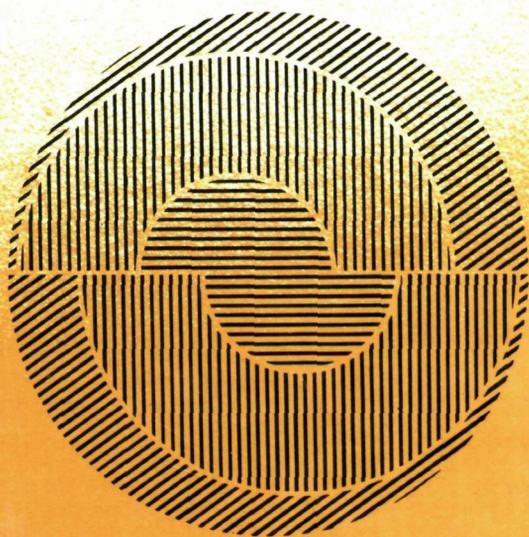


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS  
JULHO A SETEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 99

# Costume: forma de expressão do direito positivo

MARTA VINAGRE

Advogada, cursando pós-graduação em Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (U.S.P.)

*Um Direito fixado pelo costume é um murmúrio da raça, cristalizado através dos séculos. "Vox populi", "vox Dei" — Edmond Picard.*

## I. *Fonte do direito e forma de expressão do direito*

Não se confunda fonte com forma de expressão ou de revelação do direito. Fonte, no sentido de causa geradora, causa eficiente, de ante-suposto da existência, do fato de onde provém, não tem o mesmo significado que forma de expressão, de testemunho, de revelação do fenômeno, como a febre não é a causa da infecção, embora a revele.

Assim, a melhor e mais moderna doutrina (no Brasil, principalmente com LIMONGI FRANÇA) aponta que o direito positivo não se cria ao léu, não surge na sociedade como a fruta madura que despenca da árvore. A causa geradora do direito é o *direito natural*, aliado à vontade humana. Verificada uma necessidade social, recolhe-a e interpreta-a o arbítrio humano, e as regras que as necessidades impõem se transformam naquilo que se denomina direito positivo.

Portanto, o que se convencionou chamar "*fontes formais*" na verdade e realmente não são fontes; pelo menos não são fontes no sentido estrito e técnico do vocábulo.

O direito precisa ser revelado, transmitido, exteriorizado, para que seja conhecido, imposto, divulgado, obedecido. E é aqui que vão cumprir o seu importante papel as formas de expressão do direito, os modos pelos quais o direito se manifesta. Se permitem a comparação, as formas de expressão são como que o aparelho de televisão, que transmite, que revela, que exterioriza a imagem, embora alhures esteja a fonte geradora.

Forma fundamental de expressão do direito é a lei, havendo muitas formas complementares, podendo citar-se o costume, a jurisprudência, os princípios gerais de direito. Deixamos propositalmente de apontar a analogia, pois ela consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, tratando-se, portanto, nem de fonte, nem de forma de expressão do direito, mas de um processo lógico de interpretação, um método de aplicação da lei.

## II. *Costumes — definição, requisitos, aspectos gerais*

Transmitidos esses conceitos preliminares, analisaremos, agora, o tema específico a que nos propomos, que é referto de questões da mais alta indagação, não só jurídica, como filosófica e sociológica, e tem sido objeto da preocupação de juristas e pensadores desde a mais remota antiguidade.

Começemos pela definição de costumes, aproveitando a de VICENTE RAO, que nos parece excelente: "Costume é a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica" (1).

A doutrina, tradicionalmente, exige dois requisitos para a configuração do costume: um objetivo, fático, material, e outro subjetivo, espiritual, psicológico. O primeiro é o uso prolongado, com caracteres de uniformidade, publicidade, generalidade. O segundo é a convicção de sua obrigatoriedade, que os romanos chamavam *opinio necessitatis*. Além desses elementos, não se olvide que os costumes, para que tenham significação jurídica, não podem divorciar-se da moral e que, como todo elemento da ordem jurídica, têm de estar conforme o direito natural.

A repetição, por um longo tempo, da conduta, em *interferência inter-subjetiva*, é a marca, o aspecto capital do costume. Pelo que acima expusimos, é fácil desde logo ver-se que não basta a pluralidade de atos uniformes. O costume passa a ser jurídico quando é consagrado e valorizado pela *opinio necessitatis*, pela convicção arraigada de que ali existe uma regra de conduta.

A *opinio juris et necessitatis*, ou, mais simplificadamente, *opinio necessitatis*, é que transmuda um mero uso, um costume qualquer, em costume jurídico. E é do costume jurídico que desejamos tratar aqui. Há outras

(1) RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 2ª ed., 1976, v. I, t. II, n. 180, p. 218.

regras de conduta no corpo social de vária natureza: morais, religiosas, técnicas, de cortesia, de higiene, de etiqueta, de moda, enfim, convencionanismos não jurídicos, práticas sociais as mais diversas. Mas norma de conduta com fundamento jurídico só terá o costume, e na medida em que seja reputado como vinculante e obrigatório pela consciência popular. Este dado, de ordem espiritual, ideal, que o grande SAVIGNY chamou *Volksgeist*, tem o condão de juridicizar o uso, transformando-o em jurídico, e aí reside o elemento mais alto e nobre do costume, porque é o que o consagra como obrigatório, funcionando como o *animus*, que tem o poder de mudar a natureza da detenção, elevando-a à categoria de posse.

Embora alguns autores estabeleçam sinonímia entre usos e costumes, e até preceitos legais se refiram a eles, assim, englobadamente, tecnicamente representam figuras distintas: uso é a repetição de atos, a reiteração da conduta. O costume vem a ser a regra que do uso decorre. Há usos que se transformam nos costumes e que formam o direito consuetudinário. E há usos e costumes que não são jurídicos.

O que essencialmente distingue o costume de outras regras que emanam também das práticas sociais é que a conduta uniforme e veterana que o forja no seio do povo reflete *um ponto de vista sobre a justiça* (2), e dele surge uma norma, norma jurídica, dotada de sanção e coativamente assegurada. Além do conteúdo diverso, o elemento de convicção é que estabelece a fronteira entre o costume e aquelas outras figuras.

Se há costume, não é porque existe apenas uma prática no corpo social, por mais anciã que ela seja, mas porque, além disso, os membros da coletividade estão imbuídos da crença e da certeza de que há *obrigatoriedade* naquela determinada prática, e ela deve ser seguida, não por bondade ou altruísmo, mas em razão de se estar diante de uma norma de conduta a ser obedecida; de uma regra jurídica a ser cumprida.

