

O DIREITO CONSUETUDINÁRIO MODERNO¹⁻²

MODERN CUSTOMARY LAW

Martin Klose³

Doutor em Direito, Universidade de Augsburg (UNI-Augsburg,
Baviera, Alemanha)

ÁREA(S): teoria geral do direito.

RESUMO: No Estado constitucional, o ordenamento jurídico é predominantemente caracterizado pela legislação. Aparentemente, resta pouco espaço para o direito consuetudinário. Ainda assim, mesmo sob a Constituição alemã, esse direito constitui uma fonte jurídica legítima e necessária. Esta contribuição mostra tanto a importância atual quanto os fundamentos teóricos do direito consuetudinário.

ABSTRACT: *In a constitutional state, the legal system is significantly influenced by legislation. Apparently, there is only little space for customary law. Nevertheless, customary law is a legitimate and necessary source of law, even under the German constitution. The present article illustrates*

the current significance and the theoretical principles of customary law. Despite the high level of regulation in Germany, there are many customary law standards, mainly in civil law but also in criminal and public law. In addition to the act of creation, the prerequisites for customary law to emerge consist of an objective (consuetudo) and a subjective element (legal conviction). However, permission by the legislature is not necessary.

PALAVRAS-CHAVE: direito consuetudinário; consuetudo; convicção legal; Estado Constitucional.

KEYWORDS: *customary law; consuetudo; legal conviction; Constitutional State.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Delimitação; 2 Fundamento de validade; 3 Surgi-

¹ Inédito no Brasil. Publicação original: KLOSE, Martin. Modernes Gewohnheitsrecht. *RW Rechtswissenschaft*, Seite 370-401, RW, Jahrgang 8 (2017), Heft 4, ISSN print: 1868-8098, ISSN on-line: 1868-8098, DOI: 10.5771/1868-8098-2017-4-370. Zu allen Ausgaben: RW Rechtswissenschaft.

² Tradução de Luís Marcos Sander. E-mail: sanderjeanne@terra.com.br.

³ Doutor em Direito, Universidade de Augsburg, Alemanha, onde atua como assistente acadêmico temporário da cátedra de Direito Civil, Trabalhista e Comercial, bem como de Filosofia do Direito (Prof. Dr. Jörg Neuner). E-mail: martin.klose@Jura.Uni-Augsburg.DE. Currículo: <https://www.jura.uni-augsburg.de/de/lehrende/professoren/neuner/mitarbeiterinnen_und_mitarbeiter/003_klose_martin/index.html>.

mento; 4 Alteração e suspensão; 5 Direito consuetudinário e lei fundamental; Considerações finais.

SUMMARY: *Introduction; 1 Demarcation; 2 Validity; 3 Emergence; 4 Amendment and annulment; 5 Customary law and constitution; Final considerations.*

INTRODUÇÃO

O direito consuetudinário é tido como *a mais antiga* das fontes do direito⁴. Enquanto que a produção do direito mediante o exercício era “originalmente, em cada povo, a mais importante em termos práticos”⁵, ela foi sendo cada vez mais substituída pela legislação. Atualmente, o direito positivo (escrito) regulamenta praticamente todas as esferas da vida. Até mesmo a cor e o tamanho dos discos de estacionamento a serem usados estão prescritos⁶. O direito escrito se tornou *a mais importante* fonte do direito. A codificação da *culpa in contrahendo*⁷ e da violação positiva dos contratos⁸, bem como a equiparação dos delitivos omissivos inautênticos aos delitos de comissão no § 13 do Código de Direito Penal⁹ diminuíram mais ainda a importância prática das normas do direito consuetudinário. Por causa disso, entretentes até mesmo se põe em dúvida “a necessidade da fonte do direito chamada ‘direito consuetudinário’”¹⁰.

⁴ PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht: Erster Theil*. Erlangen, 1828. p. 214; FRÜHAUF, M. *Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht*. Berlin, 2006. p. 9, com mais referências.

⁵ WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts: Erster Band*. Düsseldorf, 1862. p. 38; SCHMIDT, A. *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*. Leipzig, 1881. p. 9.

⁶ § 13, 2, 1, em conexão com imagem 318 do Anexo 3 ao § 42, 2, do Código de Trânsito; quanto a isso, v., p. ex., FREYMAN, H.-P. In: GEIGEL. *Haftpflichtprozess*, 27. ed. München, 2015, cap. 27, nota 378, bem como Tribunal de Justiça de Brandemburgo, NZV, 2012, p. 97: “A utilização de um disco de estacionamento que seja muito menor do que é prescrito [...] de acordo com a imagem 318 é inadmissível” (grifo meu).

⁷ Quanto ao reconhecimento no direito consuetudinário, v., p. ex., Supremo Tribunal Federal, NJW, 1983, p. 1983.

⁸ Quanto ao reconhecimento no direito consuetudinário, v., p. ex., RICHTER, W. *Tatsächliche Einwirkungen auf das Kaufgrundstück und Vormerkungsschutz*. Berlin, 1999. p. 85.

⁹ V., p. ex., ESER, A.; HECKER, B. In: SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H. *Strafgesetzbuch*. 29. ed. München, 2014, § 1, n. 14.

¹⁰ RÜTHERS, B.; FISCHER, C.; BIRK, A. *Rechtstheorie*. 9. ed. München, 2016, n. 233; MÖLLERS, T. M. J. *Juristische Methodenlehre*. München, 2017, § 3, n. 25 ss.; RAISCH, P. Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Zivil- und Handelsrecht. *ZHR*, v. 150, p. 117 (p. 118: “esvaziamento de sentido”), 1986.

Entretanto, considerar o direito consuetudinário como resquício de dias passados iria longe demais. Ainda recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, “para o registro de sociedades [...] se deve tomar como base o reconhecimento, previsto no direito consuetudinário, da possibilidade de registrar títulos de doutor”¹¹. Para o caso do direito civil é possível encontrar inúmeros outros institutos ou máximas que são classificadas como direito consuetudinário. Devem-se mencionar, por exemplo, o direito geral da personalidade¹², a carta de confirmação comercial¹³, a cessão a título de garantia¹⁴, a *actio pro socio*¹⁵, em essência o contrato com efeito protetor a favor de terceiros¹⁶, a liquidação de danos a terceiros no caso de representação indireta¹⁷, a circunstância de que os membros de uma associação não registrada não têm responsabilidade pessoal¹⁸, a caducidade¹⁹, a proteção extensiva do nome segundo o § 12 do Código de Direito Civil em favor da firma de um comerciante²⁰ e o direito ao cuidado para com os mortos²¹. No direito público, por exemplo, o princípio do sacrifício em prol

¹¹ NZG, p. 734 (735), 2017.

¹² LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin, 1991. p. 433; RIESENHUBER, K. Kein Fragerecht des Arbeitgebers. NZA, p. 771 (774), 2012; BUSCHE, J. *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen, 1999. p. 212.

¹³ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) [Decisões do Supremo Tribunal Federal em matérias civis], 188, 128 (134); SCHMIDT, K. *Handelsrecht*. 6. ed. Köln, 2014, § 19, n. 66 ss.; HOPT, J. Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsrecht. *AcP*, v. 183, p. 608 (691), 1983; RÖHL, K.; RÖHL, H. C. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. ed. Köln, 2008. p. 554; BORK, R. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 4. ed. Tübingen, 2016, n. 20.

¹⁴ LARENZ, K. Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? *NJW*, p. 497 (497 s.), 1951; REICH, N. *Die Sicherungsübereignung*. Bad Homburg, 1970. p. 18; KÖHLER, H. *BGB Allgemeiner Teil*. 41. ed. München, 2017, § 1, n. 8; de outra opinião: BERGER, C. In: JAUERNIG, O. *BGB*. 16. ed. München, 2015, § 930, n. 20.

¹⁵ THOMALE, C. Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht. *AcP*, v. 212, p. 920 (929), 2012.

¹⁶ BASEDOW, J.; WURMNEST, W. *Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften*. Tübingen, 2004. p. 37; KÖNIG, D. *Die Haftung bei der Eigenverwaltung*. Tübingen, 2015. p. 261, com outras referências; com posição crítica: KLUMPP, S. In: STAUDINGER, J. V. (Ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*. Berlin, 2015, § 328, n. 104.

¹⁷ BGHZ, 133, 36 (41); SCHIEMANN, G. In: STAUDINGER, J. V. *BGB*. Berlin, 2017, observações preliminares sobre § 249-254, n. 69; de outra opinião: WOLF, M.; NEUNER, J. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München, 2016, § 4, n. 8.

¹⁸ Wolf; Neuner, 2016, § 17, n. 138, com outras referências.

¹⁹ MENZEL, A. *Grundfragen der Verwirkung*. Frankfurt am Main, 1987. p. 32 s.; KLOSE, M. *Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht*. Tübingen, 2016. p. 82.

²⁰ HEINRICH, I. In: SOERGEL, H. T. *BGB*. 13. ed. Stuttgart, 2000, § 12, n. 114.

²¹ BGH, NJW-RR, 1992, p. 834 (834); LG Saarbrücken, NJW, 2014, p. 1395 (1397), com outras referências.

da coletividade²² e no direito penal a exigência de comprovação da causalidade e a *actio libera in causa*²³ são designadas como direito consuetudinário. Esses exemplos já mostram que o direito consuetudinário de modo algum perdeu sua importância como fonte do direito no atual Estado Constitucional.

1 DELIMITAÇÃO

Antes de se poder examinar o direito consuetudinário mais de perto, é necessária uma delimitação em relação a outras fontes do direito (em potencial). Aqui, o termo “fonte do direito” é empregado em sentido estrito, abrangendo, portanto, apenas “o que gera normas jurídicas vinculativas para o aplicador do Direito”²⁴.

1.1 O DIREITO ESCRITO

O direito escrito se refere a prescrições de comportamento que normalmente são impostas à coletividade por uma instância superior²⁵. Em princípio, essas prescrições reivindicam vigência normativa a partir do momento de sua entrada em vigor. O futuro mostrará se elas terão vigência na prática, embora a normatividade exija em princípio uma vigência de fato. Em contraposição a isso, o direito consuetudinário é, “segundo a concepção amplamente disseminada, aquele direito que surge como que espontaneamente de baixo para cima, a partir da sociedade”²⁶. Portanto, segundo a teoria da vigência as normas do direito consuetudinário pressupõem a facticidade. A prescrição de comportamento é aplicada primeiramente porque e na medida em que os envolvidos estão convencidos de seu acerto. Por conseguinte, querer prever uma vigência futura é, quando muito, um prognóstico, se é que não passa de especulação, pois as noções da comunidade jurídica podem, em princípio, mudar a qualquer tempo. Se a prescrição de comportamento tiver se consolidado a ponto de tornar-se

²² PAPIER, H.-J. In: MAUNZ, T.; DÜRIG, G. *Grundgesetz*, 81. EL, München, 2017, art. 14, n. 671, e art. 34, n. 55; SCHACK, F. NJW, 1959, p. 310 (observação sobre BVerwG: NJW, 1959, p. 306); cf. também BGHZ 9, 83 (88); 16, 366 (374).

