

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 130

abril/junho – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Costume - redemocratização, pluralismo e novos direitos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

SUMÁRIO

1. O costume como tradição e o direito no antigo regime. 2. Os dilemas latino-americanos: modernização autoritária e cultura. 3. Constitucionalismo e legalidade contra o costume. 4. Universalismo e particularismo: direitos redistributivos (direitos sociais) e direitos ao reconhecimento (auto-discriminação).

“Dicendum quod multitudo, in qua consuetudo introducitur, duplicis conditionis esse potest. - Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis. Unde licet singulae persoane non possint condere legem: tamen totus populus condere legem potest. - Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem vel legem a superiori potestate positam removendi: tamen ipsa consuetudo, in tali multitudine praevalens, obtinet vim legis, in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere: ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit.” (“A multidão em que se introduz o costume pode ter dupla condição. Se for livre e capaz de legislar, vale mais o consenso de toda a multidão, para o fim de se observar alguma disposição manifestada pelo costume, do que a autoridade do chefe, que não tem o poder de legislar senão enquanto representa a personalidade da multidão. Por onde, embora pessoas singulares não possam legislar, contudo a totalidade do povo pode. - Outro caso é o da multidão que não tem poder livre de legislar para si ou de remover a lei estabelecida por um poder superior. Em tal caso, contudo, o próprio costume, que prevalece na multidão, obtém força de lei por ser tolerado por aqueles a quem pertence impor a lei à multidão. Pois, por isso mesmo, são considerados como tendo aprovado o que o costume introduziu.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia-IIae, q. 97, art. 3).

José Reinaldo de Lima Lopes é Professor da Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito e Professor Visitante da Universidade da Califórnia, San Diego.

“In political speculations the tyranny of the majority is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard” (p. 129). “But reflecting persons perceived that when society is itself the tyrant – society collectively over the separate individuals who compose it – its means of tyrannising are not restricted to the acts which it may do by the hands of its political functionaries. Society can and does execute its own mandates: and if it issues wrong mandates instead of right, or any mandates at all in things which it ought not to meddle, it practises social tyranny more formidable than any kind of political oppression, since, though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means to escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself. *Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs protection also against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compels all characters to fashion themselves upon the model of its own. There is no limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence: and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism.*” (p. 130) “Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.” (p. 135) “The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it.” (p. 138) (MILL, John Stuart. *On Liberty*)

“Cultural heritages and the forms of life articulated in them, normally reproduce themselves by convincing those whose personality structures they shape, that is, by motivating them to appropriate productively and continue traditions. The constitutional state can make this hermeneutic achievement of the cultural reproduction of lifeworlds possible, but it cannot guarantee it. For to guarantee survival would necessarily rob the members of the very freedom to say yes or no that is necessary if they are to appropriate and preserve their cultural heritage. When a culture becomes reflexive, the only traditions and forms of life that can sustain themselves are those that bind their members while at the same time subjecting themselves to critical examination and leaving later generations the option of learning from other traditions or converting and setting out for other shores.” (HABERMAS, Jürgen. *Struggles of Recognition*. In: *The Democratic Constitutional State*. TAYLOR, Charles, GUTMAN, Amy. *Multiculturalism*. Princeton: Princeton Univ. Press, 1994.)

1. O costume como tradição e o direito no antigo regime

Durante o antigo regime, sob o qual viveu o Brasil por quase trezentos anos, a ordem jurídica aceitava o costume como fonte de direito e não apenas como subsidiária. Questões de direito privado poderiam ser legitimamente decididas com fundamento nos costumes do reino (Ordens Filipinas, Livro 3, título 64), nos estilos da Corte e nas leis: secundariamente, em caso de lacunas diríamos, poder-se-ia recorrer ao direito romano (leis imperiais). As questões de direito público também se prendiam ao costume, uma espécie de costume constitucional: os direitos reais (régios) podiam ser resultado de costumes, caso em que eram ditos direitos reais menores e adventícios (em contraste com os direitos essenciais, ditos majestáticos ou maiores) (Coelho de Sampaio apud Almeida, v. 2, p. 440). Os privilégios corporativos (Hespanha) conquistados ao longo do tempo formavam o arcabouço do antigo regime e muitos deles eram costumeiros.