Como os sentimentos humanos mais puros, fortes e duradouros, que se sedimentam aos poucos e vão se erguendo com segurança e solidez, tornando-se quase irremovíveis, o direito que emerge dos costumes não nasce de pronto, não aparece de repente, não surge de um jato, mas a sua formação se dá paulatinamente, através de uma continuidade lenta e gradual. Em nada parece com a avulsão e seus caracteres são o de aluvião, como observa JOSSERAND (3).

*Jus non scriptum*, direito consuetudinário, direito costumeiro, direito popular, direito espontâneo, direito extralegal (PONTES DE MIRANDA), direito autêntico (SAVIGNY), direito usual (JHERING), direito instintivo (PICARD), qualquer dos nomes que o costume recebe revela a sua gênese no seio da comunidade; a sua origem na consciência popular; a sua con-

(2) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Ed. Max Limonad, v. I, p. 264.

(3) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola, 1952, t. I, v. I, p. 24, *apud* Wilson S. C. Batalha, *op. cit.*, p. 262.

sagração no espírito do povo. Por tais atributos, o costume é a forma de expressão do direito mais livre, mais autêntica, mais democrática. A lei corre o risco de ser — e às vezes é — inadequada, arbitrária, indesejada, anti-social. Nada mais dramático do que a lei injusta. Tais erros e desvios não podem, normalmente, ocorrer com o costume, pois, por sua própria natureza, ele exsurge naturalmente, espontaneamente, diretamente da vontade dos jurisdicionados. Não é imposto por uma organização formal, por um poder estatal, mas nasceu porque foi “querido” pelo povo.

ULPIANO deu uma definição de costumes que atravessou os tempos e ainda hoje pode ser aproveitada, em mais uma demonstração da uniformidade, permanência e atualidade das lições dos velhos juriconsultos romanos: “*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*”, ou, em vernáculo: “costumes são o tácito consentimento do povo pela inveterada prática de atos semelhantes”.

Qual o tempo que deve ter essa inveterada prática? A famosa Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, inspirada pelo célebre Marquês de Pombal, reprovou os costumes contrários à boa razão, os que conflitassem com as leis e os que não tivessem a duração de cem anos, pelo menos. Nosso Regulamento Comercial, n.º 738, de 25 de novembro de 1850, arts. 25 e 26, reduziu o prazo para cinqüenta anos.

*Data venia*, consideramos arbitrário e sem base lógica e científica estabelecer-se um tempo de duração para que uma conduta reiterada seja e possa ser juridicizada. Não é razoável e a nosso ver nem é possível prefixar-se um período de tempo para que um uso constante e reiterado se transforme em costume. Como marcar com exatidão o seu termo inicial, por exemplo? VICENTE RAO<sup>(4)</sup> pondera ser certo que, ao lado de costumes de prática imemorial, outros existam de prática relativamente recente. A *longa consuetudo* e os *diuturni mores* do direito romano, conceitos fluidos e variáveis, passíveis, por sua abrangência e flexibilidade, de serem aplicados à generalidade dos casos, são melhores que fórmulas aritméticas. Abandonando um critério rígido e certo, mas atento a que a prática social tem de ser vetusta, para que um costume seja considerado norma jurídica, o intérprete — além dos demais requisitos que apontamos acima — deve considerar a natureza do fato, as circunstâncias do caso, e verificar se houve uma conduta reiterada, generalizada, contínua, uniforme, durante um tempo mais ou menos longo, e se essa conduta é tida e reputada como obrigatória e vinculante pela sociedade.

Os costumes têm ingresso ou não são acatados, conforme o ramo do direito de que se trata. São moeda corrente no direito comercial e no internacional. Têm aceitação mais ou menos franca no direito civil e no notarial. Não os admite o direito tributário. Do direito penal foram banidos por força da ideologia liberal dominante, e vigora o *standard* legislativo de FEUERBACH: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, ou

(4) RAO, Vicente. *Ob. cit.*, n. 182, p. 220.

seja, o princípio da reserva legal, que o Código Penal brasileiro abraça, no art. 1.º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". No direito processual aceita-se a heterointegração com o direito costumeiro, bastando ver-se os estilos do foro, os usos e costumes, a chamada praxe forense, sempre presente para regular supletivamente o modo e a forma do procedimento. No direito laboral, as circunstâncias do trabalho, tacitamente ajustadas e observadas, obrigam as partes da relação de emprego. A CLT a isto se refere, nos arts. 8.º e 442. Incontáveis são as normas jurídicas trabalhistas oriundas de produção consuetudinária. Das reuniões de operários franceses em uma praça, denominada *Place de Grève*, surgiu o instituto batizado com o mesmo nome. O salário que não tiver sido ajustado corresponderá ao que *habitualmente* for pago para serviço semelhante. Os acordos coletivos entre sindicatos e empresas não eram previstos em lei, embora fossem celebrados e concluídos por força dos costumes. No direito agrário, os costumes rurigenas representam importante forma de expressão jurídica, dada a imensa extensão territorial de nosso País, com regiões diversificadas, recebendo influências culturais, sociais e econômicas as mais diversas e não raro disparatadas. Para ficarmos apenas com o depoimento de FULVIO MAROI, transcrevemos: "No vasto campo da atividade rural, é fácil perceber-se que o agricultor, ao plantar uma árvore com a distância devida do confrontante, ao respeitar o curso natural das águas, ao abster-se de fazer escavações no seu imóvel ou outros serviços prejudiciais ao imóvel vizinho, não age assim porque esteja coagido pelos tribunais; e sim, quase por instinto, imprimindo em sua conduta o senso inato do interesse mútuo, da solidariedade que, no campo do direito agrário, é perene fonte criadora de normas jurídicas" (5).

O direito consuetudinário é a mais antiga e já foi a única forma de revelação do direito. Nas origens de Roma, no período anterior à Lei das XII Tábuas, não havia normas escritas. Aliás, os povos primitivos eram ágrafos. Conforme a precisa imagem de PICARD, no seu excelente *O Direito Puro* (6), os costumes representam o direito no estado cartilaginoso, aguardando a sua ossificação nas leis escritas, e precedem-nas, como a palavra precedeu à escrita.

