifica-se aqui que a lei codificada não necessariamente era o principal referencial para a resolução de um conflito, neste aspecto.

O terceiro é a confiança depositada pelas pessoas na autoridade do juiz de paz. Tal fato encontra analogia, guardadas as devidas proporções, na guarda conferida pelos barões ingleses a seus homens na busca de suas liberdades contra a Coroa (BITAR, p. 268), quando

da criação da Magna Carta de 1251. Independente de os juízes de paz estarem corretos ou não ao lançarem os nomes no “rol dos culpados” ou de suas decisões serem legítimas do ponto de vista jurídico, fato é que a busca pela tutela jurisdicional intensificou-se com a criação do juiz de paz. Este fato demonstra por si só, relação parecida com aquela criada entre os homens livres e seus barões na tutela de suas liberdades (*idem*, p. 268).

O quarto é um contexto social que pugnava pela descentralização do poder e pela ampliação das liberdades individuais, imediatamente após a independência do Brasil. Tal tendência pode ser verificada com a promulgação da lei de 23 de setembro de 1828 com a ordem de que “em nenhum processo criminal, por mais sumário que seja, se proferirá sentença definitiva, ou o réu esteja solto ou preso, sem que a parte acusadora (...) apresenta a acusação por escrito, com especificada menção dos autos e termos do processo, das testemunhas e documentos que fazem culpa” (*idem*, p. 100). Trata-se de um processo de limitação de arbítrios do poder central, dentro do qual, outras medidas se integraram, como a própria criação dos juizados de paz.

O quinto aspecto consiste em ser a própria busca pelo juiz de paz um costume em si. É como se os tutelados enxergassem nele a própria manifestação de suas próprias tradições e valores e assim a guarida necessária para a manutenção dos mesmos.

Finalmente, o sexto aspecto reside no fato de que muitos dos que buscavam a tutela do juiz de paz retiravam a ideia de um fundamento de validade normativa baseada no costume e na tradição. Em uma sociedade composta à época de muitas pessoas analfabetas, dificilmente as mesmas poderiam reportar-se a uma lei escrita. Trata-se de uma busca de costume através do costume, tendo-se o juiz de paz como interlocutor.

É claro que jamais saberemos a quais interesses podiam atender os juízes de paz. Não se trata aqui de sacralizar o juiz de paz e suas atribuições. Até porque há registros de arbitrariedades das mais diversas praticadas pelos mesmos (*idem*, p. 101). Lado outro, há igualmente registros de juízes de fora, profissionalizados e intensamente dedicados ao ofício, ocorrendo casos em que, não raro, desconstituíam decisões de juízes de paz pautados na lei promulgada do império (*idem*, p. 115). Tais decisões eram dignas de verdadeiras manifestações irritadas e desaforadas dos juízes de paz, que muitas vezes se sentiam invadidos em suas esferas de competência (*idem*, p. 117).

O que se quer com esta breve explicação é fixar um paradigma, um elemento histórico que reside no juiz de paz como sendo o que aqui chamamos de “agente de costume”. Como sabemos, um costume não promulga-se, mas sim cria-se. O novo personagem da justiça brasileira com seus amplos poderes locais, auxiliado também pelos inspetores de quartirão,

não impunha costumes ou tradições, embora isto pudesse ocorrer em virtude de eventuais arbitrariedades. Ao contrário, seus poderes modulavam a realidade jurídica de então e abriam caminhos para o crescimento gradual de costumes, até o ponto em que os mesmos pudessem ser objetivamente dotados de normatividade.

O juiz de paz não prosperou na justiça brasileira com o mesmo ímpeto da época do Brasil império. Ele possui, no entanto, previsão constitucional, nos moldes do art. 98, II da Constituição Federal/88. Vejamos:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

(...)

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Quando do julgamento da ADI 954 de 14 de dezembro de 1994, o entendimento da Corte do STF se deu no sentido de que “a Justiça de Paz se qualifica como verdadeira magistratura eletiva, com competência de caráter judiciário (como as atividades conciliatórias), sem contudo, poder exercer atividades jurisdicionais (a vedação é explícita no art. 98, II)” (LENZA, 2012). Note-se aqui que a decisão interpreta o mandamento constitucional extensivamente, dando à Justiça de Paz seu caráter judicial, quando se tratar de atividades conciliatórias.

A lei federal instituirá a Justiça de Paz no âmbito do DF e Territórios, quando for de competência da União, caso em que a iniciativa de projeto será exclusivamente do TJDF. Virá por lei estadual, quando for regulado seu funcionamento em cada Estado, cuja iniciativa será exclusivamente do Tribunal de Justiça local (*idem*).

