

COSTUMES JURÍDICOS NO BRASIL: Uma Análise Comparativa entre Juristas e sua Relevância Histórica e Contemporânea

ISADORA MACHADO GONÇALVES¹; ALINE VANESSA PENICHE WALTZER²;
MARCOS IGOR RESAFFE BARROS³

MARTA MARQUES ÁVILA⁴:

¹Universidade Federal de Pelotas – Isacamani@hotmail.com

²Universidade Federal de Pelotas – alinewaltzer@gmail.com

³Universidade Federal de Pelotas – marcosresaffe911@gmail.com

⁴Universidade Federal de Pelotas – mmaavila@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Na Roma Antiga o *mores maiorum*, o costume, antes do desenvolvimento da escrita, reinou como fonte única do direito, as normas criadas no seio daquela sociedade regulavam aspectos fundamentais da vida pública e privada (CRUZ, 1969, p. 173). Embora seu uso tenha permanecido em todas as épocas do direito romano, com o tempo, à medida que as leis escritas se tornaram mais prevalentes, o costume passou a ter condição de fonte subsidiária, em contraste à lei, fonte principal.

Uma prova desta perpetuação é a sua presença no mundo jurídico brasileiro mesmo na época do Brasil colônia. Segundo CAMILLO (2019), em Portugal, durante um período, na ausência de previsão legal adotava-se de forma até indiscriminada os costumes para resolução de conflitos. O Título LXIV do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas previa que na lacuna da lei seriam utilizados os Estilos ou Costumes Imperiais (CABRAL, 2010). Ocorre que o entendimento sobre costumes variava dentro do território imperial e suas colônias, e cotidianamente surgiam novos costumes, o que propiciava ambientes de fraude e corrupção na aplicação das leis. Em 1769, Portugal promulgou a Lei da Boa Razão¹ como forma de evitar driblar estes tangenciamentos à lei. A partir desta lei um costume somente poderia ser reconhecido como tal, se cumprisse três requisitos básicos de forma cumulativa:

Item 14: (...) Cujas palavras Mando; que sejam sempre entendidas no sentido de correrem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os três essenciais requisitos: De ser conforme às mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituem o espírito das Minhas Leis: De não ser a elas contrário em coisa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos. (SILVA, 1825)

Ao aplicar este severo disciplinamento no uso do costume, o legislador buscou estabelecer a primazia da lei, garantir a clareza, previsibilidade e uniformidade do direito e que todos os cidadãos estivessem sujeitos às mesmas regras.

¹ A Lei da Boa Razão foi publicada em 18 de agosto de 1769 pelo rei D. José I, tendo como principal objetivo reformular as matérias concernentes às fontes do direito em Portugal, bem como fornecer um critério seguro e objetivo sobre o que seria a boa razão sobre a qual se referiram as Ordenações Filipinas quando a estabeleceu como critério à aplicação do direito romano (CABRAL, 2010 p.4).

Segundo a definição de Eduardo Garcia Maynez, o costume corresponde ao “uso implantado em uma coletividade e considerado por esta como juridicamente obrigatório: é o direito nascido consuetudinariamente, o *jus moribus constituto*” (MAYNEZ, 2002. - tradução livre).

É unânime entre os mais renomados juristas que o costume é um conjunto de práticas reiteradas e aceitas pela sociedade como normas de caráter obrigatório e que este tem desempenhado um papel fundamental na formação e evolução do direito ao longo da história. No Brasil, não apenas a relevância, mas também a permanência da utilização do costume como fonte do direito, em uma estrutura onde a lei formal e escrita predomina, é uma pauta recorrente de debates entre legisladores e estudiosos.

2. METODOLOGIA

Nesse prisma, este artigo visa explorar as investigações de doutrinadores do direito sobre o costume: sua importância, influência e aplicação no sistema jurídico brasileiro do ponto de vista histórico e contemporâneo. Para isso, foi realizada uma análise comparativa entre as diferentes abordagens e divergências nas definições, classificações e interpretações dadas por estes autores.

Ademais, por meio do estudo de casos práticos e exemplos históricos, este artigo busca compreender a validade da aplicação do costume no sistema romano-germânico e refletir sobre os desafios e perspectivas futuras dessa fonte no ordenamento legal brasileiro.

No desenvolvimento deste artigo, foram realizadas diversas atividades que contribuíram significativamente para a análise da proposta. As principais atividades incluíram a curadoria de obras jurídicas e a realização de análises comparativas, focadas no estudo do costume e suas características, conforme descritas pelos autores Carlos Camilo, Maria Diniz, Sérgio Pinto Martins, Eduardo Garcia Maynez e Miguel Reale. Além disso, foram examinados documentos históricos que corroboram o uso do costume em território brasileiro desde a era colonial. Com base nessa revisão bibliográfica, buscou-se discutir e refletir criticamente sobre as informações coletadas para obtenção de um entendimento mais profundo e contextualizado do tema.

Este trabalho teve como público-alvo estudantes e pesquisadores da área jurídica que buscam aprofundar seus conhecimentos sobre as origens do Direito e a importância do costume como fonte, no entanto, esta obra visa tornar o conteúdo de simples entendimento, acessível ao público geral de estudantes da UFPEL.