Que os costumes integram o *jus non scriptum* afirma-se há séculos, e é verdade e reverdade. Se o legislador reconhece o costume e o transforma em lei, normatizando estatutariamente aquele preceito que antes existia difuso no corpo social, o costume deixa de sê-lo, é claro, pela curial razão de se ter transformado em *jus scriptum*, tanto quanto a propriedade que redundou da usucapião não é mais posse *ad usucapionem* porque já é propriedade.

Se, entretanto, o costume é apenas consolidado, revelado pela jurisprudência, recopilado, registrado, assume uma forma escrita mas não perde a sua natureza de direito consuetudinário. Em exemplo lembrado por

(5) MAROI, Fulvio. *Scritti Giuridici*. V. II, p. 6, *apud* Raimundo Laranjeira, "Propedêutica do Direito Agrário", 2ª ed., 1981, p. 117.

(6) PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. 1951, revisão de A. Souza Jr., § 93, p. 171.

Miguel Reale (7), a Junta Comercial de São Paulo, através de resolução publicada no *Diário Oficial* do Estado, consolidou os usos e costumes das praças comerciais de São Paulo e Santos, especialmente em matéria de comércio cafeeiro. E nem por isso tais regras desertaram do direito costumeiro, como as Ordenações Filipinas não deixaram de ser as Ordenações Filipinas por ter o genial AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS promovido a Consolidação das Leis Cíveis.

Discute-se se o costume, para valer como tal e ser obrigatório, precisa antes ser verificado pelo Poder Judiciário. Na maioria dos países de direito consuetudinário, em que os costumes representam a forma por excelência de expressão do direito, devem eles constar dos precedentes judiciais (sistema anglo-norte-americano), embora tal requisito seja dispensado em alguns subsistemas do mesmo grupo (hindu, por exemplo).

Não obstante, mesmo em países que não integram os do sistema de direito consuetudinário, e formam a família romano-germânica, há opiniões de peso no sentido de que o costume externo direito válido somente no caso de o Estado reconhecê-lo, pelos Tribunais. O padroeiro desta tese é ÉDOUARD LAMBERT (8) e muitos outros autores também entendem que o preceito obrigatório, a sanção dos costumes, só pode ser dada pela autoridade dos juizes. É a lição de RECASÈNS SICHÈS (9), e, entre nós, ORLANDO GOMES (10) abona este parecer, afirmando: "A tese da *confirmação jurisprudencial* é aceitável. Segundo seus adeptos, o costume adquire força obrigatória quando reconhecido e aplicado pelos tribunais. Necessário, portanto, se consagre através da prática judiciária".

De outro lado posiciona-se FRANÇOIS GÉNY (11) ao observar que as sentenças terão especialmente o mérito de *qualificar* os costumes, não os podendo constituir nem substituir. E ficamos com esta egrégia lição.

Realmente, não nos parece que o costume para valer como jurídico careça do prévio reconhecimento pela jurisprudência. O juiz não cria o costume. Este preexiste; já representa uma força viva, que o magistrado apenas revela, somente reconhece. Entendemos que a sentença que acata e manda aplicar a norma que o costume consagrou tem, quanto a este aspecto, caráter declaratório e não constitutivo. Tanto a lei quanto o costume são direito, ou formas de expressão do direito *antes* de receber o reconhecimento judicial. O juiz aplica o direito que existe, o que não quer dizer que a aplicação é que determina a existência do direito. Pode até o costume se formar com a jurisprudência, como no caso de reiteração

(7) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4ª ed., 1977, p. 157.

(8) LAMBERT, Edouard. *La Fonction du Droit Civil Comparé*, p. 210.

(9) SICHÈS, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, 4ª ed., 1977, p. 166.

(10) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., 1983, n. 21, p. 31.

(11) GÉNY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, t. I, p. 366.

de julgados uniformes. Mas este é outro aspecto da questão. Se a prática juridicizada já existe no corpo social, se já se trata de uma regra impositiva, de uma norma de conduta, de comportamento tido e havido como obrigatório, o juiz apenas atesta, aponta, reconhece esta evidência. A confirmação jurisprudencial, no que concerne aos costumes, não se acha no plano da existência, nem da validade, nem mesmo no da eficácia dos mesmos. Que dizer, por exemplo, se jamais houvesse necessidade de intervenção judicial, se nunca tivesse ocorrido contradição e demanda que motivasse a prestação jurisdicional? O costume não existiria? Não se deve, entretanto, apequenar o papel da confirmação jurisprudencial que, por sua relevância, robustece o costume, difunde-o, serve como elemento de fixação do mesmo, proclama a sua força obrigatória aos quatro ventos, tornando-a mais certa e nítida. Mas não é o juiz que a cria — insistamos nisso —, nem é a sentença o seu fundamento ou razão de ser, funcionando como se fosse um espelho, que reflete a claridade, mas não é a fonte da luz.

Tanto a lei quanto o costume fazem parte do todo orgânico, do universo normativo, do conjunto sistemático que representa a ordem jurídica positiva. Direito positivo não é apenas o escrito, não é somente o que foi revelado pelos poderes estatais, formalmente estabelecidos, mas também é o que decorre dos fatos sociais, da história e do instinto, expressado pelos costumes jurídicos.

### III. *Fundamento jurídico dos costumes*

Para alguns juristas, o costume é uma lei tacitamente instituída. Ele receberia sua força obrigatória do Poder estatal. É a opinião típica daqueles que não conseguem vislumbrar o direito fora de um esquema institucional. No século passado, na Alemanha, PUCHTA e SAVIGNY, principais figuras da Escola Histórica, apontaram que o fundamento jurídico da obrigatoriedade do costume está na convicção popular, na vontade coletiva, no espírito do povo (Volksgeist). GÉNY entende que o costume se impõe por si mesmo, como um fato, na natureza das coisas, encontrando na necessidade social o fator determinante de sua formação e obrigatoriedade. Parece seguir esse entendimento o Professor LIMONGI FRANÇA, quando diz que o fundamento do costume é o mesmo da lei, a saber, o direito natural, constituindo uma resposta a certas necessidades sócio-jurídicas, não reguladas em lei, que promanam da natureza das coisas.

### IV. *Importância dos costumes. Confronto com a lei*

Na luta, velha de século, entre a lei e o costume, a lei logrou vencer. O direito legislado, a cada dia, e em número cada vez maior de países, tem recebido grande prestígio. Mesmo no sistema da *common law*, embasado nos precedentes judiciais, e onde o direito costumeiro sempre teve primazia, o *statute law* (direito escrito) vem ganhando terreno e se afirmando vigorosamente, num movimento semelhante ao ocorrido muito tempo atrás nos outros sistemas, como o romano-germânico.