No sistema jurídico português durante o período colonial, o costume se classificava em várias categorias: costume propriamente dito, foros locais, façanhas (decisões dos juizes municipais – juizes de câmara), estilos da Casa de Suplicação (Tripoli, 1936, p. 61). Os costumes dividiam-se por classes (fidalgos, clero, judeus, mouros), por locais, em oposição ao costume do reino (geral), além dos costumes jurisprudenciais (Caetano, 1992, p. 352). Conforme notícia Tripoli, os costumes *praeter legem* valiam uma vez decorridos 10 anos e os costumes *contra legem* valiam uma vez decorridos 40 anos, desde que não fossem contrários ao bem comum ou lei de ordem pública (p. 62). Num sentido semelhante, na América espanhola, Eyzaguirre notícia que o costume contra a lei valia quando provado seu uso por dez anos ininterruptos (Eyzaguirre, 1991, p. 151). Segundo Hespanha (1994, p. 359), a questão do costume ligava-se não apenas à capacidade ativa do povo de dar-se leis, mas também à capacidade passiva de recusar as leis que lhe eram dadas (negando o requisito da *firmatio* pelo *usus utentium*).

“A opinião comum é a de que o costume local deve ser atendido, mesmo quando contrário ao direito comum, desde que se verifiquem certos requisitos da sua validade (nomeadamente a sua prescrição e racionalidade).” (Hespanha, 1994, p. 362)

É fácil compreender como o advento do modelo liberal de estado e direito, revolucionário, universalista, tenta abolir o costume, ou pelo menos relegá-lo à função de fonte secundária. Clóvis Bevilacqua, autor de nosso Código Civil, (Bevilacqua, 1976, p. 30-39) classifica-o como fonte secundária, mencionando, em seguida, como fonte secundária estancada, o direito romano. O costume, nesta visão, passa a ocupar posição estrutural semelhante à do direito romano no período histórico pré-liberal, ou seja, de fonte secundária, só utilizável para justificar decisões em casos muito difíceis para o direito legislado.

Durante as primeiras décadas de vida independente, o Estado nacional brasileiro procura consolidar-se também legislando. Mas a tradição do direito consuetudinário sobrevive e por várias razões. Uma delas, claramente, é a inacessibilidade dos meios estatais em regiões distantes. Seria uma incapacidade horizontal ou geográfica de o Estado estender-se sobre o território nacional. Outra seria a incapacidade vertical ou social de o Estado impor-se sobre todas as classes. O período imperial é um período de lutas também entre o poder imperial central e as províncias: uma das reivindicações liberais era a da proximidade do poder junto aos cidadãos. Os costumes locais deveriam ter algo a dizer ao poder central. Importante lembrar que a discussão no século XIX não é uma discussão sobre a tolerância das diferentes culturas: século do progresso e da confiança no futuro da civilização branca, o pluralismo (exceto quanto às divergências políticas) não está na pauta.

2. Os dilemas latino-americanos: modernização autoritária e cultura

O período republicano, especialmente a partir da era Vargas (1930-1945), é marcado pela tentativa de modernização autoritária do País. O esforço se retoma no governo Juscelino Kubitschek (com a Constituição liberal de 1946) e também sob o regime militar (Estado de Segurança Nacional). O Estado não é apenas intervencionista no sentido de regulador da concorrência intersetorial na economia e arbitrador dos conflitos sociais: é promotor de desenvolvimento, é dirigista, como é também um Estado de segurança. A forma usada para tal intervenção e dirigismo é a lei: a tradição precisa ser revisitada e reformada pela lei. No período de desenvolvimentismo, pode-se com clareza verificar que há levas e levas de reformas.

O processo civil é reformado duas vezes (1939 e 1973). De 1942 é a Lei de Introdução ao Código Civil. De 1940, o Código Penal e de 1941, a Lei das Sociedades Anônimas e a Lei de Falências (lei de quebras). Com este instrumental jurídico, o poder do costume é diminuído. Tanto a Lei de Introdução quanto o Código de Processo relegam o costume a uma posição secundária. No direito privado o costume é instrumento de integração (em caso de lacunas), mas é mencionado depois da analogia. Certo que no direito comercial os costumes podem ter força de lei quando registrados na praça, mas a criação de um mercado nacional (como no caso do sistema financeiro) dificulta esta espécie de formalidade, presa ainda ao conceito de praça localizada. No direito público, o princípio da estrita legalidade torna-se um obstáculo ao uso do costume (não se definem crimes ou impostos por costume).