²³ Eser; Hecker, 2014 (n. 6), § 1, n. 14.

²⁴ Rùthers; Fischer; Birk (n. 7), 2016, n. 217; Möllers, 2017 (n. 7), § 2, n. 4; de modo semelhante Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 519.

²⁵ Cf. MEDER, S. *Ius non scriptum - Traditionen privater Rechtsetzung*. 2. ed. Tübingen, 2009. p. VII (do prefácio à 1. ed.).

²⁶ *Ibid.*

direito consuetudinário, ela é tida como normativa e, a partir daí²⁷, passa a fazer parte do direito positivo²⁸ e produz um efeito vinculante tanto em relação aos sujeitos de direito quanto aos operadores do Direito. Portanto, o direito escrito e o direito consuetudinário se caracterizam por serem normativos.

1.2 DIREITO JURISPRUDENCIAL

O direito jurisprudencial designa as regras produzidas por juízas e juizes em seu desenvolvimento do direito. O direito jurisprudencial não tem qualidade de norma jurídica²⁹. Diferentemente do legislador, o juiz sempre toma uma decisão concreta e individual, que, em princípio, só produz efeitos entre as partes envolvidas no processo³⁰. O desenvolvimento do direito pelos juizes não produz uma “regra pronta ou mesmo uma regulamentação detalhada”³¹. O juiz

sempre tem de se ocupar com um caso específico e depende dos casos que lhe são apresentados para que tome uma decisão; não consegue prever imediatamente que efeitos terá um princípio aceito por ele em casos análogos, mas, por sua vez, também distintos e, portanto, que restrições, diferenciações ou outras correções possam se tornar necessárias.³²

Por conseguinte, regras oriundas do direito jurisprudencial se distinguem claramente, em termos de conteúdo e estrutura, de normas jurídicas e, como regras “não acabadas”, não podem, portanto, desenvolver uma vinculação semelhante à de leis. Além disso, por causa do princípio da separação de poderes

²⁷ ENNECCERUS, L.; NIPPERDEY, H. C. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Erster Halbband*. 15. ed. Tübingen, 1959. p. 206 ss., 261 s.; Larenz, 1991, p. 433; Wolf; Neuner, 2016, § 4, n. 5 s.

²⁸ Cf. apenas, p. ex., Windscheid, 1862 (n. 2), p. 37; Röhl; Röhl (n. 10), 2008, p. 291.

²⁹ HM, cf. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal], 84, 212 (227); 122, 248 (277); PICKER, E. *Richterrecht oder Rechtsdogmatik*. JZ, 1988, p. 62 (72s.); Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 562 ss.; Larenz, 1991 (n. 9), p. 429 ss.; SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*. Berlin, 1986. especialmente p. 113 ss.; LARENZ, K.; CANARIS, C.-W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin, 1995. p. 252 ss.; Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 9 ss.; de outra opinião: Rütters; Fischer; Birk (n. 7), 2016, n. 239; GERMANN, O. A. *Präjudizien als Rechtsquelle*. Stockholm, 1960. p. 9 ss. (vinculação aos precedentes); cf., ainda, Möllers, 2017 (n. 7), § 3, n. 12 ss. (“fonte secundária do direito”).

³⁰ Larenz; Canaris, 1995 (n. 27), p. 252; Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 9.

³¹ Larenz, 1991 (n. 9), p. 431.

³² *Ibid.*; de modo semelhante SCHLÜTER, W. *Das Obiter dictum*. München, 1973. p. 30 s.

e da atribuição jusconstitucional de competências a ele associada, o juiz não pode estipular regras jurídicas abstratas e gerais³³. Entretanto, o direito jurisprudencial pode, segundo a opinião inteiramente predominante, consolidar-se e se tornar direito consuetudinário se e na medida em que os pressupostos de surgimento deste último tiverem sido cumpridos³⁴; caso esse passo não seja dado, a regra proveniente do direito jurisprudencial permanece sem vinculação normativa e reivindicada, quando muito, vigência fática, quando as juízas e os juízes de processos subsequentes as assumirem e a sociedade se orientar por elas³⁵.

1.3 DIREITO DOUTRINÁRIO

A escola histórica do direito reconhecia o direito doutrinário ou da doutrina jurídica como uma fonte própria do direito³⁶. Ela se referia ao “direito proveniente da ciência [jurídica]”³⁷. Considerava-se “a convicção do povo como a fonte genuína de todo o direito”³⁸ e os juristas como meros “representantes” do povo³⁹. Dessa maneira, também o direito doutrinário podia ser atribuído, em última análise, à convicção do povo. Além disso havia, segundo Georg Friedrich Puchta, uma segunda manifestação do direito doutrinário que não era estabelecida pela “autoridade externa” da convicção do povo. Assim, “o juiz [...] deveria reconhecer como preceito jurídico também o que resulta como tal a partir de razões internas (levando em conta a natureza da questão, por coerência jurídica e por analogia)”⁴⁰. Esse direito doutrinário não se basearia “em uma

³³ SCHMIDT, K. Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften. *JZ*, p. 10 (12), 2009; extensamente, NEUNER, J. *Die Rechtsfindung contra legem*. 2. ed. München, 2005. p. 52 ss.

³⁴ Quanto a isso, cf., a seguir, n. 82 ss. Que o direito jurisprudencial em si não é direito consuetudinário é exposto extensamente por Raisch, 1986 (n. 7).

³⁵ Larenz, 1991 (n. 9), p. 431 s.; Larenz; Canaris, 1995 (n. 27), p. 255.

³⁶ Puchta, 1828 (n. 1), p. 165 f.; SAVIGNY, F. C. V. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin, v. I, 1840. p. 45 ss.; mais detalhadamente, SCHRÖDER, J. *Recht als Wissenschaft*. 2. ed. München, 2012. p. 198 ss.

³⁷ Puchta, 1828 (n. 1), p. 161.

³⁸ *Ibid.*, p. 143; SAVIGNY, F. C. V. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814. p. 11 s.

³⁹ Puchta, 1828 (n. 1), p. 166; Savigny, 1840 (n. 34), p. 46.

⁴⁰ PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht: Zweiter Theil*. Erlangen, 1837. p. 15 s.

autoridade externa, e sim meramente na autoridade interna da verdade científica [...]”⁴¹. Já naquela época, contudo, as doutrinas de Puchta não eram pacíficas⁴².

Com o estabelecimento do conceito de direito voluntarista, a doutrina do espírito do povo da escola histórica do direito passou cada vez mais para segundo plano, junto com sua diferenciação entre direito consuetudinário (do povo) e direito doutrinário⁴³. Em consequência disso, o termo “direito doutrinário” só aparece raramente na literatura atual, mas é, então, utilizado, em consonância com sua acepção original, para designar os produtos da atividade da ciência jurídica⁴⁴. Nesse sentido, o direito doutrinário não é reconhecido como fonte do direito em sentido mais estrito⁴⁵. Hoje em dia, indaga-se, primordialmente, na maioria dos casos, se *opiniões dominantes* desenvolvem um efeito vinculante (semelhante ao das leis)⁴⁶. Tem-se uma opinião dominante quando “uma jurisprudência é compartilhada por expoentes numerosos e importantes da doutrina”⁴⁷. Parece que se aceita unanimemente a posição de que uma opinião dominante deva ser levada em consideração⁴⁸; o que é controvertido, porém, é como isso deve acontecer. Hans-Martin Pawlowski, por exemplo, defende uma vinculação à opinião dominante, “porque, com isso, em todo caso se leva em conta o princípio da igualdade de tratamento”⁴⁹. Também se reconhece que “a opinião dominante pode fortalecer ou debilitar a confiança resultante dos

⁴¹ Ibid., p. 16.

⁴² Com posição crítica., p. ex., BESELER, G. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig, 1843. p. 88 ss.; mais pormenorizadamente, Schröder, 2012 (n. 34), p. 198 ss.

⁴³ Schröder, 2012 (n. 34), p. 300 s.

⁴⁴ Ele é empregado, p. ex., em Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 570 s.; Rütters; Fischer; Birk, 2016 (n. 7), n. 217; Raisch, 1986 (n. 7).

⁴⁵ Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 570 s.: falam de “fonte de conteúdo jurídico”; em última análise também Rütters; Fischer; Birk, 2016 (n. 7), n. 217; de outra opinião, ao que parece, RICHARDI, R. In: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*. 3. ed. München, 2009, § 6, n. 34 (“fonte do direito é, neste sentido, a ciência atuante no trabalho teórico e prático”).

⁴⁶ V., p. ex., Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 17; PAWLOWSKI, H.-M. *Methodenlehre für Juristen*. 3. ed. Heidelberg, 1999. p. 188; em estilo monográfico, DROSDECK, T. *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle*. Berlin, 1989; v., além disso, VOGEL, J. *Juristische Methodik*. Berlin, 1998. p. 106 ss. (com foco na metodologia).

⁴⁷ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 17.

⁴⁸ V. as referências na nota 44; com posição crítica, porém, Drosdeck, 1989 (n. 44), especialmente p. 118 ss.

⁴⁹ Pawlowski, 1999 (n. 44), p. 188.

precedentes”⁵⁰. Mas, segundo a concepção correta, opiniões dominantes não têm a qualidade de norma jurídica⁵¹.

2 FUNDAMENTO DE VALIDADE

O fundamento de validade indica por que o direito consuetudinário reivindica vinculatividade normativa. Os pressupostos de surgimento, por sua vez, definem se uma norma jurídica concreta tem validade como direito consuetudinário. Por isso, as duas coisas devem ser rigorosamente separadas, ainda que existam interdependências. Para o fundamento de validade de normas do direito consuetudinário existem numerosas teorias e abordagens – em parte essencialmente distintas, em parte baseadas umas nas outras – que se ocupam principalmente com a vigência do direito de modo geral e, na maioria dos casos, só tematizam o direito consuetudinário marginalmente. Essencialmente, hoje em dia há duas abordagens que concorrem uma com a outra⁵².