No seu famoso e clássico *Filosofia do Direito*, DEL VECCHIO opina que, no atual estágio jurídico da humanidade, o costume se acha em condição inferior à lei, não porque assim o afirme a própria lei, e sim pela imperiosa exigência de uma regulamentação fixa, ditada pela necessidade de uniformização do sistema jurídico, que é da índole do Estado moderno<sup>(12)</sup>. Não se pode mesmo deixar de admitir que os pressupostos de certeza e segurança do direito encontram na lei melhor guardada. EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO chegam à conclusão de que: "Nos Estados constitucionais modernos, o costume perdeu a maior parte da sua importância, como fonte do direito, dada a existência de um órgão especialmente destinado a elaborar as normas de conduta social, tornando possível atender, de pronto, às novas necessidades da sociedade"<sup>(13)</sup>.

Em nosso meio, a supremacia da lei é incontestável, sendo ela, efetivamente, a principal das formas de expressão do direito. Num sistema de direito escrito, como o que vigora no Brasil, quase todas as relações sociais seguem os ditames estabelecidos pelo legislador, e é a lei quem dá a resposta para a grande maioria das questões jurídicas. Inserido num dos mais nobres capítulos da própria Carta Magna, "Dos Direitos e Garantias Individuais", o art. 153, § 2.º, proclama: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei" (\*). Por sua vez, o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que, somente quando a lei for omissa, é que se aplicarão as outras formas de expressão do direito, que, portanto, são tidas como suplementares e consideradas secundárias. Tratando dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, o Código de Processo Civil, art. 126, com a redação que lhe deu a Lei n.º 5.925, de 1-10-73, "para voltar ao sistema da LICC", como anota o eminente Theotonio Negrão, dispõe: "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."

Não vemos por que estimular o confronto entre a lei e o costume, como realidades, que, por natureza e destino, tenham fatalmente que pelear. Afinal, que é a lei, senão a forma escrita do costume (*nulla lex sine*

(\*) JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (*Constituição Federal Anotada*, 2ª ed. 1986, p. 429) declara que o princípio da legalidade implica a exigência de uma atuação subordinada à lei formal. "Significa a necessária sujeição às normas e prescrições consubstanciadas em ato emanado do Poder Legislativo". CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., 2ª tiragem, 1981, nº 206, p. 188) acha que a força compulsória do costume não é incompatível com o princípio da legalidade: "A palavra lei não foi empregada no estatuto supremo na acepção restrita de ato do Congresso, e, sim, no sentido amplo, de Direito."

(12) DEL VECCHIO, *Filosofia do Direito*, apud J. M. Othon Sidou, *O Direito Legal*, 1985, n. 23, p. 39.

(13) ESPINOLA Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1943, v. 1º, p. 114.

*moribus*)? E que é o costume, senão a lei que não foi escrita (*lex non scripta*)? CUJACCIO já deixou assentado: "Quid lex? Consuetudo scripta. Quid est consuetudo? Lex non scripta". Nem o fetichismo da lei, nem o fanatismo pelo costume: um equilíbrio deve ser buscado, tentado e alcançado. Incorreto é dizer, como alerta OTHON SIDOU<sup>(14)</sup>, que o costume seja uma espécie jurídica em declínio. Vencido pela lei, o costume não está morto e nem pode ser desprezado. Como fato social, como realidade fática, como forma popular de expressão do direito, ele coexiste com a lei e erro da maior gravidade seria desconhecer a sua influência, a sua pertinência, a sua importância.

A expansão legislativa, entre nós, é um fenômeno até assustador. Fala-se mesmo em "orgia legiferante", em "elefantíase legislativa". Mas, apesar dessa exagerada e espantosa superprodução, o legislador, por mais sagaz, esperto e providente que seja, não consegue regular todos os fenômenos sociais, multifacetados, complexos, abundantes, surpreendentes. E quem conserta, supre e remedeia as falhas e omissões da lei é o costume.

No sistema industrial, na sociedade em transição na qual vivemos, na corrida desenvolvimentista a que assistimos, as mutações na vida da coletividade são constantes, vertiginosas. A velocidade dos transportes, das comunicações, é também um atributo que se tem exigido para as atitudes e comportamentos. O direito tem de refletir essas tendências, escutar esses apelos, aplainando caminhos (e descaminhos!) com extrema presteza, fluidez e certeza. A lei, por sua elaboração em órgão especializado, por sua objetividade e logicidade, atende mais e melhor a tais carências modernas. E até já se reclama que o próprio legislador é vagaroso e tardinho, respondendo com morosidade aos reclamos da sociedade de massas...

Para tanta pressa e diante de tão magnos valores, os autores apontam as excelências da lei, pela sua rigidez, publicidade, clareza, precisão e supressão ou modificação mais rápidas.

Pode ser! Que ninguém, todavia, desdenhe dos costumes, deixando de atentar para a imensa utilidade das formações consuetudinárias, e do papel que elas desempenharam e ainda têm de desempenhar neste palco, no mínimo como instrumento corretivo das leis. A história é mestra da vida e incorreram em grande erro aqueles que no passado procuraram identificação entre a lei e o direito, como se este se esgotasse naquela, e toda a tentativa, neste sentido, dos comentadores do *Code Napoléon* (Escola de Exegese), foi frustra, vã e melancólica. Em trabalho doutrinário, tivemos oportunidade de opinar, contradizendo os que acham que o direito objetivo é exclusivo do Estado, que, de veras, tudo o que o Estado estabelecer por via legislativa é norma jurídica, mas isto não quer dizer que ele seja o único criador de tais normas, ou detenha o monopólio dos comandos jurídicos<sup>(15)</sup>. PONTES DE MIRANDA, no seu estilo inconfun-

(14) SIDOU, J. M. Othon. *O Direito Legal*, 1985, n. 16, p. 32.

(15) VINAGRE, Marta. *A Outra Face do Contrato*, Belém, 1988, p. 23.

dível, professa: “A lei não é todo o conteúdo efetivo do sistema jurídico ou da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta, e não o conteúdo efetivo da história”<sup>(16)</sup>.

