

A partir de 1925, em seu "plano Voisin", Le Corbusier formulara o essencial desse programa urbanístico antiurbano. Previa demolir quase toda a margem direita do Sena em Paris, substituindo-a por torres de 200 m de altura, que ocupassem apenas 5% do solo. Segundo esse sistema, já não há cidade, mas apenas unidades habitacionais ou burocráticas dispersas pelos espaços verdes, cada uma das quais concebida como uma cidade vertical autônoma. Le Corbusier realizará o tema da unidade habitacional não na forma de torre, mas de barra, com a "Cidade radiosa" (1947). Longo prédio de 17 níveis, previsto para 1.500 a 2 mil pessoas, é a versão modernizada e vertical do falanstério, com seus serviços coletivos e suas ruas-galerias. Le Corbusier era Fourier mais o concreto armado.

O urbanismo progressista triunfou no mundo inteiro durante grande parte da segunda metade do século XX. Foi ele quem inspirou na França o urbanismo operacional dos Trinta Anos Gloriosos, com suas reurbanizações destruidoras de bairros antigos inteiros, acusados de vetustez, e suas zonas de urbanização prioritária (ZUPs) periféricas, nas quais brotavam os novos bairros de "máquinas de morar" (Le Corbusier). Em 1967, o sistema das ZUPs foi substituído pelo das zonas de organização coordenada (ZACs), estrutura jurídica que podia servir de suporte a qualquer operação de urbanismo (reurbanização, ampliação, criação de cidade nova etc.). Essa política dos grandes conjuntos dos anos 1955 a 1970, com a proliferação desenfreada de torres e barras na periferia e mesmo no centro das cidades, é filha da ideologia de Le Corbusier. Em Paris, o plano urbanístico diretor (PUD) de 1962, aprovado em 1967, preconizava a reurbanização (ou seja, a destruição) de mais de 70% do espaço construído. Em grande parte da capital, a altura máxima subira para 37 m, com aumentos até 50 e mesmo 100 m nos setores reurbanizados. Em alguns anos, toda uma série de bairros parisienses desapareceu totalmente. Bastariam algumas décadas para concluir o massacre de Paris.

No entanto, as últimas décadas do século XX foram marcadas pelo questionamento do urbanismo progressista. A partir de 1961, a socióloga americana Jane Jacobs ressaltou que os espaços verdes dos grandes conjuntos favore-

ciam a delinquência, que o abandono da rua punha a perder as principais vantagens da vida urbana. Incitava a refazer as ruas, que ela imaginava movimentadas, comerciais, lugares de sociabilidade e segurança. Na França dos anos 1970, a denúncia do universo kafkiano dos grandes conjuntos e da agressão do concreto às paisagens urbanas e rurais acabou por se afirmar e ser ouvida pelos poderes públicos. No fim da década, começou a concretizar-se timidamente a ideia de refazer as ruas, sob efeito de uma visão arquitetônica e urbanística pós-moderna. Depois do terrorismo antiurbano do urbanismo progressista, retornava a ideia de cidade.

Esse retorno devia muito a certa reavaliação da antiga cidade, que deixava de ser a cidade pestilenta de outrora. Já em 1962 surgia na França a lei que instituía os setores protegidos, o primeiro dos quais Marais. Depois, a partir de 1967, foi a luta do bairro dos Halles, que teve grande repercussão. Denunciadas por várias associações, as imensas demolições previstas, que fariam desaparecer o essencial do velho coração de Paris, provocaram tanta indignação, que os poderes públicos recuaram, conformando-se com um projeto bem menos devastador. Mas a grande guinada ocorreu em 1975. O plano de ocupação dos solos (POS) de Paris introduziu regras altamente protetoras do tecido urbano e do patrimônio construído. A altura máxima voltou a ser de 25 m em vasta zona central, 31 m nas zonas menos sensíveis, ficando em 37 m apenas nos setores em que já tivesse sido iniciada alguma operação de reurbanização. Ademais, os coeficientes de ocupação do solo (COS) foram nitidamente reduzidos em relação ao regulamento de 1967. Desse modo, a demolição de imóveis antigos deixava frequentemente de ser uma operação lucrativa. Com esse espírito, foi criado no mesmo ano o teto legal de densidade (PLD), com a fixação de 1 (e 1,5 em Paris) a densidade além da qual seria devida uma participação financeira à coletividade. Isso restringia o lucro que pudesse resultar da densificação imobiliária, protegendo, pois, o centro das cidades dos empreendimentos imobiliários nefastos ao patrimônio arquitetônico. Essa proteção, porém, desapareceu em 1986, quando a decisão de estabelecer um PLD e sua fixação foram deixadas a cargo das comunas. De fato, os perigos que ameaçavam a

antiga cidade não foram inteiramente conjurados. Isso está muito claro em Paris. Em decorrência de uma majoração dos COS, agora é o patrimônio "haussmanniano" que está sendo saqueado, e sua preservação, quando existe, limita-se à conservação das paredes que dão para a rua, frequentemente um tanto desvirtuadas (fachadismo).

Por outro lado, embora a ideia de cidade esteja de volta, e a cidade existente seja mais bem tratada do que antes, a incapacidade de nossa época para construir cidades não deixa de ser patente. Isso apesar do aperfeiçoamento dos instrumentos de planejamento urbano, o principal dos quais foi o POS que, criado em 1967, a partir de 1983 tornou-se o documento urbanístico de direito comum, sendo substituído em 2000 pelo plano local de urbanismo (PLU). As cidades novas da região parisiense, que começaram a ser construídas na década de 1960, ainda estão, em seu conjunto, impregnadas pela ideologia urbanística progressista. Daí seu caráter geralmente pouco urbano, em que o modernismo arquitetônico se associa a um espaço subtraído e com frequência deslocado pela rede de rodovias, estradas e anéis viários. De fato, nosso tempo já não sabe criar tecido urbano, só segregando subúrbios. Com a vulgarização do automóvel, o subúrbio tornou-se um imenso espaço difuso em perpétuo crescimento. Devorando zonas rurais cada vez mais distanciadas, absorvendo povoados e até mesmo cidades agora afogadas numa nebulosa mal diferenciada, o subúrbio moderno constitui uma verdadeira anticidade. Além do mais, ele mata a verdadeira cidade. Esse fenômeno está estreitamente ligado ao desenvolvimento (nascido com o automóvel) da grande distribuição nos centros comerciais gigantescos dos subúrbios. Em muitas aglomerações de médio e mesmo de grande porte, a cidade propriamente dita deixa de ser o principal lugar de sociabilidade. O essencial da função comercial situa-se nas zonas de grande distribuição da periferia, podendo absorver centenas de hectares daquilo que antes era zona rural. Esses complexos comerciais vastos como cidades matam o essencial do comércio do centro da cidade num giro de dezenas de quilômetros. Em muitos lugares isso significa a morte dos centros das cidades, o deslocamento da sociabilidade para os centros de grande distribui-

ção dos subúrbios, que tendem a tornar-se os verdadeiros polos da aglomeração. Ora, esses polos constituem por excelência a anticidade. É de temer que o novo século seja marcado pelo triunfo da anticidade do comércio de massa sobre a cidade autêntica, sede milenar da sociabilidade.

Além do mais, o subúrbio provoca a degradação progressiva das zonas rurais, que parece infundável. A proliferação de construções, que se estende por todo o território, é incompatível com a preservação dos sítios e com a manutenção da paisagem rural. Como chagas, retalhos de subúrbio corroem tudo, inclusive as zonas rurais mais distantes. Evidentemente, os poderes públicos perceberam os perigos do crescimento urbano descontrolado, mas na prática continuam impotentes diante do processo de urbanificação difusa que desfigura as paisagens. A descentralização não possibilita muita resistência à pressão dos interesses privados, que se satisfazem à custa da beleza paisagística. Portanto, a salvaguarda daquilo que ainda resta de paisagens e de sítios não deteriorados, rurais ou urbanos, deveria ser uma das tarefas prioritárias do urbanismo do século que se inicia.