2.1 TEORIA DA AUTORIZAÇÃO

A teoria da autorização⁵³ supõe que “a força vinculativa do direito consuetudinário [...] seja determinada ou autorizada pelo legislador”⁵⁴. O fundamento dessa concepção já se encontra nos glosadores, que, em parte, consideravam necessária, ao menos para a abolição de uma lei pelo direito consuetudinário, a “concordância tácita do imperador”⁵⁵. Nos séculos XVII e XVIII, a teoria da autorização se transformou na doutrina dominante. Na maioria dos casos, entretanto, supunha-se que uma concordância genérica fosse

⁵⁰ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 17.

⁵¹ ZIMMERMANN, R. *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*. Berlin, 1983. p. 86 ss. (com restrições); Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 17; Drosdeck, 1989 (n. 44), particularmente p. 118 ss.

⁵² Extensamente sobre as diversas teorias, FREITAG, H. O. *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem*. Berlin, 1976. p. 38 ss.; Frühauf, 2006 (n. 1), p. 33 ss.

⁵³ O termo provém de ZITELMANN, E. *Gewohnheitsrecht und Irrthum*. *AcP*, v. 66, p. 323 (362), 1883.

⁵⁴ Assim se expressa Zitelmann, 1883 (n. 51), p. 361 s., sobre a abordagem da teoria da autorização, que ele, contudo, rejeita; atualmente essa teoria é defendida por Meder, 2009 (n. 23), p. 119, e decerto, também, por HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. C. *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 2017. p. 25.

⁵⁵ Quanto a isso, v. BRIE, S. *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht: Erster Theil: Geschichtliche Grundlegung*. Breslau, 1899. p. 121.

suficiente⁵⁶. Essa doutrina era amplamente disseminada ainda no século XX⁵⁷. É característico o fato de que, nesse caso, trata-se preponderantemente de épocas em que o Poder Legislativo não estava nas mãos do povo, mas de soberanos monárquicos⁵⁸. Onde os súditos estão mais ou menos expostos ao arbítrio de um monarca, parece plausível exigir a concordância da autoridade para um estabelecimento de direito por parte do povo. Atualmente, as premissas são outras. O que se questiona, por conseguinte, é se uma autorização legal existe e se faz necessária.

2.1.1 Autorização do legislador

Segundo expoentes da literatura, o art. 2º da Lei de Introdução do Código de Direito Civil [EGBGB na sigla em alemão] contém uma “autorização legislatória”⁵⁹. Um aspecto problemático disso é, em primeiro lugar, que essa prescrição, segundo seu teor, precisa encontrar uma norma jurídica já existente; portanto, ela não pode elevar o direito consuetudinário à condição de norma jurídica⁶⁰. O teor do art. 2º da EGBGB se exaure simplesmente na determinação de que, nos moldes do Código de Direito Civil e de sua Lei Introdutória, toda norma jurídica é uma lei, mas a prescrição não estatui o que é uma norma jurídica. Além disso, a vigência de normas do direito consuetudinário poderia ser fundamentada, quando muito, para o Direito Civil. Com o art. 2º da EGBGB dificilmente se poderá explicar que o direito consuetudinário também tenha validade normativa no restante do Direito Civil, no Direito Público e no Direito Penal⁶¹.

O art. 20, par. 3, da Lei Fundamental também não entra em cogitação como autorização do legislador. O direito consuetudinário certamente pode ser subsumido

⁵⁶ Quanto a isso, v. Schröder, 2012 (n. 34), p. 108 s.

⁵⁷ Representantes dela foram, p. ex., RÜMELIN, G. *Das Gewohnheitsrecht. JherJb*, v. 27, p. 153 (186 ss.), 1889; SCHMIDT, B. *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*. Leipzig, 1899. p. 29 s.; KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. ed. Tübingen, 1923. p. 100 s.

⁵⁸ Cf. Schröder, 2012 (n. 34), p. 16; Raisch, 1986 (n. 7), p. 122.

⁵⁹ Cf. Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 555; v., além disso, Enneccerus; Nipperdey, 1959 (n. 25), p. 262 s., que também veem no art. 2º da EGBGB um reconhecimento legislativo, mas rejeitam a teoria da autorização.

⁶⁰ Assim também se expressa Frühauf, 2006 (n. 1), p. 23 ss.

⁶¹ Cf. Enneccerus; Nipperdey, 1959 (n. 25), p. 263.

sob o “ordenamento constitucional” e a fórmula “lei e direito”⁶². Contudo, não é possível derivar disso um reconhecimento do direito consuetudinário por parte do legislador. O art. 20, par. 3, da Constituição alemã contém, muito pelo contrário, um dispositivo de vinculação e, portanto, uma limitação do poder estatal para evitar atos puramente arbitrários⁶³. Em contraposição a isso, parece possível interpretar o art. 20, par. 3, da Lei Fundamental não como autorização do *legislador*, e, sim, de modo mais geral, como regulamentação que determina “a força vinculativa do direito consuetudinário”⁶⁴. Nesse caso, porém, o que a teoria da autorização exige justamente não é uma “concordância por parte da autoridade”⁶⁵. Se “o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente Lei Fundamental”⁶⁶, a autorização de normas do direito consuetudinário no art. 20, par. 3, da Constituição é uma concordância por parte do povo, e não do legislador.

2.1.2 Competência de autorização do legislador

Em um Estado Constitucional em que todo poder estatal parte do povo, é basicamente questionável que uma autorização do legislador seja, afinal, necessária⁶⁷. As competências do Poder Legislativo estão regulamentadas na Constituição. Por isso, o que entra em cogitação, quando muito, é que o povo como detentor do poder estatal concedeu, na Lei Fundamental, a seu “representante para o estabelecimento do direito” a competência para a autorização e proibição de normas do direito consuetudinário.

No art. 20, par. 2, a Constituição alemã assume a separação de poderes. Trata-se, nesse caso, de uma atribuição clara de competências *dentro do aparelho estatal de poder* para o exercício do poder estatal que parte do povo: a promulgação de leis cabe ao Legislativo; em princípio, o Executivo e o Judiciário

⁶² Segundo Hilgendorf; Joerden, 2017 (n. 52), p. 26: “O direito consuetudinário é reconhecido como fonte do direito no art. 20, par. 3 da Lei Fundamental (lei e direito) [...]”; com postura crítica, Frühauf, 2006 (n. 1), p. 16 ss.

⁶³ Cf. HUSTER, S.; RUX, J. In: *Beck’scher Online-Kommentar zum Grundgesetz*, 35. ed., art. 20, n. 164 ss.; GRZESZICK, B. In: Maunz; Dürig, 2017 (n. 19), art. 20 VI, n. 1 ss.

⁶⁴ Quanto a isso, veja a referência na nota 52.

⁶⁵ Meder, 2009 (n. 23), p. 119.

⁶⁶ Citação extraída do Preâmbulo da Constituição alemã.

⁶⁷ Quanto a isso, cf. Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 555 s.

estão excluídos da legislação⁶⁸. Do teor do art. 20, par. 2, da Lei Fundamental não se pode, em todo caso, depreender que ele também pretenda excluir um estabelecimento do direito por parte de outras “instituições”, não estatais. Algo análogo se aplica às demais regulamentações da Constituição⁶⁹. Lá se encontram não só prescrições sobre as modalidades de estabelecimento *indireto* do direito por parte de órgãos estatais. É compreensível que a Lei Fundamental não se ocupe do estabelecimento direto do direito por parte do povo, pois o povo em sua totalidade é detentor do poder estatal e não carece de uma atribuição de competências por parte da Constituição. De resto, seria paradoxal que o povo enquanto soberano se excluísse a si mesmo, por assim dizer, do estabelecimento do direito. Parece pouco plausível que o povo restrinja de modo geral seu poder dessa maneira.

A República Federal da Alemanha, contudo, está organizada como democracia representativa; as leis são promulgadas por representantes sem uma participação direta do povo. Disso certamente também se pode inferir que só o legislador é competente e o povo deve estar de modo geral excluído da *legislação* (com exceção do referendo previsto no art. 29, par. 2, da Lei Fundamental)⁷⁰. O direito consuetudinário, porém, justamente não é produto de uma legislação soberana, mas cresce “de baixo para cima a partir da sociedade”⁷¹. Uma exclusão da legislação não deve ser equiparada a uma exclusão de todo e qualquer estabelecimento do direito, ainda mais que o princípio da soberania do povo exige uma justificação do domínio estatal, ao passo que contém em si uma legitimação do domínio do povo.

Corretamente, portanto, a Constituição não contém uma “competência de autorização” do legislador. O direito consuetudinário tem uma “vida própria” ao lado do estabelecimento estatal do direito e, por isso, não depende de um reconhecimento legislativo⁷².

⁶⁸ Mais pormenores, p. ex., em Grzeszick, 2017 (n. 61), art. 20 V, n. 97 ss.

⁶⁹ F. Ossenbühl in: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. Heidelberg, v. V, 2007, § 100, n. 38: “O teor da Lei Fundamental não prevê expressamente um monopólio de criação do direito por parte do Estado”.

⁷⁰ Cf., p. ex., BADURA, P. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. Heidelberg, v. II, 2004, § 25, n. 5.

⁷¹ Quanto a isso, veja a referência na nota 24.

⁷² Cf. PFEFFER, R. *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*. Tübingen, 2009. p. 73. Segundo Pfeffer (p. 72), o que depõe contra a teoria da autorização é, além disso, “o reconhecimento do direito

2.2 TEORIA DA VONTADE

Diante desse pano de fundo, a teoria da vontade se torna mais sustentável. Ela divisa o fundamento de validade do direito consuetudinário na convicção e vontade do povo⁷³. Nesse sentido, entretanto, o determinante não pode ser a vontade de cada um, e sim apenas uma vontade (potencialmente) conjunta⁷⁴. Essa doutrina já tem sua origem no direito romano clássico, em que a vontade do povo fora reconhecida como fundamento da vinculação da lei e do costume.