#### V. *Prova dos costumes*

Outra indagação que se faz sobre este tema é se o costume precisa ser provado pela parte que o alega. Inicialmente, não se pode deixar de concordar que o costume, como forma de expressão do direito, é de formação lenta e difusa no meio social; que sua verificação é mais incerta e imprecisa, mais difícil e penosa, portanto, do que o modo de revelação feito pela lei. Tudo isso é verdade. Mas dificuldade não é impossibilidade. Não se pode olvidar que costume é direito, ou forma de expressão do direito. E o juiz — supõe-se — conhece o direito (*jura novit curia*), esperando-se que ele conheça o direito direito. Logo, pelos princípios, o costume nem precisaria ser alegado em juízo, para ser reconhecido e aplicado pelo magistrado. Por maior razão, não haveria necessidade de ser comprovado. Pelo mesmo motivo de que ninguém precisa apontar o artigo do Código que o beneficia, nem, muito menos, levar a juízo o exemplar do *Diário Oficial* que publicou a lei.

Embora seja o costume um testemunho e afirmação do direito, tão verdadeiro, hábil e pertinente como a lei, seu conhecimento, temos de convir, é menos franco e fácil. Em alguns casos, há dificuldade para sua constatação. VICENTE RÃO<sup>(17)</sup> resume: “É impossível exigir-se do juiz um conhecimento do direito costumeiro tão perfeito quanto o que ele deve ter da lei.” Por esses motivos, quem alega a existência do costume demonstra prudência se se antecipa em prová-lo.

Mas isto não quer dizer que esta prova seja necessária, e exigível, sempre. Alguns autores até afirmam que sim, com base no art. 337 do CPC. Mas leram mal o dispositivo, pois a prova do teor e da vigência do costume, pela parte que o alegar, só é requisito imposto pela lei processual “se assim o determinar o juiz”. E isto é razoável, pois o magistrado, num caso concreto, pode desconhecer o costume enunciado. Por outro lado, a norma consuetudinária pode ter existido, mas, assim como a vontade popular tem a força para criá-la, tem o poder de desconstituí-la. O *descostume* é a revogação do costume pelo próprio costume, e com este movimento espontâneo inverso, fica suprimida a norma jurídica que havia emanado do direito popular. Em passagem lapidar, MIGUEL REALE aponta: “As regras de direito costumeiro perdem a sua vigência pelo desuso, pois a sua vigência é mera decorrência da eficácia.” Em seguida, REALE compara: “Na vida da norma legal, a vigência é *prius*; a eficácia é *posterius*. Em se tratando de regra costumeira, dá-se o contrário, pois a vigência deflui da eficácia”<sup>(18)</sup>.

(16) PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., 1976, § 24, p. 264.

(17) RÃO, Vicente. *Ob. cit.*, n. 188, p. 226.

(18) REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 157.

Se o juiz conhece o costume alegado, não haverá de determinar a produção da prova do mesmo. Além de agredir ao bom senso, seria um atentado aos princípios da celeridade e economia do processo.

Como também achamos que, ainda que o costume não tenha sido alegado, pode e até deve o juiz aplicá-lo, como pode e deve aplicar a lei, mesmo que as partes não a tenham mencionado.

## VI. *Espécies de costumes*

É tradicional tripartir-se os costumes, relacionados com a lei, em costumes *secundum legem*, costumes *praeter legem* e costumes *contra legem*.

Costumes *secundum legem* não são, como quer alguma doutrina, aqueles que estão contidos na lei. O que se externa em preceito legal, o que se exterioriza em norma escrita, pode ter sido costume, e não é mais, simplesmente porque é lei. Continuar chamando costume ao que já foi assimilado pelo poder estatal e transformado em lei é “dar um pulo para trás”, como diria PONTES DE MIRANDA, e estabelecer equívocidade que em nada beneficia a ciência. A se aceitar tal raciocínio, e levando-o às últimas conseqüências, todas as leis seriam costumes, na medida em que o legislador não inventa e nem cria o direito, mas assimila e revela aquilo que está no consenso do povo ou representa uma aspiração da comunidade. Se o costume está na lei, é lei. Embora não perca a sua qualidade de antecedente histórico, fator determinante, fonte estimuladora da norma legal. *Secundum legem*, assim, são os costumes reconhecidos pela lei, apontados e admitidos por ela, ou que representam a uniforme interpretação e aplicação da lei (costume interpretativo), como elemento complementar da mesma.

Costumes *praeter legem* (*praeter* aqui no sentido de “além de”) são os que funcionam como forma de expressão jurídica supletiva da lei, operando na falta ou omissão desta. É a categoria prevista no art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Subsidiários da *lex scripta*, tais costumes não apenas a repetem, complementam ou interpretam, mas têm uma função construtiva, regulando matérias que a lei não tratou, dilatando, dinamizando o conteúdo imediato da disposição literal e representando peça essencial da engrenagem que busca alcançar a integração do direito e a plenitude da ordem jurídica positiva.

Costumes *contra legem* são os que se formam em oposição à lei. Ou de forma positiva, num movimento e sentido contrários à lei, conflitando abertamente com ela, ou de forma negativa, ocasionando a habitual não aplicação da lei. A essas duas categorias chamou-se, respectivamente, *consuetudo obrigatória* e *desuetudo*. E saber-se se o costume tem o poder de revogar ou antiquar a lei é uma das mais árduas tarefas do Direito, *vexata quaestio* que os autores antigos e modernos têm enfrentado.

## VII. Direito consuetudinário “contra legem”

*Consuetudo abrogatoria* é a que surge de atos positivos, uniformes, repetidos, contrários ao estatuído na lei. *Desuetudo* é a que se manifesta de atos negativos, de abstenções intencionais e sistemáticas, da inação e da inércia. Em suma, de um sentimento passivo, que simplesmente ocasiona o descumprimento, a desobediência ao comando legal. GÉNY<sup>(19)</sup> identifica as duas espécies e a ambas nega eficácia *contra legem*. O conselheiro RIBAS<sup>(20)</sup>, no precioso *Curso de Direito Civil Brasileiro*, mostra, também, a desnecessidade de distinguir a *desuetudo* (desuso) da *consuetudo abrogatoria* (costume revogador). Costume contrário e desuso, afinal, dizem a mesma coisa e levam à mesma antinomia entre o comportamento social e a lei, como desobedece ao pai não apenas o filho que pratica atos opostos aos que o genitor ordenou, como o que deixa de fazer o que o pai determinou.