» AUBY J.-B. & PÉRIEUX-MARQUET H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, 5ª ed., 1998. – FLANDIN-BLÉTY P., "Aux sources médiévales d'un droit de l'urbanisme: le cas de Limoges", in *Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun*, Limoges, 1998. – HAROUEL J.-L., *Histoire de l'urbanisme*, Paris, 5ª ed., 1995; *L'Embellissement des villes. L'urbanisme français au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1993. – JACQUOT H., *Droit de l'urbanisme*, Paris, 2ª ed., 1989. – LAUBADÈRE A. de & GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, 1ª ed., 1998. – DUBY, G. (org.), *Histoire de la France urbaine*, Paris, 1980-85. – MERLIN P. & CHOAY F., *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, Paris, 1988. – MORAND-DEVILLER J., *Droit de l'urbanisme*, Paris, 5ª ed., 2001. – SOLER-COUTEAUX P., *Droit de l'urbanisme*, Paris, 3ª ed., 2000.

Jean-Louis HAROUEL

→ Desapropriação; Direito administrativo; Sistema viário.

## USOS E COSTUMES

A ideia de costume como prática consuetudinária teve e continua tendo um destino ex-

traordinário, intimamente ligado ao da própria cultura jurídica. São poucos os conceitos jurídicos que exprimem com tanta força esse sentimento complexo que liga o direito à história das sociedades, a seus caracteres distintivos e à vida concreta de seus membros. Sem nunca se afastar de seu conteúdo técnico de fonte do direito, o costume nesse sentido foi e continua sendo um instrumento importante de qualificação da diversidade dos modos de ser jurídicos e, ao mesmo tempo, uma ferramenta – compartilhada pelo direito e pelas outras ciências sociais – que serve para descrever o direito vivo, do modo como ele emana das relações concretas entre os homens, de seus usos, para além das solenidades institucionais, da eloquência dos tribunais e dos volumes encadernados onde se exprimem mais visivelmente a lei, a jurisprudência e a doutrina. No momento em que o direito admite, enfim, seu caráter cultural, ou seja, relativo e comparável a outras dimensões da cultura humana, no momento em que se liberta de seu jugo positivista, o destino do costume constituiu meio de ver em perspectiva os elos íntimos e complexos entre a cultura jurídica e a cultura pura e simples, traço de união e sinal de diferenciação entre as sociedades humanas.

A pista que seguiremos nos levará das razões técnicas que o fazem figurar no patrimônio dos conceitos jurídicos até as razões políticas que o levam à bandeira de reivindicações de autonomia dos grupos sociais. Daremos atenção especial à sua trajetória epistemológica, que começa com a afirmação da especificidade do direito nacional francês, prossegue com maior amplitude graças ao surgimento da escola histórica de direito e se torna universal, por fim, graças ao objetivo antropológico de compreender e descrever as sociedades humanas do planeta e definir sua parte jurídica. Como esse termo, que servia para designar algumas taxas no antigo direito, se tornou emblemático da juridicidade universal e da faculdade de cada povo de viver segundo seus próprios usos? Essa é a pergunta – que abrange problemáticas da teoria do direito, da história e da antropologia – a que tentaremos agora responder. Seu interesse seria indubitável caso se tratasse apenas de investigar uma sequência consumada da gênese do direito. Mas ele vai além disso, atingindo o âmago das inter-

rogações contemporâneas sobre a validade dos conceitos oriundos do Ocidente na construção jurídica dos países em desenvolvimento, ao âmago dos paradoxos que conduzem as populações autóctones a formular suas aspirações à autonomia na própria linguagem que possibilitou sujeitá-las, ao âmago dos processos por meio dos quais as sociedades modernas se chocam com os limites do individualismo, abrindo novo espaço às normas criadas pelos grupos locais, minoritários ou marginais, estruturadas por usos, reconhecíveis por seus costumes.

#### Origens

Na Idade Média francesa tinham o nome de *coutume* (costume, costuragem) tanto um direito senhorial quanto “uma sequência de ações que, repetidas com frequência, criam o hábito de realizá-las”. Recebiam a denominação *usage* (uso) “um serviço devido em virtude do costume” e “um direito de utilizar” um bosque ou um pasto (Du Cange). Bradava-se “*coustume*” para exigir o pagamento de uma dívida, e um “*coustumier*” ora era aquele que “arrecadava o direito chamado *coutume*”, ora aquele que estava sujeito ao “direito de *coutume*” (*costumagem*, como tributo). Usufruto concreto, direito de usufruir e preço que se devia pagar pelo usufruto de um recurso; o uso ostentava uma semântica vasta, em que o *usager* ora era aquele que o utilizava, ora aquele que tinha o direito de utilizá-lo e ora aquele que estava submetido à taxa que condicionava o direito de usar e o fato de exercer esse direito. A noção de coletividade estabelece a junção dos diferentes polos dessas noções polissêmicas, e Marc Bloch ressalta que os “*coutumes*” são os territórios submetidos ao gozo comum. Dependência em relação a um poder, autonomia do hábito e pertencimento a um espaço determinado são os principais ingredientes de uma complexidade recorrente e de um movimento dialético intrínseco às noções de costume e uso. Quando toma conta do fenômeno, o pensamento jurídico intervém no processo de difusão do direito romano que faz a Europa sair “do sono da ignorância e da barbárie e renascer para a civilização” (Warnkoenig, 1821) e no outro processo que vai retirar das cidades, contrariando as senhorias, os elementos constitutivos da soberania estatal e da concentração do poder de fazer leis.

Quando a Europa passou a ser vista como um conjunto de territórios, e não mais como uma mistura de povos a transportarem consigo as suas leis, o costume, ou os hábitos locais, parece ter dado impulso às características jurídicas de cada castelania ou senhoria. O processo foi duplo, e aqui nos limitaremos às linhas gerais de um movimento de longuíssima duração. Em contato com os direitos então locais, o direito romano, reinterpretado nos séculos XII e XIII, amalgamado doutamente ao direito canônico pelo monge Graciano em 1140, levou-os a afirmar-se, ao mesmo tempo que afetava seu conteúdo. Mais tarde, no século XV, a autoridade monárquica desencadeou um processo de redação das práticas consuetudinárias locais que, por sua vez, teve duas facetas: por um lado, revelou através da escrita a diversidade desses produtos jurídicos dos territórios dos quais eram originários; por outro lado, a revelação ocorreu sob o controle material e intelectual de juristas de Estado que ultrapassavam a fase de constatação e, por meio de coletâneas metódicas, deram início ao longo processo de unificação e racionalização do direito, cuja consumação se dará com os códigos revolucionários e napoleônicos. Observemos rapidamente o modo como era pensada a prática consuetudinária no contexto medieval, cujo espírito e cujos procedimentos foram singularmente reproduzidos pela compilação dos costumes dos países que proclamaram sua independência no século XX, conforme veremos adiante.

