

Costumes

por *Silvio de Salvo Venosa*

Em que pese a prevalência da lei no nosso sistema, o costume desempenha papel importante, principalmente porque a lei não tem condições de predeterminar todas as condutas e todos os fenômenos. O uso reiterado de uma prática integra o costume. Os usos situam-se em nível mais restrito com relação ao costume. O uso é uma prática reiterada que pode ter relevância jurídica pontual, mas está colocado em patamar inferior ao costume.

O uso reiterado de uma conduta ou atividade ganha *status* de costume. O uso transforma-se em costume quando a prática reiterada torna-se obrigatória na consciência social. Nem todo uso é costume; quando o uso torna-se obrigatório, converte-se em costume. É difícil dar prova concreta de sua existência, custoso buscar a gênese de sua elaboração e, na grande maioria das vezes, não é fácil provar sua presença, mormente nos sistemas de direito escrito.

O costume brota da consciência coletiva, de um grupo social mais ou menos amplo. Exige-se que o costume tenha amplitude, isto é, que seja geral, largamente disseminado no meio social. Não é necessário, porém, que a sociedade como um todo tenha dele consciência. O costume pode ser setorizado. Seu maior campo de atuação é, sem dúvida, o provecto direito comercial, com suas práticas, todas elas de origem costumeira. Assim, por exemplo, no setor atacadista de cereais em região central da cidade de São Paulo, há costumes próprios dos negociantes do local, só por eles conhecidos. Assim também ocorre com setores da agricultura e da indústria.

Para que o uso possa ser considerado costume é fundamental que ocorra uma *prática constante e repetitiva*, durante prazo mais ou menos longo de tempo. O costume leva tempo e instala-se quase imperceptivelmente no seio da sociedade. Assim nasceu, por exemplo, toda a teoria da letra de câmbio e dos títulos de crédito, cuja origem está nas feiras e nas cidades medievais. Há um momento no qual o legislador entende ser necessário que o costume seja trasladado para a lei. Aliás, esse é o fenômeno que ocorreu nas sociedades mais antigas. Historicamente, o costume antecede à lei escrita.

Para que se converta em fonte do Direito, *dois requisitos* são enunciados como imprescindíveis ao costume: um de *ordem objetiva ou material*, o *corpus*, qual seja, o uso continuado, a exterioridade, a percepção tangível de uma prática ou conduta; outro de *ordem subjetiva ou imaterial*, o *animus*, a consciência coletiva de obrigatoriedade da prática. Este último requisito é o aspecto distintivo do uso e de outras práticas reiteradas, como as religiosas ou morais. O uso possui apenas o aspecto material ou objetivo.

O fundamento do costume é controvertido. Para alguns, trata-se da vontade tácita do legislador; para outros, é a consciência popular, como sustentou a escola histórica. Quando o costume lastreia-se na vontade tácita do legislador, a maior dificuldade reside no fato de não se distinguir se o costume decorre de um legislador democrático ou totalitário.

O costume obriga quando há um sentimento geral de obrigatoriedade. Uma das principais barreiras ao costume é justamente a dificuldade de se identificar a prática reiterada, dependendo do caso concreto, o que traria incerteza e insegurança. Porém, o costume possui a grande vantagem de assimilar perfeitamente as necessidades sociais, algo que nem sempre o legislador logra conseguir. O costume tem sua razão de ser justamente em sua espontaneidade brotada da sociedade, o que não ocorre comumente na lei. É fato que as sociedades atuais, convivendo sob Estados fortemente organizados e hierarquizados, relegam pouca margem criativa para os costumes.

Pode-se concluir que é a consciência da obrigatoriedade que dá força ao costume. Quando esse uso reiterado e consciente é aceito pelos tribunais, estará o costume solidificado

como fonte do Direito. O costume nasce de sua própria eficácia. Na repetição da prática é que se percebe o aspecto material do costume, seu elemento externo objetivo, ao lado do qual se coloca a consciência da sua obrigatoriedade.