A revogação ou a antiquação da lei, segundo difundida opinião, não podem ser alcançadas pelos costumes, nem pela jurisprudência. Em nosso País, a LICC, art. 2.º, dispõe que a lei terá vigor até que *outra* a modifique ou revogue. A Introdução anterior dizia o mesmo. Portanto, com base na própria lei de aplicação das normas jurídicas, revogar, alterar ou modificar a lei, extinguir sua validade, cassar-lhe a obrigatoriedade, só se pode fazer por outra lei. Não obstante, já foi observado que a própria disposição legal que exclui a força derogatória do costume pode muito bem cair... em desuso (!), o que nos faz lembrar frase do Professor SILVIO MEIRA, ao referir que usucapião, no Brasil, virou palavra masculina... por usucapião. PONTES DE MIRANDA observa que o Projeto de TEIXEIRA DE FREITAS (na verdade, o *Esboço*) não se ocupou do valor do costume, nem da revogação das leis; “era nele assaz grande a dose de espírito científico, para que entendesse determinar, arbitrariamente, *em lei*, o que independe das legislações e resulta de condições sociais, mecânicas, de elaboração coletiva, estranha ao querer individual e das assembléias”<sup>(21)</sup>.

A maioria dos autores modernos nega aos costumes eficácia revogatória da lei. A corrente minoritária, entretanto, possui figuras respeitáveis e expressivas. No Brasil, podemos apontar: PAULO DE LACERDA, CLÓVIS BEVILAQUA, CARLOS MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, SERPA LOPES, HAROLDO VALLADÃO, MIGUEL REALE.

A realidade, positiva e indubidosa, é que, apesar de todas as elucubrações científicas e doutrinárias, de todas as afirmações peremptórias, o costume, em muitos casos, opõe-se eficazmente à lei, num fenômeno que os sociólogos do direito já chamaram de “revolta dos fatos contra os códigos”.

(19) GÉNY, François. *Ob. cit.*, p. 406.

(20) RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil*, 1865, p. 138.

(21) PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., 1981, ns. 54 e 55, p. 109.

Há, ninguém será estulto ao extremo de pôr isso em dúvida, leis que “não pegaram”, normas legais que representam “letra morta” e até “letra feia”, preceitos legislativos que só funcionam “no papel”. São leis que surgiram natimortas, ou ficaram precocemente senis e caducas, ou as que o tempo tornou inoperantes. O tempo é implacável e acaba com tudo: com o amor, com o ódio e também com as leis. Certos comandos legais são contornados, negligenciados, desatendidos e até abertamente violados, sem que o Estado imponha qualquer sanção.

Como poderá um juiz, sem causar repulsa e horror, ordenar a aplicação de uma lei que ficou francamente ultrapassada e com a qual conflitam, aberta e flagrantemente, as mais arraigadas e eloqüentes práticas sociais? Como esperar que o magistrado mande obedecer à norma escrita que se opõe a um imemorial costume jurídico? Como poderá ele impor vassalagem a uma disposição que caiu em desuso, que caducou, que é injusta, e que ele próprio, como cidadão comum, não cumpre? O direito é uma realidade viva, em processo de constante adaptação, em permanente mutação. Não é um dado amorfo e inerte, como as peças históricas dos museus tradicionais. Mas representa um fenômeno ativo, vibrante, dinâmico, um movimento ininterrupto, ora evoluindo, ora involuindo, sempre se amoldando às exigências sociais. Deve-se, em nome da técnica e de um culto exagerado à lei, mantê-lo trancafiado nas palavras que o legislador exprimiu, ainda que isto redunde em *jus iniquum*? Ou será melhor que, através do costume, ele realize sua função adaptativa, libertando-se das amarras e seguindo os novos rumos que se oferecem e outros caminhos?

MIGUEL REALE, em várias passagens de suas *Lições Preliminares de Direito*, admite, sem meias palavras, o costume jurídico *contra legem* e propõe ser possível a revogação das normas legais pelo desuso, concluindo o mestre paulista: “É preciso reconhecer que se não pode admitir a eficácia de uma norma legal que, durante largo tempo, não teve qualquer aplicação, tão profundo era o seu divórcio com a experiência social” (22). Não é outro o magistério do saudoso SERPA LOPES: “Uma lei pode impor tudo, menos a sua própria irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos; e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que excepcionalmente pode se converter num mero artifício, *respeitada a semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter uma tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência*” (23) (grifos nossos).

(22) REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 121.

(23) LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª ed., 1959, v. I, n. 39, p. 72.

Uma lei pode ter vigência, entendendo-se aqui o termo como validade formal ou técnico-jurídica, e não ter eficácia (validade social), por falta de cumprimento efetivo do preceito pela comunidade. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, neste passo fortemente influenciado por HANS KELSEN, alude que a eficácia da lei depende do fato de ser acatada: “pode a lei desaparecer quando o ordenamento jurídico deixa ostensivamente de ser respeitado. Para que a ordem jurídica legislativa seja *eficaz*, não basta que seja *válida* ou *vigente*: é necessário um mínimo de observância (*circunstância de fato*)” (24).

Em síntese: se atentarmos para a distinção entre vigência e eficácia da lei, veremos ser possível existir no sistema norma vigente que não é, todavia, eficaz, porque não é seguida e nem obedecida pelo corpo social. Ainda que o desuso, falando pela via ordinária, não possa tirar a validade da norma legal, pode privá-la de eficácia.

Um dos paladinos, no Brasil, da tese em favor da força revogatória dos costumes foi o grande Professor HAROLDO VALLADÃO. Em seu Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que ele chamou corretamente “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas” (dezembro de 1963), consignou, no art. 4.º: “A lei se revoga, no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência assente.” Tal solução, para o mestre, permitiria “participação direta do povo no processo jurídico” (25). E a confirmação jurisprudencial — que deita raízes nas proposições de LAMBERT — seria um elemento de fixação e segurança, que afastaria abusos e perplexidades.

No seu afamado “Curso”, o comercialista paranaense RUBENS REQUIÃO assevera que os usos não podem se opor à norma legal, não podem ser *contra legem*, mas o autor pondera que a assertiva deve ser tomada em termos, pois na lei comercial há que distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes, afirmando: “É óbvio que, não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, pode ser substituída por um uso a que as partes dêem intencionalmente preferência. Verificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não-imperativa” (26). Parece-nos, *data maxima venia*, que o eminente professor ladeia a questão. A hipótese que ele aventava não é a de revogação da lei pelo costume, mas a da existência de uma lei supletiva ou permissiva, que, por definição, não se impõe compulsoriamente, facultando-se às pessoas, como corolário da autonomia da vontade, segui-la ou não (27). Como sabemos, leis

(24) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Ob. cit.*, p. 326.