#### O conceito e suas propriedades

Em face do problema do costume, os juristas eruditos foram confrontados pelas contingências da empiria, obrigados a teorizar a relação entre fato e direito. A herança romana era de pouca utilidade. Sem dúvida, a palavra *coutume*, costume, vem de *consuetudo*, mas este último termo qualifica mais os “comportamentos” vivos e herdados (*Germanorum consuetudo est resistere* – comenta César) do que uma fonte de direito ou a ordem jurídica de um território. É sobretudo um direito adquirido pelo tempo e pelo *consensus totius populi*, que o tempo pode extinguir, por *desuetudo*, desuso. A reflexão mais sistemática e moderna sobre “as virtudes do costume” parece ser a de Lucas de Penna, que viveu na época de Bartolo (século XIV), na época

dos comentários amplos e sintéticos da herança romana, mas só foi conhecido e divulgado no início do século XVI, na época dos humanistas e dos historiadores preocupados em dominar, e não decorar, as lições do passado para inspirar sua concepção do direito presente. Ele tem o mérito de conjugar a pluralidade das dimensões constitutivas do conceito e de assumir suas polaridades contrastantes numa visão coerente. Para ele, o costume é oriundo da tradição e é também criação. Resulta de uma adaptação factual ao existente e é objeto de consolidação pela autoridade. Emana do povo, mas só existe quando reconhecido por um poder. É um comportamento, mas também um preceito. É um contrato constituído pelo consentimento popular e é também uma regra de direito desejada pelo soberano. Essas oposições binárias se encadeiam mutuamente para desenhar as propriedades que vão dotar de polivalência o conceito e impulsionar sua longevidade. Tentemos discernir aí uma lógica. Primeiramente, como fato, o costume é portador de direito, uma vez que os hábitos individuais e coletivos dos homens são tendências inatas de sua personalidade (*consuetudo est altera natura*), e a dimensão temporal que se vincula a todo hábito gratifica-o com valor social, legitimidade que a Idade Média atribui ao antigo e recusa à inovação. É, portanto, uma orientação geral da sociedade identificável na repetição inalterada dos mesmos fatos, na exclusão das desordens e das perturbações que viriam contestar sua harmonia. Essa concepção será encontrada na antropologia de Malinowski e sua vasta posteridade: o fato costumeiro é já, em si, como tendência verificada, um direito costumeiro. A assimilação do fato a uma “fonte” do direito apaga-se então em proveito da avaliação da relação que esse direito já lá, nas relações humanas concretas, mantém com outros fatores de regra, em primeiro lugar com o Poder Legislativo, que Lucas chama de “Regulador”. É no âmbito dessa relação que o costume se torna um fator político e adquire precisão jurídica. A indagação é esta: como situar a prática consuetudinária, forçosamente já presente e respeitada porque durável, em relação à lei e à autoridade da qual ela supostamente procede? Aqui ganha corpo um segundo nível de aqumbaramento do fato pelo pensamento jurídico. Embora pareça uma obe-

diência tácita a preceitos não formulados, considera-se que o costume nasce de um contrato e, como todo contrato, implica a vontade, a “participação criadora” do povo ou de certas partes do povo. O *consensus populi* já não é um horizonte especulativo, mas um intercâmbio de vontades (Malinowski falará de “configuração de obrigações”), ou seja, uma convenção devidamente constituída e capaz de servir de lei às partes. A atitude do poder regulador em relação a essa vontade contratual não pode então ser concebida como um acatamento ou uma rejeição de comportamentos considerados bons ou maus, mas sim como a consideração jurídica de um pacto juridicamente estabelecido. A alteridade do costume passa então a fazer parte claramente da identidade comum do direito – e a história do conceito tirará grande proveito dessa falsa exterioridade capaz de apresentar-se como verdadeira, sobretudo na pena ingênua ou viciosa de muitos etnólogos ou administradores. Como contrato, o costume só pode vincular aqueles que tomaram parte do pacto, e daí reaparece a exigência de pertencer a um grupo e a um território. Lucas admite até que as práticas consuetudinárias, naturalmente restritas aos limites das localidades nas quais nasceram, podem gerar instituições jurisdicionais próprias. Poder normativo dotado da faculdade de julgar, o costume é consecutivamente considerado como algo capaz de criar categorias jurídicas ainda desconhecidas, tal como um direito casuístico constitui a sua jurisprudência – o que Llewellyn retomará como fundamento do “método jurístico” que ele teoriza em *The Cheyenne Way* (1941). Verdadeiro sistema no sistema, o costume é englobado, mais que contido, pelo Poder Regulador. Englobado primeiro intelectualmente: o costume deve ser razoável, ou seja, não deve atentar contra os *canonici institutis*, que em Lucas devem ser entendidos como “fundamentos da ordem estabelecida que constitui o organismo social e político” (W. Ullmann). Ao afirmar que um costume não razoável, contrário às “formas da coisa pública”, não poderia produzir efeitos, Lucas talvez não esteja tanto erigindo um anteparo doutrinário quanto encontrando o fio lógico de sua concepção factual e contratual do costume: oriundo da organização da sociedade, é improvável e ilógico que ele possa formar-se contrariando-a. O cará-

ter razoável do costume deriva dos modos de concebê-lo, e a consolidação de que é alvo incide sobre seu conceito. É com um outro tipo de englobamento pelo regulador – dessa vez poder político e legislativo, e não mais referente intelectual – que surge a questão clássica, e sempre atual, da relação do costume com a lei. Em Roma, no fim da Antiguidade, foram determinadas as três hipóteses: costume supletivo (*praeter legem*), costume confirmativo (*secundum legem*) e costume opositivo (*contra legem*); este último poderia “vencer” a lei caída em desuso. Lucas de Penna considera que o costume “solidifica” o direito no primeiro caso, assume oportuna “função de interpretação” no segundo, mas, sobretudo, que em terceiro lugar, sua existência e sua influência dependem menos de uma relação abstrata com a lei do que da vontade concreta do legislador. O costume pode revogar a lei obsoleta, desde que o legislador o reconheça e o aprove. Sua relação com a lei é política, e, no âmbito político, o costume adquire propriedade estratégica, que Lucas revela, distinguindo-se do território estritamente jurídico do debate sobre a prevalência da substância legal ou da substância consuetudinária (para Graciano, “o costume não pode vencer a lei”). Lucas escreve (*Commentarius ad tres libros Codicis*, Lyon, 1509): “Convém observar os costumes das regiões.” Essa indicação não vale apenas em direito, como princípio de interpretação dos contratos, por exemplo, mas implica o direito, com sua dimensão consuetudinária, numa teoria do governo político. Assim, Lucas baseia no costume uma doutrina de governo, ardentemente retomada na época contemporânea. Os costumes refletem a vida social e influem sobre ela. A governabilidade dos territórios supõe que os representantes do regulador respeitem e observem os costumes específicos das populações com as quais estão em contato. Dessa atenção depende a estabilidade da sociedade e, por conseguinte, sua capacidade de regulá-la. O acatamento dos costumes indígenas pelos impérios recentemente desfeitos da Grã-Bretanha e da França não obedeceu a outra preocupação senão aquela que Lucas de Penna assinalava no século XIV: o governo de um povo, cujas relações sociais escapam, no todo ou em parte, ao controle da lei, requer o reconhecimento de seus costumes, na qualidade de usos ou de von-

tade comum, porque esse reconhecimento cria um elo de direito entre o povo e o “regulador” ao mesmo tempo que legitima, aos olhos do povo, o rosto protetor de uma autoridade ameaçadora em virtude de suas leis.