O avanço do Estado dirigista promoveu transformações sociais; no Brasil, especialmente o grande deslocamento populacional para as cidades industriais. Esta transformação causa um impacto cultural e social. O impacto é cultural na medida em que as populações que se deslocam (1) procedem de regiões diferentes e (2) transferem-se do campo para a cidade. O impacto é social, pois se trata de um processo de integração numa nova classe (de camponeses a operários) e de exclusão econômica (pobreza) e cultural (preconceito, discriminação). Um dos resultados deste processo foi o desenvolvimento de comunidades de vizinhança (nos bairros) e de família que preservaram formas de solidariedade e regras de convivência distintas das formas legalmente previstas. Numa forma de resistência e de estratégia de sobrevivência, as classes populares desenvolveram suas formas de legalidade. Do ponto de vista do direito legalizado, trata-se de simples costumes: podem, portanto, ser *contra legem* e não gerar qualquer validade. Sem ter acesso à justiça formal (por várias razões que aqui não se discutirão), desenvolveram também formas alternativas de resolução de controvérsias.

Estes costumes têm aspectos conflitantes e outros concorrentes com uma concepção democrática universalista de direito. Encarado o regime da vida das aldeias e comunidades como um regime não de controles recíprocos e limitações ao poder absoluto, mas como um sistema de imposição de vontades e poderes particulares, o liberalismo propõe-se a desatar os nós que tal sistema cria para a autonomia

individual. Nestes termos, o desenvolvimento do Estado liberal no Brasil é um desafio não-completado. O direito legislado moderno presume que a aplicação da lei será igual para todos: isto exige, como mínimo, que o poder de execução, administração pública e jurisdição tenham uma eficácia global de modo que ninguém possa justificar o descumprimento da lei com o fato de que, em casos semelhantes ao seu, a lei não foi aplicada. Isto deslegitimaria completamente o direito, pois então, como diz Wanderley Guilherme dos Santos (1993), a aplicação da lei torna-se lotérica, ou seja, dependendo da sorte, ou da influência ou da “esper-teza”, ou da inteligência de cada um. O resultado seria – como tem sido – que a aplicação da lei geral é continuamente distorcida.

3. Constitucionalismo e legalidade contra o costume

Quando se imagina o Estado e a Constituição como um sistema, as coisas ainda se complicam mais. O objetivo de uma constituição republicana democrática pode ser controlar o poder e o seu exercício. Nessa linha de idéias, o constitucionalismo moderno serve às mesmas funções do constitucionalismo antigo, embora com características diferentes. O Estado corporativista do antigo regime conhecia formas de controle do poder por meio das autonomias corporativas e estas, muitas vezes, fundavam-se no costume local. Na França pré-revolucionária os parlamentos recusavam muitas vezes a aplicação das *ordonnances* reais (Picardi, 1995 p.38) e em Portugal havia queixas contínuas contra os magistrados que se atinham mais aos costumes do que às ordens do rei. No regime liberal, concebida a lei como expressão da soberania, o problema dos limites do poder resolve-se pela tripartição dos poderes do Estado e pelo mecanismo eleitoral competitivo. A base do sistema é a universalidade da lei e da cidadania, de tal modo que – exceto quanto aos comerciantes e aos escravos – tendem a desaparecer as distinções pessoais, embora sobrevivam distinções de sexo, riqueza (o voto censitário) e a própria escravidão.

Na história do Brasil em particular, os primeiros anos do Estado nacional são anos de disputa também entre governo central e províncias. Os partidos se definem em torno de tais temas: os liberais propondo maior poder descentralizado ou maior poder para as

províncias, os conservadores propondo maior poder para o governo central. Tavares Bastos (Bastos, 1937) insiste, em 1870, que a autonomia provincial é condição da liberdade do cidadão. Por outro lado, dado que os poderes locais guardavam fortes traços patrimonialistas e de oligarquia familiar, muitos adeptos de certas mudanças e reformas tendiam a ver a necessidade de um governo central forte.

O costume cede pouco a pouco lugar para a legislação e esta, de modo geral, em matérias relevantes concentra-se no governo central. O Código Civil é imaginado como um código nacional, e, para redigi-lo, Teixeira de Freitas é contratado pelo governo imperial para elaborar um esboço de código civil. Tentando consolidar as leis civis (antes de redigir o projeto de código propriamente dito), queixa-se ele do caráter confuso do corpo de direito civil brasileiro: sobretudo, lamenta que as leis – já em si mesmas confusas e numerosas – são a parte menos estudada do direito pátrio. Além disso, dizia que

“a legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se acham inutilizadas, ou modificadas, só por efeito das leis novas? A força do hábito, *entretanto, tem-nas perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revocatórias*” (Freitas, 1896, p. 33).