(25) VALLADÃO, Haroldo. *Material de Classe de Direito Internacional Privado*, 13ª ed., 1984, p. 151.

(26) REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 18ª ed., 1988, v. 1, n. 17, p. 28.

(27) VINAGRE, Marta. *A Outra Face do Contrato*, Belém, 1988, cap. III.

proibitivas ou imperativas são as que se impõem coativamente a todos os indivíduos, traduzindo regras e preceitos inderrogáveis pela vontade privada (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). De outro lado, as leis supletivas não se integram no *jus cogens*: expressam regras que o jurisdicionado — como emanção de sua liberdade individual — seguirá ou não. Destinam-se, muitas delas, a vigorar supletivamente, como subsidiárias da vontade manifestada pelos interessados, conforme os propósitos e as conveniências dos mesmos. Em direito civil, localizam-se principalmente no campo contratual, sede por excelência do *jus permissivum*, e não é raro ver-se as partes estatuir um preceito, impor uma conduta, estabelecer uma solução que contraria a prevista na norma legal. E isto é possível e legítimo, dada a natureza desse tipo de preceito legal, sem que tal atitude importe, absolutamente, em revogação do mesmo.

CLOVIS BEVILAQUA ofereceu parecer sobre a matéria, e observa que no estado atual de nossa cultura, com o funcionamento regular dos poderes políticos, dados o contato direto entre o povo e os seus representantes, e a influência sobre estes da opinião pública, não se faz necessário dar ao costume a ação revogatória da lei escrita, argumentando o ilustre autor do Projeto do Código Civil que seria inconveniente que se lha desse, “porque desapareceriam, do aparelho jurídico, a supremacia da lei e a certeza das prescrições legais”. Todavia, o excelso civilista concede temperamentos: “se o legislador for imprevidente em desenvolver a legislação nacional de harmonia com as transformações econômicas, intelectuais e morais operadas no país, casos excepcionais haverá em que, apesar da declaração peremptória da ineficácia ab-rogatória do costume, este prevaleça *contra legem*” (28). PONTES DE MIRANDA, de forma mais enfática, assegura que o texto legal pode sofrer derrogação pelo costume, quando a regra jurídica já não corresponde à convicção da sociedade ou à sua função adaptativa, como acontece a uma porção de posturas municipais inaplicáveis, de que se esqueceram os artigos derogatórios das leis novas, lecionando o ilustre autor: “ainda quando um Código diz que a lei só se derroga por outra, o que ocorre é a confusão do legislador: pretendeu legislar sobre direito intertemporal, ou sobre fontes e interpretação das leis (dois ramos de sobredireito) e invadiu a mecânica social; como se uma repartição, encarregada de punir os atentados às árvores, decretasse que “não fossem mais suscetíveis de ser cortadas”, atribuindo-lhes, assim, a dureza do aço. Algo parecido com aquela Constituição espanhola em que se postulava que “todos os espanhóis serão bons” (29).

Essa investigação, sobre o poder derogatório do costume, não é um problema novo. JULIANUS (*Digesto*, I, III, frag. 32, p. 1.º) dava a mesma posição hierárquica à lei e aos costumes, desde que estes se harmonizassem com a razão, e admitia francamente que eles podiam ab-rogar a lei. CONS-

(28) BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., 1972, p. 32.

(29) PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., 1976, § 24, p. 280.

TANTINUS (*Codex*, VIII, LIII), ao contrário, vedava aos costumes prevalência sobre a lei. Nesse conflito milenar, que posição tomamos? Conscientes de que estamos nos filiando à corrente hoje amplamente minoritária, ficamos com aqueles que acham poder a eficácia da lei ser afastada pelo costume. Até pelos exemplos, que forneceremos a seguir, demonstra-se, à saciedade, que as realidades sociais e exigências da vida colocam por terra e infirmam os rigores da técnica e os excessos da dogmática (cf. MARIA HELENA DINIZ, *Conceito de Norma*, p. 30).

Aponte-se, porém, que nem sempre o desuso é prova cabal de repulsa generalizada ao preceito legal. Nem sempre exprimirá a convicção popular no sentido indubitável da revogação da lei. A falta de publicidade do preceito, a inércia, a debilidade, a negligência do Poder Público, podem determinar a ocorrência. Assim, o não-uso da lei, desvestido da intenção de antiquá-la, pode ter outras razões e motivações que não propriamente o intuito social e a deliberação coletiva de desprezar e infirmar a norma legal. Quem ousaria afirmar que está revogado pela *desuetudo* todo o capítulo do Código Civil brasileiro que regula o regime dotal (arts. 278 a 311), apenas porque não se constata a utilização de tal regime de bens nos casamentos celebrados neste país?

Registre-se, por fim, que o costume, mesmo sem chegar a revogar a lei (e nem podendo fazê-lo, como querem muitos juristas), pode impor à norma legal uma nova concepção, um outro alcance, dar um diverso entendimento ao seu conteúdo, mudando seu rumo e objetivo, rejuvenescendo o preceito que ela encerra, adaptando a regra a outras e emergentes exigências sociais, estabelecendo interpretação construtiva, amoldando a norma escrita à maneira como vem sendo compreendida na coletividade. CALLISTRATUS, no *Digesto* (I, III, frag. 37), alertava: *optima enim est legum interpres consuetudo* = é o costume o melhor intérprete das leis. Tem o costume, portanto, um papel *educativo*, reformador, criador, diríamos que até revolucionário, quando exsurge para superar alguma injustiça da lei, levando, inclusive, o legislador a mudá-la, e a observação é de LIMONGI FRANÇA<sup>(30)</sup>.