A escolha da metodologia de estudo bibliográfico possibilitou uma análise detalhada de teorias jurídicas e abordagens históricas acessíveis por meio de obras especializadas. Assim, esse método proporcionou acesso a uma vasta gama de informações e perspectivas diversas sobre o assunto. Por outro lado, a análise comparativa foi feita para identificar as semelhanças e divergências nas abordagens sobre o costume, possibilitando uma compreensão mais ampla e crítica do tema. Dessa forma, essa abordagem foi essencial para destacar como o conceito de costume foi tratado ao longo do tempo e em diferentes contextos.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O autor Miguel Reale apresenta o Direito costumeiro como a primeira grande fonte do direito na história da humanidade e diz que sua origem, ao contrário da lei, não pode ser determinada, visto que aos poucos um uso ou hábito social se converte em ato ou uso jurídico.

O Direito costumeiro, ao contrário, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico (REALE, 1998. **Lições Preliminares de Direito**. p. 146).

Assim, para ele, o direito costumeiro diverge da origem das fontes jurídicas como a doutrina, lei e jurisprudência que eram presentes e nitidamente praticadas já na Antiga Roma. O autor atribui duas grandes origens para o direito como costume:

- O uso predominante da força pelo Chefe, além de apresentar aspectos como a inteligência, sabedoria por um indivíduo;
- A manifestação de procedimentos religiosos ou mágicos como forma do homem se proteger e defender de si mesmo e tudo e todos a sua volta.

Além disso, menciona em seu texto que a Lei das XII tábuas foi a primeira consolidação escrita de costumes que já eram praticados pelo povo Lácio.

O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional. (REALE, 1998. **Lições Preliminares de Direito**. p. 150).

Camillo classifica o costume como fonte não escrita, supletiva, histórica, material e não estatal, que exerce função cognitiva, ou seja, revela e expressa o Direito, e também função produtiva, criando, modificando ou revogando as normas de um determinado sistema jurídico (Camilo, 2019 p. 95).

Concomitantemente, segundo Maria Helena Diniz, o costume deve conter cumulativamente duas características para produzir efeitos no mundo jurídico: o uso e a convicção. O uso deve ser uniforme, constante, público e geral, alinhado à moral e à ordem. Já a convicção sobre sua necessidade jurídica é essencial desde o início, pois define sua obrigatoriedade, evitando que costumes comuns, como modos ou regras sociais, se tornem obrigatórios juridicamente (DINIZ, 2009). Então, embora o costume tenha sofrido alterações ao longo do desenvolvimento social humano, sua relevância e influência no direito é inegável no Estado moderno

Este projeto, ao investigar os variados pontos de vista sobre o costume jurídico apresentados por doutrinadores do direito, evidenciou que, embora esses autores concordem com a primazia da lei como fonte atual do direito brasileiro, todos reconhecem a importância do costume ao longo da evolução do Direito e sua influência na formação do sistema jurídico hodierno.

4. CONCLUSÕES

Para futuras investigações, será interessante explorar como o costume se manifesta atualmente em contextos regionais ou em áreas onde o acesso à legislação formal é limitado. Além disso, áreas de melhoria incluem uma investigação mais detalhada sobre a influência do costume em diferentes sistemas jurídicos ao redor do mundo e como ele se adapta às sociedades contemporâneas.

A partir da afirmação do jurisperito e sociólogo Eugene Erlich “O Costume do passado torna-se uma norma no futuro”², pode-se inferir que sua importância reside na capacidade de refletir as práticas sociais e os valores culturais de uma comunidade, contribuindo para a construção de um ordenamento jurídico mais justo e adaptado às necessidades da sociedade. Em conclusão, o costume se revela uma ferramenta valiosa para compreender as dinâmicas sociais atuais e pode significativamente enriquecer o direito contemporâneo, cada vez mais plural e complexo, especialmente em contextos de diversidade cultural e jurídica. Dito isto, é presumível que o direito consuetudinário não há de cair tão cedo no desuso.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, G. C. M. **A Lei da Boa Razão e as Fontes do Direito**: Investigações sobre as Mudanças no Direito Português do Final do Antigo Regime. Anais do Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Fortaleza. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3489.pdf>. Acesso em: 08 out. 2024.

CAMILLO, Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Grupo Almedina, 2019.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano: IUS ROMANUM**. Coimbra: Almedina, 1969. 607 p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312 – 323.

MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado: Fontes do Direito**. 14°. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2014.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción Al Estudio Del Derecho**. 53ª edición. Mexico: Editorial Porrúa, 2002. p. 51 - 77.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 1998

SILVA, A. **Lei da Boa Razão**. Collecção da Legislação Portuguesa desde a última compilação das Ordenações. Lisboa, na Typ. Maigrense 1825 a 1830. fol. 6 vols. (legislation, by chronological order, between 1750 and 1820.) Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7599.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2024.

² MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción Al Estudio Del Derecho**. 53ª edición. Mexico: Editorial Porrúa, 2002. p. 51 - 77.