[...] O costume tradicional é, com boas razões, seguido como uma lei [...] Pois mesmo que as leis não sejam vinculantes para nós por outra razão do que pelo fato de serem aceitas pela decisão do povo, então é com razão que aquilo que o povo aprovou sem qualquer forma escrita também vincule todos os cidadãos. Pois que diferença faz se o povo manifesta sua vontade por votação ou por um comportamento correspondente à regulamentação material? [...].⁷⁵

Poder-se-á entender o estabelecimento do conceito voluntarista de direito em fins do século XIX⁷⁶ como fundamento para uma disseminação da teoria da vontade. Por conseguinte, o direito consuetudinário reivindica vigência normativa porque o povo assim o quer. Nesse sentido, a opinião está em concordância com o princípio da soberania do povo: a normatividade não se

consuetudinário como fonte do direito internacional, pois neste último não existe uma autoridade central de cuja autorização poderia depender a validade do direito consuetudinário [...].”

⁷³ Essa teoria era e é defendida, p. ex., por Schmidt, 1881 (n. 2), p. 5 ss.; RÜMELIN, M. *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung*. Tübingen, 1929. p. 38 ss.; PLAUMANN, S. *Auslegungshierarchie des Handelsgesetzbuches*. Wiesbaden, 2013. p. 127; SCHUMANN, H. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Wiesbaden, 1959. p. 63; e decerto, também, Pfeffer, 2009 (n. 70), p. 72; mais pormenores sobre a teoria da vontade em Zitelmann, 1883 (n. 51), p. 364 s.

⁷⁴ Schmidt, 1881 (n. 2), p. 5 ss.; v., além disso, Zitelmann, 1883 (n. 51), p. 367.

⁷⁵ Citação extraída da passagem do Digesto 1.3.32 na tradução de O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch e H. H. Seiler. *Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung*. Heidelberg, v. II, 1995. p. 115. Atualmente, é controvertido se a passagem do Digesto provém do clássico Juliano ou foi acrescentada mais tarde. Consequentemente, entre os historiadores do direito não há, de modo geral, consenso sobre se o direito consuetudinário era reconhecido ao lado da lei como fonte do direito no Direito romano clássico. Quanto a isso, v. pormenores em FLUME, W. *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*. Opladen, 1975 (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 201) (resposta negativa); KASER, M. *Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt*. 2. ed. München, 1971. p. 196, com mais referências sobre as opiniões divergentes na n. 21 (sua própria resposta é positiva).

⁷⁶ Schröder, 2012 (n. 34), p. 281 ss.

baseia em uma autorização do “representante do estabelecimento do direito”, e sim na vontade do detentor do poder estatal. Contudo, para que a teoria da vontade consiga fundamentar de modo plausível a vigência de normas do direito consuetudinário, este preciso poder ser atribuído ao povo em sua configuração concreta.

2.2.1 Direito consuetudinário interacional⁷⁷

Como “direito consuetudinário interacional” são designados os preceitos jurídicos que emanam das próprias pessoas que estão sujeitas ao direito (p. ex., o direito – que não tem mais vigência atualmente – do professor de aplicar castigo corporal⁷⁸)⁷⁹. Esse termo só aparece raramente, mas se presta bem para distinguir essa manifestação do direito consuetudinário do direito consuetudinário judicial⁸⁰. Se as próprias pessoas sujeitas ao direito são autoras do direito consuetudinário interacional, então a ordem ou injunção referente ao comportamento é produzida diretamente por partes do povo. Essa é a forma originária do direito consuetudinário, que, hoje em dia, contudo, “só tem ainda uma importância marginal”⁸¹. Já, em fins do século XIX e em inícios do XX, a importância da atividade jurisdicional para o surgimento do direito consuetudinário passou cada vez mais para o centro⁸².

2.2.2 Direito consuetudinário judicial

Sob “direito consuetudinário judicial” se entendem os preceitos jurídicos que surgem originalmente de uma produção do direito promovida pelo Judiciário

⁷⁷ Dada a dificuldade de tradução, segue em original: “*Verkehrsgewohnheitsrecht (Recht das unmittelbar von Teilen des Volkes (= povo) hervorgebracht wird)*”.

⁷⁸ Quanto a isso, v. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (BGHSt) [Decisões do STF alemão em matérias penais] v. 11, p. 241; Vogel, 1998 (n. 44), p. 39; Frühauf, 2006 (n. 1), p. 167 s. (Frühauf emprega o termo “direito consuetudinário do povo”).

⁷⁹ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 5 s.

⁸⁰ Essa terminologia é empregada, p. ex., além dos autores citados na nota anterior, por VONKILCH, A. *Das intertemporale Privatrecht*. Wien, 1999. p. 317; KECK, E.-M. *Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision*. Münster, 2016. p. 325; e ESSER, J. *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*. In: ESSER, J.; THIEME, H. (Ed.). *Festschrift für Fritz von Hippel*. Tübingen, 1967. p. 95 (101).

⁸¹ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 6.

⁸² Quanto a isso, v. Schröder, 2012 (n. 34), p. 297 ss.

(p. ex., o contrato com efeito protetivo de terceiros⁸³)⁸⁴. Katja Langenbucher⁸⁵ rejeita a validade normativa do direito consuetudinário judicial porque “seu fundamento de validade não reside na convicção autônoma do povo”⁸⁶. “A própria decisão dos tribunais prescreveria”, isto sim, “regras que, na sequência, são assimiladas e aplicadas pelos círculos atingidos por elas”⁸⁷. Essa concepção decerto é demasiado restritiva.

O direito consuetudinário interacional e o direito consuetudinário judicial se distinguem, primordialmente, pelo respectivo “autor” de cada um. Enquanto que o direito consuetudinário interacional tem sua origem nas pessoas submetidas ao direito, a regra do direito consuetudinário judicial provém dos círculos dos aplicadores do Direito. Ambos os grupos de pessoas, porém, fazem parte de *uma só* sociedade, ainda que aquelas que pertencem ao Judiciário disponham de competências (soberanas) especiais. Do ponto de vista da sociologia do direito se poderia objetar a isso que o juiz faz parte da “classe superior”, exerce poder estatal por força de seu ofício e, por causa disso, não age como um membro (típico) da sociedade⁸⁸. Por isso, pode parecer um tanto idealista descrever o juiz como “cidadão de toga”⁸⁹, mas, ainda assim, ele continua sendo, ao lado do exercício do cargo, um cidadão do Estado com contatos sociais.

Independentemente dessas considerações sociológicas, a competência para a atividade jurisdicional se baseia na atribuição de competências feita pela Constituição e, por conseguinte, em um ato do povo enquanto soberano; o povo como detentor do poder estatal confiou a atividade jurisdicional às juízas e aos juízes (cf. art. 92 da Constituição alemã). Em consonância com isso, o direito ordinário também determina, por exemplo, no § 311, 1, do Código de Processo Civil, no § 268, 1, do Código de Processo Penal ou no § 117, 1, 1, do Código de

⁸³ Mais pormenores sobre essa questão se encontram a seguir no texto, junto com as notas 115 ss.

⁸⁴ Cf. Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 7.

⁸⁵ *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. München, 1996. p. 115 s.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 115; o mesmo resultado se encontra em Esser, 1967 (n. 77), p. 95 ss.

⁸⁷ Langenbucher, 1996 (n. 82).

⁸⁸ Cf. RAISER, T. *Grundlagen der Rechtssoziologie*. 6. ed. Tübingen, 2013. p. 315: “Na Alemanha, os juízes são funcionários públicos que estão inseridos em um Judiciário organizado de maneira hierárquica e burocrática, atuam soberanamente [...] e cujas sentenças são implementadas com ajuda do poder estatal. Nessa situação, eles podem se tornar facilmente servidores da política”. Quanto à “justiça de classe”, v. também RÖHL, K. F. *Rechtssoziologie*. Köln, 1987, p. 357 ss.; BAER, S. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Baden-Baden, 2017. p. 167 ss.

⁸⁹ Cf. o ideal do exército alemão, segundo o qual o soldado é um cidadão com uniforme.

Jurisdição Administrativa que “a sentença [...] [é emitida] em nome do povo”. De acordo com o art. 20, par. 2, 2, da Lei Fundamental, o Poder Judiciário exerce a parte que lhe é transferida do poder estatal em nome do povo. Por conseguinte, a regra formulada pelo juiz no marco de sua atividade pode ser atribuída, do ponto de vista do direito constitucional e do direito ordinário, ao povo e, em consequência disso, não tem, *per se*, em termos de validade, uma legitimidade menor do que uma regra que seja formulada pelas próprias pessoas sujeitas ao direito. Essas premissas permanecem inalteradas caso a regra, mais tarde, cumpra os pressupostos de surgimento que, de modo geral, aplicam-se a normas do direito consuetudinário⁹⁰. Por conseguinte, a origem do direito consuetudinário judicial pode ser atribuída à vontade do povo⁹¹. Com isso, entretanto, não está decidido se a regra formulada pelo juiz no caso avulso pode e irá adquirir a força de direito consuetudinário; isso continua sendo uma questão dos necessários pressupostos de surgimento, que precisam levar em consideração o fundamento de validade do direito consuetudinário, mas devem ser distinguidos deste último.

3 SURGIMENTO

O Tribunal Constitucional Federal define o direito consuetudinário como “direito que não surgiu mediante um estabelecimento formal, e sim através de um exercício efetivo mais prolongado, que precisa ser duradouro e constante, uniforme e geral e é reconhecido pelos membros da comunidade jurídica envolvidos como norma jurídica vinculante”⁹². Podem-se encontrar definições semelhantes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹³, do Tribunal Administrativo Federal⁹⁴ e na literatura⁹⁵. Dessas definições terminológicas é possível depreender que pressupostos precisam estar presentes atualmente para

⁹⁰ Mais pormenores sobre os pressupostos de surgimento se encontram a seguir no texto, junto com as notas 89 ss.

⁹¹ Segundo a opinião atual, a partir da atividade jurisdicional constante, pode se formar direito consuetudinário; cf. apenas BITTNER, C. *Höchstrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?* JZ, p. 645 (646), 2013; Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 6 ss.; Larenz, 1991 (n. 9), p. 357; Vogel, 1998 (n. 44), p. 41, 84.

⁹² BVerfGE, 22, 114 (121).

⁹³ BGHZ, 37, 219 (222).

⁹⁴ BVerwGE, 8, 317 (321 s.); BVerwG DVBL, 1961, p. 593 (596).

⁹⁵ P. ex., Bork, 2016 (n. 10), n. 14; SCHMITZ, R. In: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München, v. 1, 2017, § 1, n. 28; Vogel, 1998 (n. 44), p. 39.

que uma prescrição de comportamento tenha validade em termos de direito consuetudinário. Nesse sentido, encontram-se paralelos notáveis com as teorias dos glosadores, que “realizaram coisas relativamente notáveis justamente na doutrina do direito consuetudinário”⁹⁶. Contudo, também se podem perceber influências posteriores.