#### Diferenças consuetudinárias e nacionalismo jurídico

Quando os costumes começaram a ser coligidos na França, em obediência a uma ordenança régia no século XV, o poder enveredou por essa via estratégica e pôs o conceito de costume (que, como vimos, tem a propensão de conferir identidade jurídica às localidades) a serviço de uma afirmação ideológica do caráter nacional francês, que por sua vez estava marcado pelos traços comuns dos diferentes sistemas consuetudinários. Foi por meio do direito consuetudinário que a França reivindicou sua singularidade em relação ao direito romano-canônico, comum ao Ocidente. O juriconsulto Dumoulin formula no século XVI o projeto, concebido por Luís XI, de atingir a “concordia e a união” de todos os costumes da França. O costume torna-se assim um fator de política nacional, graças à dimensão que mais o prende ao pertencimento territorial e por meio da qual ele exprime as disparidades locais. Ao tornar visíveis as culturas jurídicas do reino, o poder reivindica o domínio sobre o conjunto das diferenças que ele colige e classifica. Ao conferir direito ao menor corpo consuetudinário territorial, o corpo político afirma a primazia de seu olhar unificador. Ademais, ao tornar comparáveis edifícios jurídicos justapostos, ele cria as condições para sua “colação” ou harmonização sob seu império. Quando aborda “aquilo que tinha aparência de regra ou sentença” nos costumes e nos usos, Loisel (*Institutes coutumières*, 1607) pretende “organizá-los em melhor ordem” na perspectiva de poder, “enfim reduzi-los à conformidade, à razão e à equidade de uma só lei, um só costume, um peso e uma medida”. Em Bouchel, na sua *Bibliothèque ou Trésor du droit François* (1629), o costume é popular porque a “gente costumeira” é súdita de um senhor justiceiro ou feudal; é factual porque “flui suavemente e sem força”; mas está subordinado “à verdade e à razão”; propriedades do soberano: embora as compilações consuetudinárias “devam ser interpretadas segundo a propriedade

de suas palavras”, o monopólio de sua leitura pertence apenas ao olhar do príncipe. “As mesmas causas que produziram as práticas consuetudinárias as produziram diferentes em cada região”, afirma Fleury um pouco depois (*Histoire du droit français*, 1674). O método de Berroyer e Lainière (*Bibliothèque des coutumes*, 1699), que no fim do século XVII empreendem a confecção de uma “nova costumagem geral”, orienta-se deliberadamente para a busca das propriedades comuns e específicas dos costumes da França. A busca das origens do costume está associada à compilação comparativa dos costumes numa ampla tentativa de “confrontar os costumes uns com os outros” para “extrair dessa confrontação certos princípios gerais que reinam por toda a França” e dar a seu direito uma carnação digna do reinado de Luís XIV. O costume agora se isola da história dos costumes: o “direito consuetudinário” possui por hipótese um *espírito geral* que conforma a gramática de suas manifestações (estilos de procedimento, cartas municipais, resultados de pesquisas por grupos de habitantes, testemunhos dos “antigos advogados”, instituições sucessórias, delimitação das competências territoriais etc.), que só é compreensível “confrontando-se todas as compilações consuetudinárias do reino”, ou seja, todas as manifestações possíveis desse “espírito”, em nome do qual é lícito selecionar, entre a multidão de ocorrências, o que faz parte dele e o que não faz.

#### A aposta na intemporalidade

Os fenômenos consuetudinários são assim nivelados numa mesma equivalência de sentido e numa relação idêntica com a história, cujo desenrolar é negado, história na qual eles se inscrevem com um mesmo bloco intemporal. Surge com grandeza inédita a função do analista, do detentor da perspectiva, que, desvinculado do peso da cronologia, da genealogia das dominações e das cadeias do povoamento, empenha-se em desenhar os contornos do “espírito dos costumes”, a saber, do código último do direito nacional. A preocupação, eminentemente política, de fundar a nacionalidade do direito francês não poderia minimizar o interesse desse construto teórico em virtude do qual o costume se livra da ganga de suas definições históricas, bem como de sua filiação ao direito positivo da

antiga França, para adquirir uma dimensão autenticamente conceitual, designando ao mesmo tempo um conjunto de artefatos, cuja extensão é função da acuidade do olhar do inquiridor, e um Código de leitura desse conjunto tendente à decifração de sua razão profunda, redutível a uma estrutura de causalidade. O conceito fornece assim, de uma só vez, um objeto de pesquisa e uma teoria da pesquisa. Além disso, ostenta sua autonomia ao arrogar-se o poder exorbitante de ser o agente de sua própria compreensão. É essa circularidade lógica que faz do conceito de costume uma sistemática das anfibologias, que lhe confere a faculdade de conjugar tranquilamente os contrários, e que lhe garante, simultaneamente, destino sociológico e eficácia jurídica. Ao traçar ao arpejo uma linha reta e retrospectiva entre o direito nacional e os “usos e as condutas sociais dos antigos gaulenses”, as reflexões de Grosley sobre a origem dos costumes elegem em 1752 (*Recherches pour servir à l'histoire du droit français*) o parâmetro étnico como referencial principal, em meio ao leque de possibilidades abertas à determinação do “espírito dos costumes”. O problema do desenvolvimento histórico é assim ofuscado pela cintilação de um instante original que permite, além disso, ligar toda a juridicidade presente ao poder recorrente de um crisol matricial, presumivelmente legível nos efeitos que lhe são imputados (“testemunhos irrepreensíveis de uma sucessão constante e ininterrupta”).

#### O universalismo teórico: Savigny

Quando, em 1814, o alemão Savigny defende a ideia de um direito que não se baseasse em abstrações filosóficas, como o direito codificado, mas na história particular de cada povo, está fundando uma escola de pensamento que colocará a prática consuetudinária no centro de suas preocupações e, com o nascimento da antropologia social e cultural, inspirará uma visão planetária das diferenciações consuetudinárias. Paradoxalmente, essa escola histórica do direito se preocupará menos com as transformações do que com as permanências. Estabelece duradouramente a coerência polissêmica do conceito por meio de uma série de inversões epistemológicas prenes de consequências políticas. Em primeiro lugar, para citar as úteis distinções de Lucas de Penna, o fato passa a ser a

forma superior do direito, e os meios pelos quais é possível constatá-lo – costumes coligidos, aforismos, adágios, brocardos e provérbios, narrativas de tradição oral – são expressão de uma impulsão única e profunda, ligada ao “caráter nacional do povo”. Essa impulsão, ou em termos savignianos “a convicção comum do povo”, liga a categoria de direito às outras dimensões da existência humana para mostrar com força que as sociedades têm em comum essas mesmas dimensões que servem para particularizá-las em virtude de algum predicado de especificidade e de estabilidade que é, ao mesmo tempo, causa e efeito do “caráter nacional”: “assim como a língua, os comportamentos e a organização”, o direito não tem, na origem, existência à parte, mas constitui uma “das faculdades e das tendências particulares de um povo individual”, um dos atributos pelos quais uma “nação” é individualizável (Savigny, 1814). Nessa óptica, o direito adquire valor de testemunho notável da identidade dos povos e dos modos como essa identidade pode ser atacada e alterada. É por se pretender indiferentemente válido para todas as nações de todos os tempos que o Código devora “como um câncer” os legados específicos da história dos povos. A questão da definição do costume é remetida à análise dos componentes daquilo que hoje se designa com o termo “cultura”: embora persista a ideia de uma vontade coletiva, esta pertence aos tempos originários da própria coletividade. Quanto à problemática do elo entre o costume e o “regulador” legislador, resume-se então a uma oposição conflituosa entre o costume, como portador da autenticidade nacional do povo, e a lei, expressão da vontade arbitrária de um poder provisório, servido por uma casta de legistas dotados de um racionalismo obtuso. “Todo direito, na origem, é formado do modo como se diz que o direito consuetudinário se formou, ou seja, pelo costume e pela fé popular [...], por poderes internos que operam em silêncio, não pela vontade arbitrária de um fazedor de leis” – escreve ainda Savigny (1814). A relação de forças é rigorosamente invertida. Já não é a oposição entre costume e lei que se constitui em problema, mas sim o desrespeito à lei pela preponderância do costume na ordem do direito e na ordem geral da sociedade. É muito significativo que Savigny chame de *direito político* o direito

que continua integrando a existência geral da comunidade popular, e de *direito técnico* o ramo distinto do saber que está nas mãos dos juristas. O segundo é historicamente posterior, epistemologicamente subalterno e politicamente subordinado, tal como um instrumento submisso aos desejos de seu manipulador.