#### VIII. Costumes jurídicos — exemplos:

1. é arraigada praxe notarial colocar a impressão digital do analfabeto na margem dos livros de procuração e escrituras, e isto não decorre de nenhuma exigência legal; 2. não há norma que exija a forma pública para a emancipação do filho menor, por outorga dos pais, e de tal maneira é difundida a crença da exigibilidade de forma especial para esse ato jurídico que os oficiais de registro civil negam-se a registrar instrumentos particulares de emancipação. Os autores do Projeto de Código Civil, a par deste arraigado costume, e pretendendo torná-lo norma legal, estabeleceram que a emancipação por concessão paterna tem de ser feita por instrumento

(30) FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*, 2ª ed., 1971, v. 1, p. 35.

público (art. 5.º, parágrafo único, a); 3. o cheque visado não era previsto em lei, e não havia quem negasse a sua condição de figura jurídica, largamente utilizada na prática dos negócios, acatada, respeitada, juridicizada; 4. a fila indiana, nos cinemas, estádios, bancos, postos do Inamps, não há lei que ordene, e nem há cidadão que impunemente “fure”; 5. a generalizada exigência do reconhecimento de firmas em papéis e documentos — especialmente de obrigações —, embora várias normas escritas, visando à desburocratização, tenham feito dispensa expressa da formalidade. Ninguém se considera “dono” do automóvel que adquiriu antes de reconhecer a assinatura do vendedor. E, sem essa providência — apesar daquelas normas! —, as repartições públicas não promovem a transferência do veículo para o nome do adquirente; 6. o estacionamento de carros, em fila indiana, e em diagonal, conforme uma artéria ou outra, sem que isto tenha sido estabelecido em qualquer regra escrita, e não há quem ouse desobedecer; 7. a abolição, na prática, da pública forma de documentos, ante a aceitação generalizada da xerox autenticada; e a própria utilização do termo “xerox”, que é marca de fábrica, já evidencia o costume; 8. a gorjeta deriva do costume; a gratificação tem origem consuetudinária; 9. o CPC não se refere a inventário negativo. Ele surgiu de uma necessidade social, consagrando-se através do costume, ratificado e reconhecido pela jurisprudência. Talvez a causa principal do surgimento dessa figura jurídica seja o interesse de se casar o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, e que não pode contrair novas núpcias enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (C.C., art. 183, XIII). Há casos em que o *de cujus* não deixou bens e, para evitar as cominações dos arts. 225 e 226 do Código Civil, o cônjuge supérstite providencia o inventário negativo para demonstrar essa circunstância. Aliás, a locução “inventário negativo” implica uma *contradictio in adjecto*, pois inventariar é enumerar, apontar, relacionar, descrever bens. Inventário negativo é inventário nenhum; inventário onde não há... inventário; 10. as cláusulas F.O.B. (*free on board*), F.A.S. (*free alongside*) e C.I.F. (*cost, insurance and freight*) são expressivos exemplos de costumes no direito comercial, com o detalhe de que a sigla CIF, de tão propalada e difundida, virou gíria: “tudo CIF, hoje, no baile?”

Vejamos, agora, casos de costumes que contrariam as leis, que se opõem às normas escritas, veros exemplos de costumes *contra legem*, no Brasil: 1. o laudêmio, embora a lei estabeleça que deva ser pago pelo transmitente, é, na prática dos negócios, pago pelo comprador do imóvel enfiteútico; 2. para outorgar mandato, o menor, relativamente incapaz, precisa ser assistido pelo representante legal. E, quando se trata de pro-curaçao para promover a matrícula do outorgante numa escola, não há quem exija esta formalidade, mesmo que a matrícula esteja sendo feita em curso jurídico, e o encarregado de fazê-la seja um catedrático de direito civil 3. quase ninguém usa cinto de segurança ao dirigir veículos, embora isso seja uma exigência regulamentar. Ninguém é incomodado, ou multado, por cometer a infringência. O guarda de trânsito passaria um vexame se o

tentasse; 4. apesar da norma proibitiva, ninguém deixa de fumar (se for fumante, é claro) em veículos, lojas e ambientes fechados. Até nos plenários das Câmaras, onde as leis foram discutidas e aprovadas, os parlamentares pagam tributo ao vício. Mas, curioso, ninguém fuma nos cinemas, e aqui o costume não colide com a norma escrita; 5. em nossas Casas Legislativas há a figura do líder do Governo, o deputado ou senador escolhido para ser o defensor do Executivo e porta-voz deste no Parlamento. Ora, pelos princípios, o Legislativo exerce uma função fiscalizadora do Executivo, além de outras. A própria Constituição Federal, art. 6.º, parágrafo único, *in fine*, estabelece que quem for investido na função de um dos Poderes não pode exercer a de outro. Parlamentar ser líder do Governo, defensor e porta-voz do Executivo, é uma simbiose que busca razões nos costumes, mas contraria as bases do direito constitucional; 6. o casamento de menores que ainda não alcançaram a idade núbil só pode ser autorizado para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (C.C., art. 214). É a *única* exceção legal. Todavia, mormente nas comarcas interioranas, nas comunidades rurais, permite-se e dá-se autorização para o casamento de pessoas que ainda não atingiram a idade legal, especialmente se se trata de menor (de 15, 14 e até de 13 anos) que se acha grávida, mesmo que não se esteja cogitando de ilícito criminal, ou querendo obviar a imposição ou o cumprimento de pena; 7. nos mercados, feiras, exposições e leilões de gado, por todo o Brasil, os negócios — por maior vulto que apresentem — concluem-se verbalmente, na base da confiança. Nesse meio, é raro o inadimplemento, mas, quando ocorre, os juizes reconhecem o costume e acatam a prova exclusivamente testemunhal. Por força da lei (C.C., art. 141), ela não poderia ser admitida; 8. o seguro de vida era expressamente proibido pelo Código Comercial (art. 686, II), e, não obstante, largamente utilizado em nosso País, mesmo antes de lei especial e do Código Civil, que o regularam.

Uma das marcas da genialidade de RUDOLF VON JHERING está na permanente utilização de exemplos: os mais simples, sutis e até pitorescos, com vistas a facilitar a compreensão de suas idéias e tornar mais acessíveis as suas venerandas lições. Mais pelos exemplos do que propriamente pelo texto é que melhor se assimila e compreende a teoria objetiva da posse. Em nada isso diminuiu a importância da obra do imortal professor de Göttingen, muito pelo contrário. É escassa, em nossa literatura jurídica, a exemplificação. Sobre os costumes, então, a pobreza é patente. Dedicamos este capítulo, justo o derradeiro deste desprezioso trabalho, não com a veleidade de pretender suprir uma lacuna, ou consertar uma deficiência, mas com o intuito de, com dados práticos e fatos do cotidiano, corroborar algumas de nossas conclusões, e, acima disso, com o singular e sincero objetivo de, sobre um tema tão complexo e controvertido, facilitar a aprendizagem dos jovens estudantes de direito, que eventualmente venham a ler este texto, que oferecemos, com muito carinho, aos nossos colegas do curso de pós-graduação em Direito Civil, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.