3.1 ATO DE CRIAÇÃO

Ao se perguntar se uma prescrição comportamental obteve validade em termos de direito consuetudinário, necessita-se sempre lançar um olhar ao passado. De outra forma não é possível averiguar a existência de um “costume”. Para que possa chegar a haver um “exercício efetivo mais prolongado”⁹⁷, porém, é preciso que, primeiro, as pessoas sujeitas ao direito ou as que o aplicam produzam uma prescrição comportamental: “Sabe, um direito consuetudinário também precisa começar a uma certa altura”⁹⁸. Portanto, é preciso que haja uma pessoa ou um grupo de pessoas que exiba, primeiro, um determinado comportamento ou um aplicador do direito que formule uma prescrição comportamental antes de todos os outros. Um costume pode se desenvolver, então, por meio da repetição e adoção do comportamento ou recepção da prescrição comportamental. Entre o direito consuetudinário interacional e o judicial existe uma diferença na medida em que a tomada de decisão judicial produz uma regra inconclusa⁹⁹, mas formulada concretamente, ao passo que a “regra jurídica manifesta” no comportamento efetivo “necessita ainda de uma formulação linguística”¹⁰⁰. Segundo a opinião preponderante, a possibilidade de formulação como preceito jurídico é atualmente tida como um dos pressupostos das normas do direito consuetudinário¹⁰¹. Com isso se garante que questões futuras possam, então, ser subsumidas com precisão sob a norma vinculante na qualidade de direito consuetudinário.

⁹⁶ Brie, 1899 (n. 53), p. 98.

⁹⁷ Veja a referência citada na nota 89.

⁹⁸ Rümelin, 1929 (n. 71), p. 14, que reproduz as palavras “de um velho suabo com experiência prática”.

⁹⁹ Quanto a isso, veja no texto junto com as notas 29 s.

¹⁰⁰ Larenz, 1991 (n. 9), p. 356 s.

¹⁰¹ Cf. KREBS, P.; BECKER, M. Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht. *JuS*, p. 97 (98), 2013; Ossenbühl, 2007 (n. 67), § 100, n. 57; Larenz, 1991 (n. 9), p. 356 s.; com posição crítica, SCHMIDT, T. I. Abschied vom Verwaltungsgewohnheitsrecht. *NVwZ*, p. 930 (931), 2004.

Tal ato de criação¹⁰² não ocorre quando uma regulamentação legal é simplesmente aplicada. Nesse caso, o legislador já promulgou uma regra de validade geral à qual a comunidade jurídica recorre para a solução de conflitos. Consequentemente, a nova formulação de uma diretiva idêntica não faria sentido. Só se está diante de um ato de criação das pessoas sujeitas ao direito ou das que o aplicam quando ocorre uma complementação ou correção da lei, ou seja, onde há uma lacuna legal que tem de ser fechada tornando os princípios mais precisos, por exemplo¹⁰³. Assim, por exemplo, o instituto da caducidade desenvolvido pelo direito jurisprudencial e que hoje desfruta de vigência como direito consuetudinário¹⁰⁴ constitui uma expressão do princípio – normatizado no § 242 do Código de Direito Civil – da boa-fé¹⁰⁵. Algo análogo se aplica ao direito geral de acesso a informações derivado do § 242 do Código de Direito Civil, que entretantes também se transformou em direito consuetudinário¹⁰⁶.

3.2 ELEMENTO OBJETIVO

Os glosadores exigiam unanimemente uma *consuetudo*. Esta deveria ser uniforme e existir por um período de tempo de 10 a 20 anos. Nesse caso, dois atos de exercício seriam suficientes¹⁰⁷. Entre os pós-glosadores, a importância do costume diminuiu; uma certa duração e um determinado número de atos de exercício eram necessários “porque neles se manifesta de modo apropriado o *consensus tacitus* necessário para o surgimento de um direito consuetudinário”¹⁰⁸. Para a escola histórica do direito, na sequência, o costume desempenhava um papel inteiramente secundário. Ela identificara “a convicção do povo como a

¹⁰² Esse termo é usado aqui a partir da teoria da criação do direito de valores mobiliários – hoje decerto não mais defendida –, segundo a qual o direito registrado é criado pela emissão do documento; quanto a isso, veja, p. ex., MÜLLER-CHRISTMANN, B.; SCHNAUDER, F. Grundfälle zum Wertpapierrecht. *JuS*, p. 117 (119), 1991.

¹⁰³ Uma exposição extensa sobre a “complementação e emenda de leis” se encontra, p. ex., em ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. 11. ed. München, 2012. p. 52 ss.; Larenz; Canaris, 1995 (n. 27), p. 187 ss.

¹⁰⁴ Quanto a isso, veja as referências na nota 16.

¹⁰⁵ Uma exposição extensa sobre o surgimento do instituto se encontra em PIEKENBROCK, A. *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*. Tübingen, 2006. p. 148 ss.; veja, além disso, Klose, 2016 (n. 16), p. 80 ss.

¹⁰⁶ NEUNER, J. Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. *JZ*, p. 435 (438), 2016, com mais referências.

¹⁰⁷ Brie, 1899 (n. 53), p. 105 ss.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 142 ss.

fonte genuína de todo direito”¹⁰⁹. Por conseguinte, o costume não constituía “um momento no surgimento do direito consuetudinário, mas uma forma essencial de sua manifestação”¹¹⁰. O costume foi degradado à condição de mero recurso cognitivo, que podia ser substituído, por exemplo, por “declarações de pessoas que são inquiridas a respeito da existência de um direito consuetudinário [...]”¹¹¹. Em longo prazo, entretanto, essa doutrina não conseguiu se estabelecer¹¹². Já, em fins do século XIX e inícios do XX, o costume tinha de novo (na maioria dos casos) um lugar fixo entre os pressupostos de surgimento¹¹³.

Atualmente, é inconteste que o surgimento de direito consuetudinário pressupõe um “exercício efetivo mais prolongado, que precisa ser duradouro e constante, uniforme e geral [...]”¹¹⁴. Portanto, o que é produzido pelo ato de criação precisa ser repetido ou assimilado durante um período de tempo mais prolongado. A duração e a frequência do exercício não podem ser definidas de um modo que tenha validade geral. Exige-se, em todo caso, que a prescrição de comportamento seja aplicada em um número suficiente de casos por um período mais prolongado de tempo de maneira uniforme¹¹⁵.

Contrariamente à noção da escola histórica do direito, o exercício constitui um pressuposto imprescindível para o surgimento de direito consuetudinário¹¹⁶. Normas desse direito não são promulgadas em um procedimento formalizado e depois divulgadas publicamente. Esse déficit em comparação com regulamentações legais é ao menos parcialmente compensado pelo exercício, pois a recepção permanente da regra formulada pelo juiz ou da regra que aparece em um comportamento efetivo faz com que ela seja disseminada dentro dos círculos de interação envolvidos, que são formados pelas pessoas que

¹⁰⁹ Quanto a isso, veja as referências na nota 36.

¹¹⁰ Puchta, 1837 (n. 38), p. 121; Savigny, 1840 (n. 34), p. 35.

¹¹¹ Puchta, 1837 (n. 38), p. 121 s.

¹¹² Quanto a isso, veja Schröder, 2012 (n. 34), p. 196 s.

¹¹³ *Ibid.*, p. 297 ss.

¹¹⁴ BVerfGE, 22, 114 (121); de modo semelhante Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 5; mais pormenores em Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 98 ss.; Hilgendorf; Joerden, 2017 (n. 52), p. 26; Ossenbühl, 2007 (n. 67), § 100, n. 57; Vogel, 1998 (n. 44), p. 41.

¹¹⁵ Quanto a essa questão toda, veja Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 98 ss.; Hilgendorf; Joerden, 2017 (n. 52), p. 26; Freitag, 1976 (n. 50), p. 41 s.

¹¹⁶ Essa é também a posição explícita de LEISNER, A. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. Tübingen, 2002. p. 133.

normalmente são (podem ser) abrangidas pela esfera de aplicação da norma. Para que, por exemplo, uma regra adquira vinculatividade normativa como direito consuetudinário no âmbito do direito comercial, pelo menos todos os comerciantes potencialmente atingidos por ela devem ter tido condições de tomar conhecimento da regra. Quem assumir mais tarde uma profissão ou atividade comercial deve, entretanto, familiarizar-se de qualquer modo com as regulamentações especiais que se aplicam aos comerciantes. De modo geral, porém, isso não pode dizer respeito ao conhecimento de pessoas que jamais são compreendidas pela esfera de aplicação de uma norma.

Além disso, a aplicação constante da prescrição de comportamento documenta sua necessidade e aptidão para a solução adequada de conflitos dentro da comunidade jurídica. Diferentemente da lei, a norma do direito consuetudinário não é promulgada por uma autoridade superior; o direito consuetudinário se torna direito vigente porque e na medida em que a sociedade esteja convencida de que se trata de um imperativo do direito¹¹⁷. Contudo, os círculos interacionais envolvidos não podem desenvolver uma convicção suficiente acerca da vinculatividade da regra para casos futuros se esta tiver se baseado meramente em uma única decisão. Assim, por exemplo, o Tribunal do *Reich* [Supremo Tribunal alemão até 1945] supôs inicialmente apenas no tocante a um contrato de aluguel que este também implicava direitos protetivos a favor de familiares que viviam com o locatário que não fossem, eles próprios, parte do contrato¹¹⁸. Com isso não se expunha nem se estabelecia que os contratos de modo geral possam implicar efeitos protetores a favor de terceiros. Só depois que o Tribunal do *Reich* reafirmou esses efeitos, no caso de um contrato de prestação de serviços¹¹⁹ e de um contrato de fornecimento de mão de obra¹²⁰, que o Supremo Tribunal Federal continuou e aprofundou essa jurisprudência¹²¹ e, por fim, também a ciência jurídica aceitou essa construção do direito jurisprudencial¹²² foi que se estabeleceu o contrato – que atualmente vige

¹¹⁷ Quanto à exigência da convicção jurídica, veja o texto a seguir junto com as notas 126 ss.

¹¹⁸ Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ) [Tribunal do *Reich* em matérias civis], 91, 21.

¹¹⁹ RGZ, 98, 210.

¹²⁰ RGZ, 127, 218.

¹²¹ P. ex., BGHZ, 5, 378 (384); 24, 325 (327).