#### Ciência, doutrina e política

Assim como Savigny ligou o destino do direito ao dos outros componentes da “consciência comum do povo”, o antropólogo britânico Edward Burnett Tylor integrou, em 1871, a dimensão jurídica numa teoria geral da cultura, avalizada por Claude Lévi-Strauss e pela antropologia moderna. Em Tylor, a cultura é “o todo complexo que compreende conhecimento, crença, arte, moral, direito, costume e todas as outras faculdades e hábitos adquiridos pelo homem na qualidade de membro da sociedade” (*Primitive Culture*, 1871). A juridicidade da condição humana é tão universal quanto a própria condição humana e ela aparece com o rosto dualista de “direito” e “costume”. Em culturas jurídicas diferentes, franceses e britânicos vão projetar esse rosto de Jano em suas concepções e na gestão que impõem aos “outros povos”, abordados por via de conquista e colonização. Jurista, fundador da escola francesa de “etnologia jurídica e sociologia colonial”, René Maunier, com sua obra *Loi française et coutume indigène en Algérie* [Lei francesa e prática consuetudinária indígena na Argélia] (1932), ajuda-nos a compreender a imbricação de ciência e política que afeta a qualificação jurídica da alteridade. Eis como Maunier apresenta os termos do problema: “Quando entramos em relação, em colaboração, com esses povos, ou melhor, com essas comunidades da Argélia e do Marrocos, que restaram na tribo, grupos de parentes, descendentes, e não grupos de cidadãos, não será preciso transpor um abismo jurídico?” O evolucionismo social, em virtude do qual a “tribo” é uma forma de desenvolvimento político inferior à civilização estatal, e a ideia de um abismo a nos separar dos outros articulam-se numa célebre jurisprudência do Império Britânico (*Southern Rhodesia*, 1919), segundo a qual “não é possível transpor o fosso” existente entre as populações que não atingiram certo limiar e as leis de um país civilizado. Nos dois casos, apre-

senta-se uma separação que a necessidade de administrar a colônia obriga a superar. Para a França, o que convém superar é o universalismo das concepções fundadoras da República. Como fazer que um grupo de parentes se transforme numa soma de cidadãos livres e juridicamente iguais? Como fazer que uma “comunidade” se torne um povo soberano cuja vontade democrática seja lei? As noções de usos, costumes e direitos consuetudinários, mobilizadas para conferir sentido jurídico aos fatos reveladores da alteridade, vão poder servir de tabela de conversão para tornar a “Tribo” inteligível e administrável pelo “Estado”. Tudo que a qualificação de “práticas consuetudinárias indígenas” parece reconhecer e garantir sob a égide de uma concepção jurídica universal se esboroa em contato com esse universalismo, para o qual a propriedade (“tão clara e tão certa”) deve desvanecer a posse, a administração deve substituir a autoridade “do velho, do varão, do chefe”, e a filiação nacional deve revogar “a unidade orgânica e mística da comunhão de descendência”. Aparentemente, a constatação antropológica e o reconhecimento oficial dos costumes ou dos direitos consuetudinários indígenas estabelecem a verdade científica da diversidade das formas de direito segundo as sociedades e as culturas, seguindo nisso os ensinamentos de Savigny e Tylor. Mas, como admite Maunier sobre as “práticas consuetudinárias indígenas”, “embora sejamos seus guardiões contra nossas leis, não o somos sem a esperança de que nossas leis venham a prevalecer”. Ciência, doutrina e política caminham de mãos dadas. Munido do postulado da universal juridicidade, o antropólogo descreve as instituições, os corpos de regras e os métodos jurisdicionais de populações cuja sofisticação e especificidade de saberes de tradição oral deveriam, cientificamente, ser conhecidas tanto quanto os saberes jurídicos da metrópole. O jurista encontra então, nessas descrições de instituições consuetudinárias subdivididas em rubricas tais como família, contratos, infrações, sanções e constituição política, um universo diferente, porém familiar, integrável em seus próprios raciocínios, remissível à sua própria lógica, à sua própria cultura. A política, que aqui entendemos no sentido profundo de ideologia fundadora da ordem comum, torna-se assim senhora de um conjunto

unificado e classificado, fadado a conhecer apenas – como declarou Jules Ferry – “a assimilação ou a sujeição”.

A dinâmica engendradora nos países anglo-americanos pela jurisprudência de 1919 é distintamente inspiradora da emergência e do desenvolvimento de uma antropologia jurídica que não se baseia no postulado abstrato da universal juridicidade, mas sim na identificação de “fenômenos consuetudinários”, intrinsecamente jurídicos. Malinowski estabelece firmemente um programa de pesquisa útil à teoria do direito e politicamente eficaz. Levando-se em conta que não existe “descontinuidade alguma entre nossa própria sociedade e a dos povos primitivos”, cabe ao antropólogo atestar a equivalência geral dos fenômenos relativos à execução da “função jurídica” e realizar “a tarefa de traduzir os princípios do direito consuetudinário primitivo para os termos de nossas instituições administrativas modernas” (B. Malinowski). Como ele define “os princípios do direito consuetudinário primitivo”? Essencialmente como “uma constelação ou uma configuração de elos no seio de uma instituição”, que nada mais é “que um grupo de pessoas [...] obedientes a um mesmo corpo de regras”. Para Malinowski, é a imbricação das obrigações mútuas que funda a regra consuetudinária, cuja efetividade é provada pela obediência tácita e pela manutenção de uma reciprocidade harmoniosa perante a qual qualquer distorção se mostra como anomalia patológica. Apesar de compartilhar com Malinowski o intuito de estabelecer a universal juridicidade pela homologia entre os fenômenos jurídicos das sociedades “modernas” e “primitivas”, o juriconsulto americano Karl Llewellyn assume uma posição rigorosamente inversa. Esse fundador da escola do realismo jurídico distingue-se do mestre do funcionalismo situando o fenômeno jurídico naquilo “que é feito a respeito de um caso de perturbação”. Já não é na preexistência de uma “constelação de elos” que se manifesta o “costume”, mas sim nas rupturas, nos conflitos de pessoas, nas tensões institucionais, nas divergências entre leigos e especialistas, é nos atritos e nos confrontos que se elabora o fenômeno jurídico, sempre, em todos os lugares e acima de tudo como modo de dirimir diferenças. Com essa base teórica, Llewellyn introduz – como escreveu Mali-

nowski – a perspectiva antropológica na teoria do direito, mas o faz acreditando numa casuística das “perturbações” que se abstém do conceito de costume e justifica essa abstinência. O termo “costume”, segundo Llewellyn, não tem limites: difunde seu alcance “silenciosa e indistintamente sobre o conjunto da sociedade considerada”, sem permitir que, entre os modelos de comportamento, se discirna a expressão de um material especificamente jurídico. Acima de tudo, o termo “costume”, para ele, é responsável por ter possibilitado “conferir aparência de solidez a quaisquer tipos de linha de conduta” e “aparência de uniformidade a fenômenos que, na realidade, vão desde o apenas emergente [...], desde o tateio ou a hesitação que um dia poderão vir a ser suficientemente adotados para transformar-se em prática, até o modo de vida estabelecido e quase invariável ao qual todos, exceto os imbecis, se conformam”. Assim, a intemporalidade do costume e seu caráter de espelho do direito ocidental são questionados por Llewellyn em sua crítica. Depois dele, a antropologia do direito deixará de lado o costume, preferindo o estudo das soluções dos conflitos e dos sistemas de ordenação, mas englobando o fenômeno jurídico “primitivo e moderno” no mesmo âmbito teórico das “normas”, cuja pertinência epistemológica também merece avaliação.