O Código Civil, finalmente editado na Primeira República (1916), expressamente revogou todos os usos e costumes que lhe fossem contrários (art. 1807). No art. 1.210 sobreviveram os usos locais nos contratos de locação de imóveis quanto ao tempo (duração), coisa também desaparecida quando, por lei, passou-se a regular o aluguel como matéria de interesse social. Os costumes só foram admitidos como meios de integração do direito, ao lado da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

No desenvolvimento do Estado nacional e liberal, portanto, o costume apresentava características e coloração política de contradição com um direito novo e libertador. Se avançamos

na história, o estado social (*welfare state*, *regulatory state*) foi construído com uma perspectiva antitradicional e anticostumeira. A seguridade social, o direito do trabalho e o planejamento econômico do desenvolvimento foram frutos de deliberada intervenção do Estado sobre a sociedade civil, como meio de interferir na inércia da acumulação e da crise capitalista. O fato é que, no Brasil, esta intervenção foi centralizadora e concentradora de renda. O modelo político e o modelo econômico adotados, seja no período Vargas (1930-45), seja no ciclo militar autoritário (1964-84), afastaram os poderes locais (dando ao governo federal a condução da política econômica e social) e a participação popular (por vários mecanismos cujo efeito final foi o afastamento quase total de oposições substanciais e institucionalizadas). Era a época da expansão do mercado nacional, inserido no mercado internacional.

Teria sido possível a criação e consolidação do estado social de direito sem um afastamento dos costumes anteriores, da prática cotidiana costumeira e tradicional? Teria sido possível sem que alguma forma de centralização se fizesse, dado o caráter centralizador do mercado (uma moeda, um sistema bancário, etc.)? O fato histórico é que, tanto na cultura do direito civilista, romano-germânico-canônico, quanto na *common law*, o papel da legislação cresceu, como cresceu o papel do executivo. Houve mais legislação e, aparentemente, menos lugar para o costume. Se assim se pode dizer, o costume sobreviveu e adquiriu alguma força apenas por meio da jurisprudência, das decisões judiciais que finalmente interpretaram e aplicaram as leis. Neste sentido, é notável que nos países de direito civilista seja crescente o papel da jurisprudência: é que a ela coube calibrar o direito universal e abstrato da lei. Mas se por um lado ela é flexibilizadora do direito abstrato, por outro corre o risco de perpetuar privilégios sob a capa do direito adquirido, ou estender – pela analogia – benefícios que a crise fiscal do Estado impede de tornarem-se direitos universais.

4. Universalismo e particularismo: direitos redistributivos (direitos sociais) e direitos ao reconhecimento (antidiscriminação)

Na dialética entre costume e lei, surgem hoje algumas novas questões, e alguns fenômenos merecem nossa atenção. Em primeiro lugar, a globalização e a flexibilização da economia capitalista mundial, que dizem respeito aos direitos

sociais (de redistribuição). Em segundo lugar, os movimentos em defesa das diversidades e identidades (direitos antidiscriminação ou direitos ao reconhecimento).

O processo de globalização e de flexibilização parece reagir contra o Estado social e contra o direito legislado. Contra o estado social, pois a flexibilização exige, muitas vezes, que se desconstitucionalizem os direitos sociais e os direitos trabalhistas. É o que vemos com clareza passar-se no Brasil, mas é também o que se passa nos EUA (embora ali os direitos sociais redistributivos não fossem propriamente constitucionais). Ao mesmo tempo a globalização parece impor que os regimes de produção sejam sensíveis às condições particulares e regionais de produção e consumo. Essa perspectiva pode fazer crer que o costume – em oposição à lei – volte a crescer. Uma análise diferente pode ser feita, no entanto, se definirmos a globalização como um processo superior de disciplinamento, na linha de Foucault, caso em que os costumes – normalmente imaginados como espontâneos – seriam na verdade a forma típica de organizações transnacionais impõem suas pautas de conduta fora da expressão normativa da lei. Globalização pode ser homogeneização na esfera global, antes que respeito a diversidades. Pode ser também uma forma de escapar aos constrangimentos legais impostos pela democracia social.