¹²² Fundamental é, p. ex., LARENZ, K. NJW, p. 1194, 1956 (observação sobre BGH, NJW, p. 1193, 1956), que também cunhou a terminologia.

como direito consuetudinário¹²³ – com efeitos protetores a favor de terceiros¹²⁴. Portanto, o exercício contribui substancialmente para a consolidação da diretiva na comunidade jurídica.

Em princípio, não é relevante onde o costume se mostre ou que partes da comunidade jurídica repitam ou recebam o que se produziu pelo ato de criação¹²⁵. Para um “exercício efetivo mais prolongado, que precisa ser duradouro e constante, uniforme e geral”¹²⁶ só tem importância o fato de que se recorre à prescrição comportamental de maneira uniforme em questões relevantes. Por conseguinte, no Direito Civil pode ocorrer um exercício duradouro sem a participação dos Tribunais. Para uma cessão a título de garantia, por exemplo, não se faz necessária a participação de um juiz. Este só participa caso haja conflitos entre os sujeitos de direito. Algo diferente se aplica ao Direito Penal e a amplas porções do Direito Público. Essas duas áreas do direito contêm normas que regulamentam as relações entre o Estado e os seus cidadãos. Em consequência disso, os representantes de órgãos estatais estão forçosamente envolvidos. Por isso, por exemplo, um tipo penal só pode ser derogado pelo direito consuetudinário¹²⁷ se os Tribunais deixarem de aplicá-lo; o fato de as pessoas sujeitas ao direito não seguirem a norma não pode ser suficiente sem a tolerância estatal. Com base nisso, poder-se-á constatar, ao menos para o Direito Penal e o Direito Público, que “o exercício prático de uma regra [...] está reservado aos profissionais do direito, portanto aos círculos de aplicadores do direito”¹²⁸.

¹²³ Quanto a isso, veja as referências citadas na nota 13.

¹²⁴ Uma exposição histórica pormenorizada se encontra em KRINGS, S. *Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht*. Tübingen, 2012; PLÖTNER, M. *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*. Berlin, 2003. p. 24 ss.

¹²⁵ A opinião contrária de que o direito consuetudinário só pode se formar por uma atividade jurisprudencial contínua não se estabeleceu, corretamente; quanto a isso, veja Schröder, 2012 (n. 34), p. 304 s.

¹²⁶ Quanto a isso, veja as referências citadas na nota 111.

¹²⁷ Quanto à admissibilidade da derrogação de tipos penais, veja Eser; Hecker, 2014 (n. 6), § 1, n. 10; Schmitz, 2017 (n. 92), § 1, n. 31; de outra opinião são HASSEMER, W.; KARGL, W. In: *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 5. ed. Baden-Baden, 2017, § 1, n. 65.

¹²⁸ Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 99; mais restritiva é a posição de Schmitz, 2017 (n. 92), § 1, n. 28: “No âmbito do direito penal” o direito consuetudinário “só pode ser criado pelos Tribunais”.

3.3 ELEMENTO SUBJETIVO

Entre os glosadores, a *consuetudo* tinha de se assentar em *consensus*, na “expressão tácita da vontade da totalidade do *populus*”, a qual se baseasse na vontade de “conceder à norma exercitada validade jurídica para o futuro [...]”¹²⁹. Os pós-glosadores assumiram esse momento subjetivo e também exigiam um “*tacitus consensus populi* [consenso tácito do povo]”¹³⁰. Para a escola histórica do direito, o momento subjetivo – a convicção jurídica – era o único fator determinante. Em todo caso, identificava-se a *convicção do povo* como fonte de todo e qualquer direito¹³¹. Para ela, era necessária a noção de que a prescrição comportamental exercitada era direito¹³². “Só tal ação [pode] ser utilizada como meio para reconhecer uma norma do direito consuetudinário [...]”¹³³.

Embora as teorias da escola histórica do direito se distingam significativamente das atuais, a exigência de uma “convicção jurídica” conseguiu se manter em sua substância¹³⁴. Em consonância com ela, o exercício deve se basear na convicção de que um “imperativo do direito”¹³⁵ está sendo seguido¹³⁶. Isso não significa, contudo, que os interagentes que nele tomam parte qualifiquem a diretiva como direito *consuetudinário* e precisem aplicá-la durante um período mais longo de tempo tendo essa consciência. Inversamente, não basta que os envolvidos sejam de opinião que a prescrição comportamental seja meramente um uso sem caráter vinculante, cujo emprego se dá *ad libitum*¹³⁷. É necessária a convicção de que se esteja seguindo uma norma comportamental *vinculante*¹³⁸. A convicção de que se trata de direito constitui uma espécie de corretivo; ela garante que nem todo costume ou até mau costume se torne um dia direito

¹²⁹ Brie, 1899 (n. 53), p. 111 s.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 146 s.

¹³¹ Quanto a isso, veja no texto junto com a nota 36.

¹³² Cf. Puchta, 1837 (n. 38), p. 33; bem como, mais pormenorizadamente, Schröder, 2012, p. 196 s.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Quanto ao desenvolvimento após a escola histórica do direito, veja Schröder, 2012 (n. 34), p. 298 ss.

¹³⁵ Larenz, 1991 (n. 9), p. 356.

¹³⁶ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 5; Ossenbühl, 2007 (n. 67), § 100, n. 57; Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 100 s.; Hilgendorf; Joerden, 2017 (n. 52), p. 26; Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 554; Vogel, 1998 (n. 44), p. 39.

¹³⁷ Posição semelhante já se encontra em Puchta, 1837 (n. 38), p. 33.

¹³⁸ Cf. BVerfGE, 22, 114 (121); veja também Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 6.

vigente. Do contrário, dificilmente será possível estabelecer uma distinção entre hábito ou uso e direito consuetudinário normativamente vinculante¹³⁹. Por isso, a opinião segundo a qual se deveria abrir mão do elemento subjetivo¹⁴⁰ não conseguiu, com razão, impor-se. É questionável, entretanto, que se possa formar uma convicção jurídica suficiente no caso do direito consuetudinário interacional e do judicial.

3.3.1 Direito consuetudinário interacional

O fundamento do direito consuetudinário interacional é, normalmente, um comportamento de uma pessoa ou um grupo de pessoas. Esse comportamento é repetido constantemente e assumido por outros integrantes da comunidade jurídica. Nesse sentido, não é necessário que as pessoas envolvidas estejam, desde o início, convencidas de que se trata de uma necessidade *jurídica*¹⁴¹. Da mesma maneira, a questão decisiva não pode ser que se trate de uma “vontade de criação de direito” por parte dos atores¹⁴². Inicialmente, bastam meras considerações de conveniência ou semelhantes. Com o passar do tempo e o exercício constante, porém, é preciso que se desenvolva a convicção de que só está agindo *legalmente* quem repete ou assume o comportamento anterior; as pessoas ou os grupos de pessoas que, em uma situação análoga, ajam de modo discrepante agem agora, segundo a noção das pessoas envolvidas, ilegalmente e não meramente de modo inconveniente ou inusitado¹⁴³. Os envolvidos precisam, por fim, estar convencidos de que “isso é direito, isso não é apenas tratado assim agora, mas precisa continuar sendo tratado dessa maneira”¹⁴⁴.

Se o comportamento das pessoas sujeitas ao direito se manifestar em uma área não regulamentada legalmente com maior precisão, o desenvolvimento

¹³⁹ Quanto a isso, cf., p. ex., Rümelin, 1929 (n. 71), p. 59; e CANARIS, C.-W. *Handelsrecht*. 24. ed. München, 2006, § 22, n. 12 (especialmente sobre os usos comerciais).

¹⁴⁰ P. ex., Zitelmann, 1883 (n. 51), p. 445.

¹⁴¹ Rümelin, 1929 (n. 71), p. 61 s.

¹⁴² BRINZ, A. *Lehrbuch der Pandekten: Erster Band*. 2. ed. Erlangen, 1873. p. 114. O autor, p. ex., exigia a convicção de que “aquilo que se faz deveria ser legal [...] e não que já seja legal e por isso deva ser feito [...]”.

¹⁴³ Cf. RADBRUCH, G. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 12. ed. Ed. por Konrad Zweigert após a morte do autor. Stuttgart, 1969. p. 47: “O estabelecimento do direito também pode [...] partir da sociedade, da comunidade nacional não organizada, que reveste paulatinamente o uso efetivo com a convicção da necessidade jurídica e o condensa, assim, em direito consuetudinário”.

¹⁴⁴ Rümelin, 1929 (n. 71), p. 59.

de uma convicção jurídica uniforme é, em princípio, possível e não apresenta problema. A regra jurídica que se manifesta no comportamento não contraria o direito positivo, de modo que os membros da comunidade jurídica não violam uma norma contrária. Já, para o surgimento de direito consuetudinário que derogue a lei, os obstáculos são maiores. Em primeiro lugar, a lei a ser derogada deve ter entrado em vigor há mais tempo, pois, do contrário, não se pode supor que haja uma convicção consensual dentro da comunidade jurídica. Por outro lado, há necessidade de uma convicção jurídica específica por parte do círculo dos submetidos ao direito. Eles precisam, primeiro, qualificar a regra legal como não vinculante para, na sequência, substituí-la por uma regra própria. O critério para fazer isso deve ser um direito de nível superior e princípios jurídicos sustentadores¹⁴⁵. Assim, por exemplo, as regulamentações da Lei Geral de Tratamento Iguatário não poderiam ser derogadas, mesmo que houvesse uma opinião disseminada de que discriminações são legítimas.

Em face dessas exigências específicas, o direito consuetudinário *que derogue leis* só pode se formar mediante a participação do Judiciário. Além disso, precisar-se-á exigir, inclusive, *de modo geral*, uma participação do Judiciário para a formação de direito consuetudinário¹⁴⁶. Isso, contudo, não se baseia em uma “competência de reconhecimento” ou algo semelhante. A razão disso reside, isto sim, no fato de que os órgãos judiciais fazem parte da comunidade *jurídica* e, conseqüência, só há uma convicção jurídica geral quando a norma de comportamento também tiver sido reconhecida por eles¹⁴⁷. Por outro lado, vai longe demais a opinião de que “o direito consuetudinário só é [...], em última análise, aquilo que o tribunal supremo competente declarar como tal”¹⁴⁸. O direito consuetudinário não surge mediante concessão desse *status* por parte do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Administrativo Federal, e sim mediante o exercício – sustentado por uma convicção jurídica – dos interagentes envolvidos, ainda mais que a decisão do “Tribunal Supremo competente” também pode estar errada.

¹⁴⁵ Cf. Windscheid, 1881 (n. 2), p. 40.