Poucas têm sido até hoje as leis estaduais que tratam a respeito da Justiça de Paz. Coincidência ou não com o recorte histórico e geográfico deste trabalho, a lei mineira é uma das poucas no Brasil que regulamenta o funcionamento da Justiça de Paz em um Estado. Trata-se da Lei 13.454/2000, que gerou por parte do Procurador – Geral da República o ajuizamento da ADI 2.938. A referida ação buscou rebater vários dispositivos da Lei. Repete-se neste caso um comportamento parecido com as chamadas “guerrilhas burocráticas”

(VELLASCO, p. 106), oriundas da rivalidade entre os então juízes “letrados” e os juízes de paz.

Fato é que, mesmo com previsão constitucional, a figura do juiz de paz no Brasil segue vazia e com pouca aplicação prática. Alguns motivos podem explicar o atrofiamento deste cargo. Um deles é o grande aparelhamento da máquina judiciária brasileira. Verifica-se isto pelos altos investimentos feitos pela União e Estados nas constantes melhorias de suas estruturas judiciárias, numa clara evidência de que o Estado avoca para si (e poder-se-ia dizer neste contexto, centraliza em si) toda a jurisdição, deixando poucas e menos relevantes funções para as Justiças de Paz. Neste caso, é menos interessante tanto para o jurisdicionado, quanto para o Estado investir na Justiça de Paz, haja vista que a Justiça Comum, com todo seu aparelhamento, pode ser mais eficaz na solução do litígio (inclusive o conciliatório).

Outro motivo que pode explicar a fraca expressão das Justiças de Paz é o fato de a iniciativa para a criação das mesmas pertencer exclusivamente aos Tribunais de Justiça de cada Estado. Como vimos, já no início do Brasil império era grande a rivalidade entre os juízes profissionalizados e os juízes de paz. Talvez menos tolerantes ainda seriam aqueles com relação a estes hoje em dia, dada a incessante busca na justiça atual, por decisões cada vez mais bem fundamentadas na lei codificada. A Justiça de Paz encontra aí um grande entrave, pois é de se imaginar, tendo em vista os aspectos históricos estudados, que não é do interesse do Poder Judiciário criar um braço com maior autonomia decisória, baseada principalmente nos costumes. A Justiça de Paz, que antes representou uma expansão da capacidade de ação judiciária (VELLASCO, p. 119), hoje é inibida sem que se leve em conta os benefícios que esta poderia trazer.

Nota-se assim, ao longo da história, que o Brasil atendeu à vocação centralizadora, herdada de Portugal, culminando assim na administração da justiça.

### **3.2. O costume no ordenamento brasileiro: há uma força legitimadora?**

Pergunta-se o quanto as tradições jurídicas lusitanas eram influenciáveis pelo uso do costume. Entendendo-se esta forma de fonte de direito como não sendo aquela legalista, codificada, o doutrinador português António Manuel Botelho Espanha descreve o direito lusitano à época do século XVIII como sendo “essencialmente pluralista” (PAGLIARINI, p. 322), devido ao fato de a lei em sentido estrito ser, dentro do direito uma fonte minoritária.

Segundo ele, a prática jurídica pré-oitocentista era marcadamente guiada pelo direito doutrinário, sendo a lei mero instrumento auxiliador na interpretação das doutrinas pelos juízes. Segue o jus-historiador afirmando que, à época, “a maior parte da vida jurídica corria à margem do direito escrito”. Dados estatísticos de Portugal dessa época apontam para um percentual de 15% de população alfabetizada, enquanto os outros 85% guiavam-se por padrões de conduta estabelecidos pela tradição, “tutelados por formas por vezes antiqüíssimas de organização comunitária” (*idem*, p. 322).

Quando da promulgação da Lei da Boa Razão em 1769, o costume começou a perder sua força como agente de elaboração do direito. Segundo esta lei, para que fosse admitido no ordenamento lusitano, o costume deveria atender a três requisitos: que não fosse contrário à lei; que estivesse em conformidade com a boa razão e que excedesse de cem anos.

Há de se ressaltar a falta de critérios no que tange a este último requisito; ora, como é sabido, uma característica do costume é o fato de justamente ele não ter um termo inicial delimitado, como ocorre com uma lei codificada. O processo de formação costumeira não permite delimitar com segurança quando se iniciou o caráter de autoridade do costume, sendo certo que a prática reiterada somada ao engajamento pelo silêncio respondem de forma mais contundente à aquisição de caráter normativo por um costume. Dessa forma é descabido exigir-se qualquer marco temporal, haja vista que um costume o é pelo simples fato de começar a ser praticado sem uma rigorosa data (MARQUES, p. 166).