Mas não só de homogeneização vive o mundo de hoje. Os processos de fragmentação social e do Estado nacional também são evidentes. Ao contrário da reivindicação dos direitos sociais e redistributivos, em que o primeiro apelo se faz à igualdade (identificação em torno de uma classe universal, como cidadãos ou trabalhadores, e em torno de necessidades comuns e iguais – alimentação, moradia, transporte, educação, oportunidades de vida, etc.), os direitos à identidade fazem-se em nome da diferença: diferenças étnicas, de gênero e orientação sexual, de origem nacional e de cor, e assim por diante. No caso de direitos ao reconhecimento, a afirmação da categoria básica do respeito dá-se com a afirmação também básica das desigualdades de identidade (Fraser, 1995 - comunicação pessoal)*. Nosso tempo é um tempo em que estas identidades minoritárias, dentro dos estados nacionais, reivindicam uma

* Comunicação pessoal feita em 5 de abril de 1995 em colóquio realizado na UCSD. *From redistribution to recognition in the 90s*.

igualdade de respeito fundada na idéia democrática da universalidade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, requerem autonomia. Como compatibilizar tais reivindicações?

A questão não pode ser respondida de maneira simples sem que se perceba claramente que o que está em jogo é, a meu ver, um processo de expansão da democracia. Isto porque, ao reivindicarem as diferenças, nenhum grupo minoritário pode imaginar-se num estado de isolamento: trata-se de redefinir a relação da maioria com a minoria. O costume pode ter um futuro por aí? Creio que sim, desde que seja bem entendido. Tomo aqui o exemplo do estudo feito por Boaventura Sousa Santos numa favela do Rio de Janeiro. Impossibilitados de ter acesso ao sistema legal oficial, por inúmeras razões, os moradores desenvolvem seus próprios meios de resolução de controvérsias. Trata-se de verdadeiros costumes, que respondem a necessidades reais daquele grupo com instituições possíveis. Mas tal resposta é por si mesma o resultado de uma falta de eficácia do sistema legal: este só estende sua proteção a uma classe social. Seria equívocado supor que, podendo dispor de uma justiça impessoal e rápida, segura e eficaz, os moradores de Pasárgada se dessem ao trabalho de criar seu próprio juizado. De outro lado, ao serem obrigados a criar seu juizado, fundam um novo espaço político e público, no qual se colocam todas as questões da política: quem decide, quem tem legitimidade, quais as regras aplicáveis, etc.

Em tempos de desregulamentação será possível falar na volta do costume como elemento de democracia e liberdade? Num certo sentido sim, pois pode-se imaginar que a flexibilização do direito dará mais autonomia para os poderes locais e, portanto, para manifestações plurais de experiências jurídicas. No entanto, alguns campos são muito problemáticos. Tomemos o exemplo da defesa do consumidor. De um lado, grandes organizações fornecedoras de produtos e serviços, capazes de impor cláusulas de contratação. De outro, os consumidores, obrigados a aceitar tais cláusulas. Para contrapor-se a isso será necessária ou a lei, ou alguma instância crítica que julgue o costume, como diziam os medievais, julgue sua razoabilidade e aceitabilidade. O que aplicar: o “costume” dos fabricantes e prestadores de serviços? O “costume” de introduzir nos contratos cláusulas de exoneração de responsabilidade é razoável e jurídico?

Um segundo exemplo: os direitos funda-

mentais da pessoa humana, cuja discussão em Viena, na Conferência das Nações Unidas, foi ilustrativa. Alguns costumes que a tradição mantém são inaceitáveis hoje em dia, quando submetidos a certas instâncias críticas. Acusar tais julgamentos de etnocentrismo (eurocentrismo) não basta para desqualificá-los. O pluralismo jurídico no qual o costume tem um papel importante ao mesmo tempo exige certas definições mínimas, acordadas e discutidas, um *ius gentium* da pessoa humana.