#### Os paradoxos da confissão indígena

No entanto, o conceito de prática consuetudinária será empregado pelos movimentos de construção nacional, no âmbito das aspirações à autonomia dos povos autóctones, será empregado como veículo de uma ordem social e jurídica alternativa, oponível, logo comparável, à ordem ocidental. No singular, costume e uso designam práticas sociais regulares potencialmente inteligíveis por um sistema de direito ou reivindicadas como artefatos jurídicos por grupos que aspiram à autodeterminação. São então conceitos bifrontes que fazem parte do vocabulário e da dogmática jurídica, onde designam tecnicamente uma fonte de direito e o grau de regularidade de hábitos adotados. Também são, na outra face, os móveis intelectuais e as justificações racionais mais profundas da identidade política de um povo. Um *kastom* (do inglês *custom*, costume) melanésio estrutura a ideologia da obtenção da independência como

um referente supremo, uma formulação depurada da autoctonia, inacessível e indisponível aos poderes e aos direitos ocidentais, vistos como impostos artificialmente pelos contatos, pelas conquistas e pelas colonizações. Segundo esse espírito de fundação do direito das nações novas sobre a afirmação política de uma alteridade jurídica irrefragável, a primeira constituição de Papua-Nova-Guiné (1975), por exemplo, considera como fonte fundamental do direito o *deeper underlying law*, o “direito subjacente mais profundo”. Discernir o conteúdo desse direito importa menos do que afirmar sua primazia ideológica e sua indisponibilidade ao olhar de terceiros. Ao basear sua independência política na alteridade absoluta de seu “costume” ou de seu “direito subjacente mais profundo”, um povo divulga paradoxalmente a fisionomia particular de suas instituições em termos diretamente inteligíveis pelos sistemas de direito de que é preciso diferenciar-se. A exceção de especificidade apresenta-se assim como uma constante das afirmações políticas da prática consuetudinária, na retórica comum dos intercâmbios jurídicos oriundos da gramática ocidental do direito. Enquanto no plural os costumes indígenas e os usos locais se encontravam inferiorizados em relação à lei ou ao direito da civilização, seu emprego no singular tende a inverter a hierarquia dos valores: o costume autóctone passa a prevalecer sobre os direitos ocidentais, mas a inversão da perspectiva nada subtrai à economia teórica da subordinação do plural pelo singular, da alteridade pelo ponto de vista central. Permanecemos num registro interno da semântica jurídica, em que a alteridade aparece como um dos componentes, e não como aquilo que as ideologias conquistadora ou autóctone gostariam que fosse: uma dimensão exterior ao direito conhecido. O Estado colonial, a afirmação moderna da tribo e os novos nacionalismos culturais exigem que o direito seja de essência “consuetudinária”, pois é por intermédio do conceito de costume que os governos indígenas se apropriam da herança jurídica pré-colonial. Martín Chanock demonstrou isso no que se refere à África britânica; Guy Kouassigan, à África francófona; o exemplo mais marcante dessa confissão indígena de conformação jurídica ao Ocidente, porém, é dado pela experiência de uma população de ameríndios

do Canadá, estudados e defendidos pelo antropólogo Michael Asch. Para que seja reconhecida a validade dos direitos de caça e pesca dos nishgas da Colúmbia Britânica, a corte, com a ajuda de perícia antropológica, estabelece que, na época do contato com a Coroa, as sociedades aborígenes existiam numa forma consuetudinária que possibilitaria o reconhecimento de seus direitos, “sem prejuízo do fato [de que esses direitos] não foram reconhecidos na época” (*Calder vs Attorney General of British Columbia*, 1973). O interesse político da aspiração à autonomia das populações autóctones é defendido por essa decisão inédita que estabelece, pela primeira vez, no cerne da tradição jurídica anglo-americana, que esses povos possuem direitos anteriores ao contato e direitos “que existem independentemente do reconhecimento explícito pelo poder soberano” (M. Asch). No entanto, não se poderia deixar de considerar o reverso da moeda. O exercício concreto do uso dos recursos de um meio que já foi totalmente aborígene agora passa pela prova, imposta pelos descendentes, de que os ancestrais se pareciam *em direito* com aqueles que os privaram dos espaços destinados à sua manutenção. Diante dessa necessidade de pensar o passado nos termos indicados pela cultura jurídica que foi instrumento de sua submissão, os ameríndios se viam obrigados a desfazer-se de sua memória real para que os remanescentes de seu modo de vida e de sua identidade pudessem perdurar. O efeito intelectualmente mais pujante dessa obrigação de conceber a sociedade pré-colombiana como espelho análogo do Ocidente que iria subvertê-la foi o de obrigar os autóctones a reconhecer como autêntico esse procedimento negador de sua história, sob pena de privar sua cultura de existência jurídica. O acesso de um povo a alguns direitos supõe que o direito seja o espaço compartilhado da reivindicação. Ao se antecipar na cultura autóctone, o costume nela instala as condições de sujeição à cultura jurídica do conquistador.

#### Costume e atualidade das ciências sociais: uma problemática das filiações

Na esteira de Savigny e, principalmente, do genial Klimrath, a escola das *geografias consuetudinárias* realiza a útil junção entre história do direito, história social e cultural e antropológico.

gia. Paul Ourliac, Jean Yver, Jacques Poumarède, Jean Hilaire, Jean-Marie Carbasse, Anne Zink, E. Le Roy Ladurie, Joseph Goy e Isac Chiva: seria muito longa a lista dos mestres que buscaram nas costumagens medievais, nos atos da prática e nas tradições orais as fontes e as formas das diferenciações das regras sucessórias que, possibilitando reconstituir formas de família, deram acesso a circunscrições “abertas a facção”, a “áreas culturais”, distinções “subjacentes” da Europa rural, inscritas na longuíssima duração e mascaradas por aquilo que Jacques Flach chamava “agitações da superfície”. Em suas “Reflexões sobre a origem do costume”, Paul Ourliac extraía uma grande lição desse canteiro sempre em obras, para o qual ele contribuiu amplamente. Falar de “costume” – escreve ele – é falar “de hábitos provinciais ou autóctones que se teriam mantido obscuramente [...] no seio das famílias ou das comunidades e se imporiam sem que nenhum juiz precisasse defini-los ou mesmo aplicá-los”. E prossegue: “A paz é garantida pela aplicação daquilo que se pode chamar costume originário, que nada mais é senão uma maneira de ser, viver e pensar, unanimemente respeitada e aceita.” Reencontramos na pena do historiador do direito a ideia de harmonia que o antropólogo Malinowski associava ao costume. E, como que inspirado pelo mestre do funcionalismo, Jean Carbonnier também se alinha numa concepção do costume como fator de paz porque forma de reciprocidade: “[a] capacidade de imaginar que a conduta social que se vai adotar será reproduzida e *correspondida*, depois, pelos outros poderia perfeitamente ser o desencadeador do mecanismo obrigatório do costume”.