A influência dos costumes nos sistemas jurídicos de direito escrito é reduzida, mas sua influência não pode ser subestimada e tem crescido consideravelmente, na medida em que se percebe da profusão muito grande das leis, que mais confundem do que esclarecem. O Código Civil brasileiro de 2002, mais do que o estatuto anterior, faz várias referências aos usos, que se colocam na base dos costumes. Essa novel lei, também, acentua a utilização do costume como fonte subsidiária de interpretação em várias oportunidades (arts. 569, II, 596, 599, 615, 965, I, 1.297, § 1º) . O costume, por vezes, torna-se instrumento precioso para o preenchimento de lacunas no Direito escrito.

No direito contratual e nas práticas mercantis, o recurso ao costume das partes e do local da celebração será meio importante para sua interpretação. É justamente nesses dois campos jurídicos que o costume se aplica mais acentuadamente. Recorde-se ainda o papel importante dos costumes no direito internacional público.

Apesar de o costume ser considerado fonte sob nosso ordenamento, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é ele, sem dúvida, fonte formal, porém fonte subsidiária, uma vez que o legislador estatuiu que, na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Considerado dessa forma entre nós, como fonte subsidiária ou secundária, o costume deverá gravitar em torno da lei, não podendo, em princípio, a ela ser contrário. Sob esse ângulo, os costumes podem ser *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

O costume segundo a lei já foi transformado em lei e portanto deixou de ser costume propriamente dito. Para alguns, não existe essa categoria, pois se lei existe, costume não há. Segundo outros, essa modalidade se caracterizaria pelo fato de a própria lei remeter sua interpretação ou compreensão aos costumes. Sob este último aspecto, não resta dúvida de que o costume atua efetivamente como fonte formal, embora sua aplicação decorra de um mandamento legal. O costume *praeter legem* (*praeter* = além de) é exatamente aquele descrito no art. 4º da LICC, que serve para preencher as lacunas da lei: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Trata-se de um dos recursos de que se serve o juiz quando a lei for omissa. A maioria dos sistemas de direito escrito tem nos costumes sua principal fonte subsidiária. O costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se *costume ab-rogatório*, pois coloca a lei à margem. Quando torna uma lei não utilizada, denomina-se *desuso*. Discute-se se é possível a prevalência de um costume desse jaez, pois a supremacia de um costume sobre a lei deixaria instável o sistema. Embora existam opiniões divergentes, a doutrina se inclina pela rejeição dessa modalidade de costume. Em princípio, somente uma lei pode revogar outra. Esta posição, como tudo em Direito, não pode ser peremptória. Como se nota, a matéria se revolve em torno do chamado desuso da lei.

Alguns autores vêem no art. 5º da LICC uma válvula que permite ao juiz aplicar um costume contrário a disposição de lei: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” De qualquer modo, ainda que se admita o costume ab-rogatório, só pode ser visto como uma exceção no sistema. Sob qualquer premissa, a aceitação do costume contra a lei é, de fato, uma questão séria de política, pois coloca em conflito o poder normativo do Estado, com seu poder jurisdicional. O que ocorre na prática é a inércia da autoridade estatal na aplicação de determinadas leis.

No estágio atual do nosso Direito, porém, vivendo nosso ordenamento de pletora de leis, não existe relevância maior para a posição do costume como fonte do Direito. O princípio geral pelo qual os juízes devem conhecer o Direito (*iura novit curia*) dispensa as partes de provar a

existência da lei ou do direito invocado, o que não ocorre com os costumes. O art. 337 do Código de Processo Civil determina que a parte que alegar direito costumeiro deverá provar o teor e a vigência, se assim for determinado pelo juiz. Essa instabilidade é, de fato, o maior obstáculo para o costume imperar em nosso sistema.

Sobre o autor:

Sílvia de Salvo Venosa é professor e autor de várias obras de Direito Civil, consultor e parecerista na área.