¹⁴⁶ Essa é também a posição de Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 98; veja, além disso, Esser, 1967 (n. 77), p. 124 s., e já Brinz, 1873 (n. 139), p. 116; e Rümelin, 1929 (n. 71), p. 42, 58.

¹⁴⁷ Cf. Esser, *op. cit.*

¹⁴⁸ P. ex., Rùthers; Fischer; Birk, 2016 (n. 7), n. 233.

3.3.2 Direito consuetudinário judicial

Por conseguinte, o direito consuetudinário interacional não pode se desenvolver sem reconhecimento dos aplicadores do direito. Por outro lado, o direito consuetudinário judicial não pode se desenvolver sem que tenha se formado uma convicção jurídica uniforme também entre as pessoas sujeitas ao direito. Por isso, o Judiciário não tem condições de criar por si só um direito consuetudinário, pois o direito consuetudinário não serve, *per se*, para conceder – eludindo a atribuição jusconstitucional de competências – vinculatividade normativa aos produtos da atividade judiciária. Segundo a teoria da vontade, a validade do direito consuetudinário se assenta na vontade do povo¹⁴⁹. Já se expôs que a origem da regra formulada pelo juiz pode ser atribuída a ela do ponto de vista do direito constitucional e da legislação ordinária¹⁵⁰. Não existem, entretanto, pontos de referência para um poder de estabelecimento do direito sustentado pelo povo por parte do Judiciário. Bem pelo contrário: a promulgação de normas de vinculatividade geral está, em princípio, confiada unicamente ao legislador. A regra do direito jurisprudencial continua sendo um direito jurisprudencial sem vinculatividade geral caso não se forme uma convicção jurídica dentro da comunidade jurídica¹⁵¹. Para que a origem da norma posterior possa ser atribuída à vontade do povo, pelo menos as partes do povo que sejam potencialmente atingidas pela norma precisam estar convencidas de que com a aplicação da prescrição comportamental se esteja seguindo um imperativo do direito. Nesse caso, o exercício pode perfeitamente ser um exercício puramente judiciário¹⁵².

É questionável, contudo, que entre as pessoas sujeitas ao direito possa se desenvolver uma convicção jurídica suficiente se uma regra lhes é determinada pelo juiz¹⁵³. Katja Langenbucher é de opinião que, em um caso assim, não é possível que se forme uma vontade autônoma do povo¹⁵⁴. Essa concepção seria convincente se a sociedade não pudesse julgar livremente sobre a regra do direito jurisprudencial. Com base na competência específica do juiz certamente há

¹⁴⁹ Quanto a isso, veja no texto junto com as notas 71 ss.

¹⁵⁰ Quanto a isso, veja no texto junto com a nota 87.

¹⁵¹ Quanto ao direito jurisprudencial em pormenores, veja no texto junto com as notas 27 ss.

¹⁵² Cf. BGH, NZG, p. 734 (735), 2017: “Basicamente, o ponto de referência para a validade do direito consuetudinário também pode ser um exercício constante da administração”.

¹⁵³ Quanto a isso, veja no texto após a nota 88.

¹⁵⁴ Langenbucher, 1996 (n. 82), p. 115.

uma suposição que depõe a favor da legalidade da prescrição comportamental formulada por ele. Nesse caso, entretanto, não se trata de um ditame absoluto que esteja subtraído a todo e qualquer discurso. A comunidade jurídica pode e haverá de questionar criticamente a regra¹⁵⁵. Os julgamentos subsequentes não estão vinculados ao precedente; por isso, só receberão a regra se e na medida em que estiverem convencidos dela. Já a situação das pessoas sujeitas ao direito é bem pior: em caso de dúvida, elas irão agir em consonância com a prescrição comportamental, pois, do contrário, são obrigadas a temer que acabem levando a pior em um litígio. Se, porém, essa permanecer sua única motivação, uma regra do direito jurisprudencial não pode se metamorfosear e passar a ser direito consuetudinário; nesse caso até pode haver um costume, mas faltará a convicção jurídica dos círculos interagentes. O juiz não pode ordenar com vinculatividade última às partes envolvidas do povo que qualifiquem a regra por ele formulada como um imperativo do direito. Nesse sentido, a exigência de uma convicção jurídica geral representa (mais uma vez)¹⁵⁶ uma espécie de corretivo, para que nem toda sentença se consolide até tornar-se, mais cedo ou mais tarde, direito consuetudinário. É necessário que o “exercício seja sustentado pela convicção de, com sua aplicação, estar seguindo o direito vigente”¹⁵⁷.

Todavia, a complexidade das construções do direito jurisprudencial pode dificultar a formação de tal convicção jurídica consensual. Se a comunidade não consegue compreender a regra, ela não formará um juízo. Na maioria dos casos, porém, até mesmo as mais complexas construções contêm um enunciado central que a sociedade pode entender e avaliar. As considerações sobre a responsabilidade civil pessoal dos membros de uma associação não registrada são, por exemplo, efetivamente complexas, mas em última análise é pacífico que essa responsabilidade não existe¹⁵⁸. Então não importa, para o surgimento do direito consuetudinário, se a comunidade consegue compreender as fundamentações divergentes e, neste contexto, por exemplo, a ideia de uma

¹⁵⁵ Cf. Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 99: “A comunidade, porém, pode contestar [...]”; opinião semelhante em Enneccerus; Nipperdey, 1959 (n. 25), p. 265 s.

¹⁵⁶ Quanto a isso, veja no texto junto com a nota 136.

¹⁵⁷ BGH, NZG, p. 734 (735), 2017, com mais referências da atividade jurisdicional.

¹⁵⁸ Mais pormenores sobre isso, p. ex., em WEICK, G. In: STAUDINGER, J. V. *BGB*. Berlin, 2005, § 54, n. 48 ss.; ARNOLD, A. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 7. ed. München, v.1, 2015, § 54, n. 41 s.

“exclusão de responsabilidade civil institucional”¹⁵⁹. O que é necessário e suficiente é que a sociedade compreenda o resultado do discurso e o considere legal. Isso pode ser suposto em relação à afirmação central de que os membros de uma associação ideal não respondem pessoalmente pelos passivos dela¹⁶⁰, pois uma responsabilidade pessoal “contradiz a intenção típica de uma pessoa que passa a fazer parte de uma associação, assim como as expectativas normais da interação jurídica”¹⁶¹.

Em consequência, as pessoas sujeitas ao direito não estão inteiramente livres na observância da regra do direito jurisprudencial, mas ninguém pode prescrever a elas a formação de uma convicção jurídica. Se o exercício é sustentado por uma convicção jurídica dos interagentes envolvidos, o fundamento de validade do direito consuetudinário legitima uma vinculatividade normativa da norma jurídica formulada pelo juiz. Algo análogo se aplica, de resto, também para o restante do direito jurisprudencial¹⁶²: os juristas elaboram, no marco de sua pesquisa científica, “esboços jurídicos” que a comunidade pode aceitar ou rejeitar. Só chegará a se estabelecer uma prescrição de comportamento da qual uma grande maioria esteja convicta¹⁶³.

3.4 O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO

Para as pessoas sujeitas ao direito e os aplicadores do direito, os pressupostos de surgimento mencionados estão associados a um alto grau de insegurança¹⁶⁴. Muitas vezes é possível apurar com alguma exatidão, por meio de estudos empíricos, a duração e a frequência da aplicação de uma regra, bem como a convicção jurídica dos interagentes envolvidos. Entretanto, na maioria dos casos continuará sendo questionável se o espaço de tempo, o número de casos e a convicção jurídica dos envolvidos são suficientes para o surgimento de direito consuetudinário. Na sequência, muitas vezes o juiz não terá certeza se está confrontado com uma prescrição comportamental sem vinculatividade normativa, cuja não observância exige, quando muito, uma fundamentação

¹⁵⁹ SCHÖPFLIN, M. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 44. ed., § 54, n. 33.

¹⁶⁰ Quanto à validade no direito consuetudinário, veja a referência na nota 15.

¹⁶¹ Weick, 2005 (n. 155), § 54, n. 48; de modo semelhante Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 17, n. 138.

¹⁶² Quanto a esse conceito, veja no texto junto com as notas 34 ss.

¹⁶³ Cf. Zippelius, 2012 (n. 100), p. 8.

¹⁶⁴ Veja também a crítica de Schmidt, 2004 (n. 98), p. 932; e Möllers, 2017 (n. 7), § 3, n. 25.

específica, ou se se trata de uma norma do direito consuetudinário que ele tem a obrigação de aplicar.

3.4.1 A identificação da norma

O instituto juspenal do ato continuado foi amplamente aplicado, ao longo de décadas, de maneira incontestada em numerosos casos; sua validade fundamental era reconhecida na atividade jurisdicional e na doutrina¹⁶⁵. Por isso, a suposição de que esse instituto ao menos não estivesse distante de ter se tornado direito consuetudinário parecia ter certa plausibilidade¹⁶⁶. Independentemente disso, no ano de 1994 o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo fim do nexo de continuação¹⁶⁷. Ao fazer isso, ele observou, bastante de passagem, que esse instituto não seria direito consuetudinário, pois “o reconhecimento geral e o exercício duradouro” só se referem “a um arcabouço conceitual do ato continuado sem um conteúdo empregado de modo preponderantemente uniforme em toda a jurisprudência”¹⁶⁸.

Independentemente de se aprovar a decisão ou não¹⁶⁹, ela deve expor claramente o problema do surgimento de normas do direito consuetudinário. O término da metamorfose decide sobre a vigência *como* direito consuetudinário¹⁷⁰, mas, via de regra, não pode ser definido concreta e indubitavelmente com base em diretivas concretas; diferentemente de uma lei formal ou de um decreto, não há um procedimento formal com pressupostos precisos e, especialmente, não há um dia da entrada em vigor. Nesse caso, o juiz sempre tem de fazer uma verificação cuidadosa e, por assim dizer, decidir “preliminarmente” se existe um direito consuetudinário que o vincule em princípio¹⁷¹.

¹⁶⁵ Extensamente em BRINGEWAT, P. *Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht*. *ZStW*, v. 84, p. 585, 1972.

¹⁶⁶ Quanto a isso, veja Eser; Hecker, 2014 (n. 6), § 1, n. 11; ADEN, M. *Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht*. *JZ*, p. 1109, 1994; Bringewat, 1972 (n. 162), p. 590 ss.

¹⁶⁷ NJW, p. 1663, 1994 (trata-se, afinal, de uma resolução da Grande Câmara para Matérias Penais).