Parece desenhar-se um novo espaço conceitual para o costume nas convulsões de uma modernidade econômica criadora de “exclusão social”, como um processo de ressurgimento ou de reatualização de formas e níveis de existência social minimizados, mascarados, negados ou ideologicamente reprovados por camadas ulteriores de agregação social. O novo regime das políticas sociais francesas, marcado há mais de uma década pelo recurso generalizado ao contrato e pela territorialização das ações, remete assim, para Robert Castel, “à situação de antes das proteções”. Antes? No Ocidente é a família, “tábua de salvação” onde todos os parentes po-

dem encontrar refúgio em caso de necessidade, a solidariedade oriunda da vizinhança, tanto na cidade como no campo, as corporações de ofício, primitivamente chamadas *caritates*, simultaneamente uniões para a prece e associações de ajuda mútua, os estabelecimentos dedicados às *miserabiles personae* e ao reconhecimento geral do “direito dos pobres” sob a égide ideológica da caridade cristã. Para Marx, era a noção de costume que possibilitava caracterizar melhor a pobreza e os direitos subjetivos da “classe pobre”: os direitos consuetudinários dos pobres sobre a “esmola da natureza” que é a madeira morta no chão, “abandonada por toda e qualquer vida orgânica”, baseiam-se na “própria existência da classe pobre como” simples costume da sociedade civil que ainda não encontrou uma posição adequada no seio da organização consciente do Estado. “Até mesmo em sua atividade, a pobreza procede do costume. Ao recolher as “esmolas da natureza”, a classe pobre “encontra seu direito”. Ao afirmar o elo orgânico entre pobreza e costume, Marx dissocia o que hoje se chama precarização, desinserção ou exclusão dos âmbitos tradicionais de pertencimento social (família, vizinhança, comunidade) para ver neles os efeitos de uma *condição coletiva*. O tempo do costume é assim desvinculado do tempo das instituições e do direito, para se integrar no corpo social inteiro: onde há pobreza há costume, ou seja, direito da “classe pobre” a subsistir. Para além do véu lançado pela mitologia do contrato sobre os atuais procedimentos de assistência e inserção, essa óptica convida a restituir seu caráter essencial à “questão social”: é no tratamento de suas margens que uma sociedade revela seus valores centrais. Quando o “direito de subsistir” vem inscrever-se naturalmente no campo do costume, pelas políticas de inserção atuais, como no século XIX, abre-se um horizonte novo para a pesquisa em antropologia histórica do direito, às margens da sociedade e às margens do direito.

Convergem assim para as duas vertentes da “inserção” – a vertente da solicitude pública e a dos destinatários das ações – os elementos tradicionalmente constitutivos de um espaço sociologicamente consuetudinário: um conjunto de práticas alternativas à legalidade dominante, uma teoria do pertencimento mais estreito ao “povo” e ao território, a afirmação de uma con-

tinuidade normativa. Conceito em que se refugiam as minorias culturais europeias (como, na França, os ciganos ou nômades [*gens du voyage*]), o costume distingue-se por sua capacidade prática de formalizar conceitualmente a inaptidão da ideologia individualista a aderir às situações concretas que, no entanto, a urgência da questão social torna indispensável apreender. Através da preservação dos “costumes” e das pressões convergentes no sentido da reformulação do contrato social em termos de pertencimentos “consuetudinários”, a indagação dirigida à legislação, às instituições públicas e ao poder político é, no fundo, a indagação – fundadora da antropologia – sobre o lugar dado à diversidade das culturas e à cultura como fonte de normas em face da abstração racional do legalismo universalista. Num discurso feito na Assembleia Nacional, em 1976, Claude Lévi-Strauss ressaltava esse *lugar do costume*, afirmando que “a liberdade real é a liberdade dos velhos hábitos, das preferências, em suma dos usos, ou seja, [...] uma forma de liberdade contra a qual se encarniçam todas as ideias teóricas que proclamamos racionais”. Alertava o legislador francês para o menoscabo de que, desde a Lei Le Chapelier (1791), era alvo a necessária variedade de “códigos culturais”, defendendo “a multidão de pequenas filiações, de solidariedades minúsculas [...] que integram cada um num tipo de vida, num pedaço de terra, numa tradição, numa forma de crença ou de descrença”, para no fim proferir este manifesto antimoderno, vigorosamente atualizado por aquilo que se convencionou chamar de “crise”: “Baseada na posse coletiva de uma história, de uma língua [...], de uma cultura, mesmo uma solidariedade em grande escala, como a solidariedade nacional, resulta [...] da congregação de pequenas solidariedades”, e certa “restauração das sociedades parciais” propicia “um último meio para devolver um pouco de saúde e vigor às liberdades doentes”.

O fato de a ideia de costume reaparecer no âmago das políticas sociais atuais tem como consequência ressaltar com nitidez maior uma propriedade inerente a seu percurso histórico: sua capacidade de combinar conceitualmente unidade e diversidade, norma e prática, globalidade e localidade, teoria das origens e fruto da mudança. Assim o costume, tal como “o hábi-

to” teorizado pelo filósofo Félix Ravaisson, é “um caráter fundamental do ser [em sua] tendência a persistir em sua maneira de ser” e a “subsistir além da mudança de que é resultado” (*De l'habitude*, 1838). Segundo Ravaisson, “Desde o primeiro grau da existência estão [...] reunidas a permanência e a mudança; e, na própria mudança, há tendência à permanência”: o costume propicia assim uma conceituação do hábito, conhecido pelos juristas como uma “gênese do obrigatório” (J. Carbonnier). À proporção que promove uma visão ideal da continuidade normativa, a noção de costume resiste pouco a uma leitura dialética que fundamenta uma compreensão superior na contradição que pode existir entre a razão jurídica e o conjunto, culturalmente definido, da organização social e das práticas de reprodução social de um grupo. Nesse caso, o costume é dissolúvel na dinâmica das relações sociais, das desigualdades econômicas e do poder. Conforme resumiu Jacques Berque a propósito de Maghreb, “o ‘costume’, é [então] o direito do predecessor e concorrente”. Inversamente, pode-se considerar o costume sob o ângulo, positivo, de sua capacidade para dominar as contradições a negar-lhes qualquer papel histórico, envolvendo com sua força de personificação os elementos constitutivos daquelas.

A irrupção da normatividade consuetudinária no campo do “social” convida-nos a indagar se existem tantos sistemas normativos, tantos direitos quantas são as culturas identificáveis, e qual é a natureza do elo desses sistemas entre si e com um princípio classificatório superior que possibilite pensar sua unidade. Com a generalização do modo contratual de pertencimento social, na verdade, a reivindicação consuetudinária expõe a uma fragmentação interna da unidade soberana da nação, tal como, em escala europeia, se desenha o reconhecimento político de sentimentos de pertencimento formalizados pela justaposição de culturas infranacionais. A referência consuetudinária designa, entre o humano individual e a coletividade humana, o espaço jurídico de um “englobamento dos contrários” (L. Dumont). Isso permite escapar ao domínio das séries de oposições binárias, já mencionadas, cujos termos se excluem mutuamente (tal como a oposição lei/costume ou direito oficial/direito inoficial), para abraçar uma totalidade diferenciada com

componentes “contrários” mas compatíveis dentro dessa totalidade. Para além de uma visão simplesmente étnica, Herder, em 1774, articula assim, em torno da ideia de nação, ao mesmo tempo um pensamento universalista e a consideração das diferenças culturais. Cada cultura é um indivíduo coletivo que toma lugar num sistema de valores que considera todas as culturas com igualdade de direitos. Surge assim um meio de transcender e de objetivar as oposições que parecem clivar com força o debate científico e o debate público sobre a integração social entre, de um lado, o estatuto, a comunidade e o costume e, de outro, o contrato, a sociedade, o direito. Por um lado, o direito das culturas; por outro, os direitos do homem. A questão social solicita essa objetivação dos círculos concretos do pertencimento humano na sociedade individualista moderna. E é do domínio das combinações que podem existir entre pertencimentos concretos e ideologias do pertencimento que depende a capacidade de fazer justiça às aspirações reveladas pela invocação recorrente e diversificada do costume.