Finalmente, imaginemos que a democracia exige não só ideais nobres de liberdade, senão também mecanismos políticos adequados. No caso do costume, como introduzir controles públicos adequados, capazes de submetê-lo à crítica. A saída dos estados nacionais foi, naturalmente, abandonar, a pouco e pouco, o costume como fonte do direito, substituindo-o pela legislação (discutida e votada nos parlamentos). O resultado também deixou a desejar. Com os inúmeros problemas da representatividade política, o costume *contra* ou *praeter legem* se desenvolve quase que inevitavelmente. No Brasil, 67% das pessoas envolvidas em conflitos não recorrem ao sistema judicial, por diversos motivos. Isto significa que alguma outra forma de solução foi usada (Santos, 1993, p. 102). A distância entre estruturas formais e povo é enorme. A volta da valorização do costume é, nestes pontos, quase inevitável. Numa sociedade urbanizada e industrial, porém, os “costumes” que se desenvolvem paralelamente ao direito estatal oficial não chegam a ser um direito tradicional costumeiro (Santos, 1988, p. 59), entre outros motivos, porque este direito “alternativo” nem sempre se opõe ao oficial: muitas vezes o imita e o supre, na falta da presença efetiva do Estado. Os tribunais de pequenas causas e de conciliação tendem a uma abertura maior para as práticas costumeiras locais. Eles têm sido introduzidos na legislação brasileira desde 1984, e a Constituição de 1988 expressamente mandou criar juzizados especiais para casos de menor complexidade. Vejo aí outra instância de abertura para o costume.

Historicamente, há dois exemplos importantes no direito brasileiro. O primeiro é o do regime parlamentarista, de gabinetes e partidos que se formam no Brasil imperial (a partir de 1850 aproximadamente). O regime parlamentar não era uma criação da Carta Constitucional de 1824, nem os partidos. E no entanto, por quase quarenta anos, é assim que funciona a política brasileira, com um sentido jurídico bastante

claro. O segundo é o do casamento de fato, ou melhor, do divórcio de fato, que foi sendo aceito sob a forma da sociedade de fato entre homem e mulher. Os tribunais, lenta e costumeiramente, aceitaram uniões estáveis como sociedades até que chegasse o divórcio. E a atual Constituição (art. 226) facilita o reconhecimento, como matrimônio, da união estável entre homem e mulher.

Em resumo, o processo de fragmentação pode ser o espaço de onde brotam os costumes outra vez, se encararmos tal fragmentação do seu ponto de vista positivo: autonomia do local e do particular diante do central e abstrato. Mas pode ser que tal autonomia seja, por seu turno, não o sinal positivo de uma comunidade viva, mas o sinal negativo de uma sociedade que deixa a muitos de seus membros (como pessoas e como grupos) marginais, oprimidos, explorados e sem acesso aos mecanismos universais de cidadania, a começar pela justiça. Este é o caso dos novos direitos ao reconhecimento e à identidade: os direitos civis das minorias étnicas, dos negros e índios na América, das mulheres e dos homossexuais. Contra a tradicional intolerância – baseada na simples tradição, no preconceito, na fobia, no poder da maioria, no interesse de certo *status quo* – o costume puro e simples pode ser invocado no sentido da continuidade da opressão antes que da liberdade e florescimento da dignidade da pessoa humana (Dworkin, 1980, p. 240-265; Noel, 1991; Taylor, 1994, p. 25-73).

No entanto, os juristas de hoje, com exceção talvez dos internacionalistas, já não aprendem a técnica do costume: como se cria, como se prova, como se revoga, como se aplica, como se interpreta o costume. Alguma volta do costume certamente está a caminho. No caso do Brasil, será preciso recuperar o saber institucional a seu respeito.

Bibliografia

- PORTUGAL. ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Código Philipino*. Por Cândido Mendes de Almeida. 14. ed. Rio de Janeiro : Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- BASTOS, Tavares. *A Província: estudo sobre a descentralização no Brazil*. 2. ed. São Paulo : Nacional, 1937.
- CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa : Verbo, 1992.
- DWORKIN, Ronald. Liberty and Moralism. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA) : Harvard Univ. Press, 1980.
- EYZAGUIRRE, Jaime. *História del Derecho*. 11. ed. Santiago : Editorial Universitária, 1992.
- HESPANHA, Antonio M. *As Vésperas do Leviatã*. Coimbra : Almedina, 1994.
- MICHELS, Robert. *Political Parties*. New York : The Free Press.
- MILL, John S. *On Liberty*. New York : New American, 1974.
- NOEL, Lise. *L'Intolérance*. Québec : Boreal, 1991.
- PICARDI, Nicola. Il Giudice e la Legge nel Code Louis. *Revista di Diritto Processuale*, 1 (1995) 33:48.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- SANTOS, W. G. *As Razões da desordem*. Rio de Janeiro : Rocco, 1993.
- TAYLOR, Charles e GUTMANN, Amy. *Multiculturalism*. Princeton : Princeton Univ. Press, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro : Garnier, 1896. 774 p.
- TRIPOLI, Cesar. *História do Direito Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1936. V.1.