O costume encontra-se hoje encartado em vários diplomas do nosso ordenamento. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro informa o caráter subsidiário do costume em nosso sistema: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”.

Já o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Vale dizer aqui que não quis o legislador constituinte originário se referir à lei em seu sentido estrito, como instrumento legislativo, mas sim ao Direito em sentido amplo, incluindo-se aí a manifestação dos costumes (*idem*, p. 167).

Ressalte-se aqui que no direito penal, o costume não pode criar novos tipos penais, nem impor novas sanções. No entanto, é ele fonte hermenêutica auxiliar na integração de lacunas na parte geral do Código Penal Brasileiro. Os costumes possuem, portanto, relevante força instrumental do ponto de vista interpretativo no nosso direito penal (*idem*, p. 159).

O atual Código de Processo Civil assim diz em seu art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-

lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”. Clara é aqui a manifestação do princípio da inafastabilidade da jurisdição (*idem*, p. 167). O papel do costume aqui está mais uma vez reservado ao segundo plano, podendo ser acionado em sede de jurisdição somente quando houver lacuna ou obscuridade da lei, a fim de manter o juiz vinculado à jurisdição. A este respeito o processualista Nelson Nery Jr. é claro: "Pode haver lacuna na lei, mas não no direito. A integração das lacunas pode dar-se por duas formas: a) auto-integração; b) hetero-integração (Carnelutti, Teoria generale, § 39 ss, p. 86 ss). A auto-integração se dá pela analogia; a hetero-integração ocorre pela aplicação dos costumes, princípios gerais de direito e equidade. A auto-integração e a hetero-integração compõem partes de uma antítese: a primeira é uma solução rígida, enquanto que a segunda é solução fluida; aquela favorece a conservação e esta a evolução do direito; aquela tem como ponto central a lei, enquanto esta, o juiz; aquela sujeita a justiça à certeza, ao passo que esta faz prevalecer a justiça à certeza; aquela é formada de preceitos abstratos e esta, de preceitos concretos (Carnelutti, Teoria generale, § 40, p. 91)" (NERY JUNIOR, 1994).

Finalmente, um dos artigos do CPC que mais pode nos interessar no presente trabalho. Trata-se do seu art. 337, que assim dispõe: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

Como não há especificação sobre quais meios utilizar-se-á para provar os costumes, o bom senso indica que a prova do costume pode ser feita por todos os meios de prova em direito admitidos, já esta era a determinação do anterior diploma do CPC (MARQUES, p. 170). Em verdade, a referida prova está ligada aos requisitos configuradores da normatividade consuetudinária, quais sejam: o uso reiterado no tempo e o engajamento pelo silêncio, que representa o processo de institucionalização. Não obstante, o costume alegado não pode ser proibido, há de ser permitido (*idem*, p. 170).

Tendo em vista estas evidências, pode-se inferir que os costumes têm ampla aceitação no ordenamento brasileiro. Vários dos nossos principais diplomas o reconhecem ao menos como fonte interpretativa do direito. Há também o reconhecimento dos costumes como fonte formal de direito, quando a lei silencia sobre determinado assunto.

Polêmica maior reside nos costumes *contra legem*. Embora seja esta espécie de costume vedada no ordenamento brasileiro, conhecemos exemplos corriqueiros em que a mesma é deliberadamente praticada ao contrário do que a lei institui. Um bom exemplo desta prática é o que se dá a respeito das chamadas “coisas perdidas”. A lei penal estabelece em seu art. 169, II, pena de detenção de um mês a um ano ou multa àquele que “acha coisa alheia

perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.”. Ora, bem sabemos que a lei dispõe de uma forma a se proceder neste caso. No entanto, todos já passamos por uma situação em que, se não nós mesmos, amigos ou conhecidos se apropriaram de coisas perdidas e a interpretação que a isto se segue é a de se ter tido sorte com o achado. Está aí demonstrado um costume – porque reiterado no tempo e porque muitas vezes não surge desta conduta necessariamente um senso de reprovabilidade – *contra legem*, porque vai de encontro ao que a lei diz, podendo-se afirmar aí uma conduta revogatória daquela. Tudo vai depender, no entanto, das circunstâncias em que foi achada e da coisa perdida em si. O mais importante é demonstrar que os costumes *contra legem* se dão de forma mais corriqueira que imaginamos.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante do trabalho exposto, pode-se concluir que há uma força legitimadora dos costumes no ordenamento brasileiro. Como visto, os mesmos são plenamente admitidos em suas funções de ferramenta interpretativa e integradora dentro do sistema. Já em sua faceta *contra legem*, talvez a expressão mais intensa e poderosa do costume, este é prontamente repellido do sistema.