► ASSIER-ANDRIEU L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996; “Il destino antropologico del concerto di consuetudine”, *Sociologia del Diritto*, 1999, 3; “Reflexions sur le droit du ‘social’”, *Cités. Politique, Philosophie, histoire*, 2000, 1; “La formation historique du concept de coutume”, in *La coutume et la loi*, XX Journées internationales d’histoire de Flaran, Flaran 21. Presses de l’Université de Toulouse – Le Mirail, 2001. – BERMAN H., *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1983. – CARRASSE J.-M., *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998. – CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1995, 8ª ed. – CASTEL R., *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995. – CHANOCK M., *Law, Custom and Social Order*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1985. – DUMONT L., *Homo Aequalis II. L’idéologie allemande*, Paris, Gallimard, 1991. – GAUDEMET J., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997. – KOUASSIGAN G. A., *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974. – LE ROY LADURIE E., “Système de la coutume”, in *Le territoire de l’historien*, Paris, Gallimard, 1973. – LÉVI-STRAUSS C., “Reflexions sur la liberté”, *Déposition à la Commission spéciale sur les libertés de l’Assemblée nationale*, 19 mai 1976, reprise em *Le regard éloigné*,

Paris, Plon, 1983. – LLEWELLYN K. N. & HOEBEL E. A., *La Voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999 [1941] (prés., trad. et notes de L. Assier-Andrieu). – MALINOWSKI B., “Introduction”, in H. I. Hogbin, *Law and Order in Polynesia. A Study of Primitive legal Institutions*, Londres, 1934. – OURLIAC P., “Reflexions sur les origines de la coutume”, in *Les pays de Garonne vers l’an mil. La société et droit*, Toulouse, Privat, 1993. – ULLMANN W., *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna*. Londres, 1946.

Louis ASSIER-ANDRIEU

→ Antropologia jurídica; Costumes; Direito consuetudinário na França; Escola histórica do direito, pandectismo e codificação na Alemanha; Fontes do direito.

## USURA

Entende-se hoje por “usura” a taxa de remuneração abusiva ou que ultrapasse o limite legal de um capital, em oposição ao “juro”, em conformidade com a taxa usual ou com o limite imposto pelo direito. Durante muito tempo fixadas, as taxas lícitas se tornaram variáveis na maioria das legislações contemporâneas, quer se deixe a cargo do juiz o poder de apreciação das circunstâncias, como na Alemanha (§ 138 II BGB), quer a própria lei module o limite de acordo com as práticas do mercado, como na França (a. L. 313-3 C. Consum.). A distinção entre usura e juro se reduz assim a uma questão relativa, de proporcionalidade. Essa situação resulta de uma longa evolução ligada à história do empréstimo a juros no Ocidente. Na Antiguidade romana, o termo *usura* era simplesmente sinônimo de juro, lícito ou não. Como o direito canônico medieval depois condenou a *usura* sobre qualquer empréstimo de coisas fungíveis, começou-se então a falar de juro (lat. *interesse*) para qualquer outra remuneração lícita de capital.

### Origem e desenvolvimento da condenação da usura

Permitido no princípio, o empréstimo a juro era limitado a uma taxa legal em Roma a partir da Lei das XII Tábuas (450 a.C.). Na época clássica, sua porcentagem foi fixada em 1% ao mês, ou seja, 12% ao ano. Na prática,

porém, tratava-se na maioria das vezes de empréstimo para consumo, o que provocava frequentes abusos, e não de empréstimo para a produção. Bem cedo, a sorte dos mais pobres que pediam empréstimo parece ter comovido a Igreja cristã que, na origem, não condenava sistematicamente o empréstimo. As primeiras críticas surgiram a partir do século III. Baseados no Antigo Testamento, que proscruvia entre os judeus a prática do juro entre irmãos (Ex, XXII, 24; Deut, XXIII, 20-21; Lv, XXV, 36-37; Ez, XVIII, 8, 13, 17; Sal., XV[XIV], 5), e num trecho do Evangelho de Lucas (VI, 35), em que Cristo declara “Dai sem esperar retorno”, os Pais da Igreja passaram a censurar qualquer forma de empréstimo a juro. Bem depressa a condenação moral foi traduzida em termos jurídicos, primeiramente contra os clérigos, que foram proibidos de praticar a *usura* por vários concílios (Elvira [300], c. 20; Niceia [325], c. 17), sob pena de deposição e excomunhão, e logo depois contra os laicos, em relação aos quais o papa Leão, o Grande, ordenava ação severa (Ep, 111, 3). Provavelmente sob a influência cristã, Justiniano decidiu reduzir a taxa da usura a 6% (C, 4, 32, 26, 2); esta podia atingir excepcionalmente 8% quando quem pedisse o empréstimo fosse comerciante (Nov, 136, 4). O imperador proibiu também o anatocismo (C, 4, 32, 28; 7, 54, 3) e decidiu que o capital devia deixar de produzir juros quando estes atingissem seu montante (Nov, 1211 2). Durante a Alta Idade Média, a proibição tendeu a tornar-se absoluta no Ocidente. Lembrada por vários concílios (Orléans [538], c. 30; Clichy [626/27] c. 1), generalizou-se em 789 por meio da *Admonitio generalis* (c. 5) de Carlos Magno, numa época em que a rarefação do numerário provocou o aumento da taxa de empréstimo, que atingiu até 50%. Em 806 e em 825, vários capitulares ordenavam aos *missi dominici* e aos condes que garantissem a aplicação da proibição, depois reiterada por diversos concílios (Paris [829], c. 53; Meaux [845], c. 55; Pávia [850], c. 19).

Com a Reforma gregoriana, a condenação foi reforçada pelo papado. O restabelecimento econômico ocidental dos séculos XI-XII, acarretando profundas mudanças, ensejou novas justificações e ajustes. A usura no empréstimo foi proibida em absoluto por vários concílios

gerais realizados sob a égide da sé apostólica (Latrão II [1139], c. 13; Latrão III [1179], c. 25; Latrão IV [1215], c. 67; Lyon [1274], c. 26), para finalmente ser equiparada em 1311 a uma verdadeira heresia pelo papa Clemente V (Concílio de Vienne, c. 15). Os teólogos e os canonistas, por sua vez, justificavam filosoficamente a proibição. Para Tomás de Aquino, emprestar a juros equivalia a vender o que não existe (*Sum. Teol.*, 2 a 2 ae, q. 78, a. 1). Baseando-se em Aristóteles (*Pol.*, I, 10, 5 [1258 a]), os eruditos medievais consideravam que o dinheiro, estéril por natureza, não podia “ter filhotes”, donde o adágio: *Nummus non parit nummos*. Condenada por engendrar um lucro não baseado no trabalho, a usura constituía ao mesmo tempo crime e pecado, acarretando para o culpado excomunhão, privação de sepultura cristã e, em caso de clérigos, suspensão, penas eclesiásticas às quais podiam ser acrescentadas penas civis. Já no século XII, os juristas laicos adotaram a proibição e em vários lugares as autoridades seculares participaram da repressão à usura. Assim, na França, diversas ordenanças de São Luís (1230), Filipe, o Ousado (1274), Filipe, o Belo (1311/12), Filipe VI (1331), Carlos VI (1402) e Carlos VII (1445) ratificaram a proibição, impondo punições que chegavam à prisão e ao confisco de bens. A partir do século XIV, porém, essas penas eram aplicáveis somente a partir de certa taxa de juro, comumente fixada em 20% ao ano. Por outro lado, a partir do século XII, vários príncipes laicos passaram a outorgar privilégios que isentavam da proibição certas cidades ou certas categorias de pessoas que praticavam o comércio, tais como os mercadores italianos, “lombardos”, ou os judeus, sucessivamente dotados de privilégios, expulsos e chamados de volta, visto que a política em relação a eles flutuava ao sabor da vindita popular e das necessidades financeiras dos príncipes. Portanto, desde cedo houve ajustes na proibição do empréstimo a juros, em relação com o desenvolvimento do comércio e dos movimentos de capitais.

### Dos ajustes da proibição à autorização do empréstimo a juros

No século XII já, a prática imaginou expedientes para esquivar-se à proibição. Alguns mosteiros, convertidos em estabelecimentos