O trabalho buscou esclarecer os pontos em que o costume em suas feições mais autênticas, revelaram-se no ordenamento brasileiro como forma de demonstração de potencialidade de sua plena expressão. Será, aliás, fatalmente necessário em algum ponto futuro da trajetória da Constituição brasileira, que o ordenamento brasileiro se liberte de várias amarras legalistas. Para tanto, o costume permeia o sistema como substrato fático, trazendo em si conflitos históricos ditados pelas premências de cada época. Em cada conflito, em cada realidade, em cada época, valores orientadores da comunidade foram moldados, surgindo daí um novo *modus vivendi*.

É claro que, ao falarmos sobre o ordenamento brasileiro, referimo-nos a uma Constituição bastante jovem, que esperançosamente passa a ser a testemunha viva dos dissensos, debates e conflitos em que vive a sociedade.

A proposta deste trabalho é refletir sobre o perfil centralizador histórico da administração da justiça brasileira, sob o ponto de vista do costume como força normativa. Conforme demonstrado, claras foram as tentativas ao longo da história, de se descentralizar a administração da justiça, tendo-se por muitas vezes o costume como centro de gravitação de

cada localidade. Não é possível vislumbrar, contudo, em um país dividido em vinte e sete Unidades da Federação, que uma democracia saudável sobreviva pela via centralizadora e monopolizadora.

Neste aspecto, o costume com força normativa desempenha uma força dinâmica, capaz de ativar e avivar o debate político e social Brasil afora, fortalecendo ainda mais os modernos instrumentos de Estado Democrático de Direito de que o país dispõe. Para isto, é fundamental que aos poucos os instrumentos costumeiros sejam desamarrados do legalismo exagerado e portanto irracionalizado que se observa em várias comarcas brasileiras.

Somente depois de uma etapa como esta, pode-se vislumbrar o início do crescimento de um costume com forças autenticamente normativas no ordenamento brasileiro.

Obviamente, o direito costumeiro demanda muito tempo para criar-se e fortalecer-se. Uma vez atingido este ponto, no entanto, passa a ser ele mesmo uma força vinculante e viva de seus processos decisórios.

## REFERÊNCIAS

- BAUER, Christopher e GILLIES, Dieter. *Englisch für Juristen – FFA HS 1.1. Constitutional Law Course Guide*. Universität Passau, 2009.
- BITAR, Orlando. Fontes e essência da Constituição Britânica. In.: Obras completas de Orlando Bitar. 2º volume: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- CAMPOS, Maria Augusta de Amaral. *A marcha da civilização: as vilas oitocentistas de São João del Rei e São José do Rio das Mortes*. 1998. Dissertação (Mestrado) – FAFICH/UFMG, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. – São Paulo : Atlas, 2008.
- FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y El Jurado en el Brasil imperial, 1808-1871. Control social y estabilidad política em el nuevo estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de La Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LUCCOCK, John. *Notas sobre o Rio de Janeiro e partes meridionais do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1975
- JENNINGS, Sir Ivor. *The Queen's Government*. Oxford, 1952.
- LENZA, Pedro. O que é a justiça de paz?. In. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-que-e-a-justica-de-paz/8630>. Acesso em 27/01/2014.
- MARQUES, José Roberto. Costume. In. Revista de Direito Privado. Vol. 22. Abril / 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil (LGL\1973\5) e legislação processual civil extravagante em vigor - comentado. São Paulo: RT, 1994.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Reflexões sobre o costume, como norma internacional imaterializada, e sobre tratado, como norma internacional assentada em suporte físico. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol 49. Out / 2004.
- PEARCE, Jeremy. *Customary international law: not merely fiction or myth*. In. Australian International Law Journal n. 125. 2003.

SAINT-HILAIRE, Auguste de. *Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1975.

\_\_\_\_\_. *Viagem pelo Distrito dos Diamantes e litoral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974.

STANNARD, Harold. *The Two Constitutions – A Comparative Study of British and American Constitutional Systems* / Harold Stannard, Adam and Charles Black. Londres, 1949.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem : violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais – século 19*. EDUSC, 2004.

WALSH, Robert. *Notícias do Brasil (1828-1829)*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1985. 2 v.