¹⁶⁸ BGH, NJW, p. 1663 (1670), 1994.

¹⁶⁹ Com posição crítica, p. ex., Aden, 1994 (n. 163), p. 1109; ao passo que R. Hamm (*Das Ende der fortgesetzten Handlung*. *NJW*, p. 1636) parece aprovar a decisão de modo geral.

¹⁷⁰ Quanto a isso, cf. o que se afirma ainda em BGH, NJW, p. 1663 (1670), 1994: “Trata-se de [...] ‘direito jurisprudencial’, que, basicamente, não exclui uma mudança e aprofundamento da atividade jurisdicional posterior [...]”.

¹⁷¹ Cf. Aden, 1994 (n. 163), p. 1109, que critica incisivamente o Supremo Tribunal Federal (BGH, NJW, p. 1663, 1994) por sua sistemática pelo fato de este não expor de antemão se existe um direito consuetudinário.

Entretanto, a qualificação teórica da fonte do direito – prescrição de comportamento sem vinculatividade normativa ou direito consuetudinário – só se torna relevante para o juiz se ele quiser decidir contra o exercício pregresso. Além disso, cabe-lhe, em geral, a tarefa de procurar normas possivelmente relevantes para a decisão e verificar sua aplicabilidade¹⁷². Assim, por exemplo, o tribunal administrativo precisa verificar, no marco de uma ação contra um ato administrativo baseado no decreto jurídico de um Município, primeiramente a validade do decreto¹⁷³. Se o juiz reafirma a legalidade formal e material, ele está vinculado pelo decreto como parte do direito positivo e deve tomá-lo por base de sua decisão sobre a legalidade do ato administrativo¹⁷⁴. Por fim, em caso de dúvida, o juiz pode fazer com que sua decisão dependa da admissibilidade de uma derrogação, se no caso da diretiva já se trata de direito consuetudinário. Se esse não for o caso, ele deveria, de qualquer modo, deixar de julgar contra a prescrição comportamental estabelecida. Nesse sentido, o problema da identificação da norma só tem um alcance limitado.

3.4.2 Estabelecimento jurisprudencial do direito?

O juiz precisa verificar inicialmente se existe uma norma do direito consuetudinário que seja aplicável à questão decisiva. Se, no marco dessa identificação, ele puder constatar, com validade geral, a existência de um direito consuetudinário, exerceria uma função análoga à do legislador e, assim, violaria o princípio da separação de poderes. Devem-se distinguir três constelações:

A primeira constelação diz respeito ao problema de um estabelecimento jurisprudencial do direito nos casos em que uma regra já se metamorfoseou em direito consuetudinário. Nesse caso, contudo, a contribuição do juiz que tomar a decisão se restringe a identificar uma norma jurídica do direito consuetudinário efetivamente existente, e, nesse caso, ele não estabelece direito porque a norma já existe. Que essa norma jurídica também deva ser aplicada em processos futuros por outros juízes se baseia no acerto da decisão do juiz cognoscente. O direito consuetudinário exige a aplicação, mas não a identificação (acertada) da norma por parte do juiz.

¹⁷² Cf. Larenz; Canaris, 1995 (n. 27), p. 102 s.

¹⁷³ Cf. BVerwGE, 80, 355 (358 s.); HUFEN, F. *Verwaltungsprozessrecht*. 10. ed. München, 2016, § 25, n. 15.

¹⁷⁴ Cf. BVerfGE, 78, 214 (227); SODAN, H. In: Isensee; Kirchhof, 2007 (n. 67), § 113, n. 29.

Também é concebível que já exista um exercício efetivo mais prolongado por parte das pessoas sujeitas ao direito que é sustentada pela necessária convicção jurídica. Nesse caso, falta meramente um reconhecimento da diretiva por parte do Judiciário¹⁷⁵. Em um caso assim, a qualificação teórica do juiz para identificar a fonte do direito e, neste contexto, especialmente o reconhecimento (implícito) da prescrição de comportamento levam ao término do processo de surgimento da norma do direito consuetudinário¹⁷⁶. Com isso, o juiz parece poder estabelecer direito, já que a partir de então a prescrição comportamental é normativamente vinculante na qualidade de direito consuetudinário; em processos futuros, os Tribunais devem aplicar a norma jurídica. É preciso, contudo, levar em conta que o juiz não pode elevar sozinho a diretiva ao *status* de direito consuetudinário. O que ele faz é, isto sim, apenas dar uma contribuição para o surgimento; a comunidade já precisa ter exercitado a prescrição de comportamento e formado uma convicção jurídica. Do contrário, a decisão do juiz não é suficiente para consumir a metamorfose; olhada isoladamente, sua decisão judicial é e permanece sem vinculatividade normativa. Portanto, também no caso dessa constelação não estamos diante de um estabelecimento jurisprudencial do direito.

Por fim, entra em cogitação o caso de o juiz supor erroneamente que a prescrição de comportamento já tenha se transformado em direito consuetudinário. Tal juízo equivocado não pode vincular os futuros tomadores de decisão. Nesse sentido, esse juízo não se distingue de outras decisões judiciais às quais acertadamente se nega vinculatividade normativa¹⁷⁷. Também, nesse caso, portanto, o juiz não pode estabelecer direito. Ainda assim, sua decisão não carece de toda e qualquer importância para processos futuros. Embora os precedentes não vinculem, eles formam basicamente uma base de confiança¹⁷⁸. As pessoas sujeitas ao direito podem supor, em princípio, que a decisão com força de lei do juiz tenha sido correta e, em consequência, também outros Tribunais

¹⁷⁵ Quanto a essa exigência, veja o texto junto com a nota 143.

¹⁷⁶ Cf. Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 98: “Inversamente, uma regra pode [...] dar o último passo para o surgimento de um direito consuetudinário autêntico por meio de seu reconhecimento em decisões dos Tribunais”.

¹⁷⁷ Quanto a isso, veja o texto junto com as notas 27 ss.

¹⁷⁸ BVerfGE, 122, 248 (277 f.); BVerfG, NVwZ, p. 876 (878), 2012; mais especificamente sobre a confiança em um precedente, Langenbucher, 1996 (n. 82), p. 121 ss.; Id., Rechtsprechung mit Wirkung für die Zukunft. JZ, p. 1132 (1133 ss.), 2003.

venham a julgar em consonância com ela¹⁷⁹. Contudo, por causa da ausência de efeito vinculante, a base de confiança se restringe *a priori* a que o Tribunal não irá divergir da decisão anterior “sem razões materiais suficientes”¹⁸⁰. Se, em seu julgado, o juiz qualificar erroneamente a regra como direito consuetudinário, com isso ele não consegue estabelecer direito¹⁸¹, mas cria uma base de confiança *particular*, pois em um caso assim ele postula não só o acerto da regra que aplicou, mas também a existência de uma norma jurídica vinculante. As pessoas sujeitas ao direito, que também nesse caso poderão pressupor uma decisão correta do juiz, não irão confiar, a partir de então, só em um precedente (não vinculante). Elas irão, isto sim, supor que os Tribunais e outros aplicadores do direito estejam vinculados ao (suposto) direito consuetudinário¹⁸². Os Tribunais têm de levar em consideração essa base de confiança *qualificada*, o que, via de regra, fará com que, inicialmente, eles precisem se apegar ao “precedente” e, quando muito, expressar dúvidas quanto ao acerto e indicar, para o futuro, uma modificação da jurisprudência¹⁸³. Entretanto, isso não deixa de ser problemático¹⁸⁴. Com isso, o juiz cognoscente, que classifica, com base na teoria das fontes do direito, a prescrição de comportamento como direito consuetudinário, coloca um fardo pesado sobre os ombros de seus colegas e suas colegas.

4 ALTERAÇÃO E SUSPENSÃO

Se a prescrição comportamental se consolidou a ponto de se tornar direito consuetudinário, ela reivindica validade normativa, e o faz independentemente de ser aplicada ou não. Se o exercício é interrompido neste estágio, a validade *factual* da norma pode terminar. Independentemente disso, a vinculatividade *normativa* continua existindo, pois a comunidade jurídica não pode mais dispor sobre ela em curto prazo. Pela mesma razão, uma simples alteração da convicção

¹⁷⁹ Cf. Larenz, 1991 (n. 9), p. 429.

¹⁸⁰ Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 13, quanto à questão da vinculação ao precedente; veja também BVerfGE, 122, 248 (277).

¹⁸¹ Deve-se pressupor que o reconhecimento da regra contido na classificação não possa concluir o processo de surgimento. Do contrário, aplica-se o que está dito no texto junto com a nota 173.

¹⁸² Por conseguinte, segundo a opinião dos envolvidos, somente os elevados pressupostos de uma derrogação da lei poderiam legitimar um desvio da regra.

¹⁸³ Mais pormenores sobre a “atividade jurisdicional indicativa (*Ankündigungsrechtsprechung*) por parte do supremo Tribunal”, em Bittner, 2013 (n. 88), p. 645 ss.

¹⁸⁴ Com posição crítica, p. ex., BYDLINSKI, F. Gegen die “Zeitzundertheorien” bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht. *JBl*, p. 2, 2001.

a respeito do acerto da norma do direito consuetudinário não pode abolir seu *status*¹⁸⁵.

O direito jurisprudencial e o direito consuetudinário são, decerto segundo a opinião geral, fontes jurídicas de igual valor¹⁸⁶. Isso é convincente na medida em que a origem de ambos pode ser atribuída ao povo como detentor do poder estatal. Além disso, as funções que competem ao direito podem ser substancialmente tão bem cumpridas pelo direito consuetudinário quanto pelo escrito¹⁸⁷. Em consequência dessa igualdade de valor, não só o direito consuetudinário pode derrogar regulamentações legais¹⁸⁸, mas também é possível que, inversamente, uma norma do direito consuetudinário seja modificada ou suspensa por uma lei. Nesse caso, aplica-se o princípio *lex posterior derogat legi priori*¹⁸⁹. Normalmente, contudo, o legislador assume o direito consuetudinário quando se decide por uma codificação (p. ex., da *culpa in contrahendo* e da violação positiva dos contratos)¹⁹⁰.

Além disso, entra em cogitação uma mudança ou anulação do direito consuetudinário por *desuetudo*, portanto, por um exercício divergente da regra¹⁹¹. Se o direito consuetudinário não está suspenso, uma decisão que esteja em contradição com a regra ocorre contra o direito positivo. Isso pode ser admissível, por exemplo, quando a convicção jurídica comum dos envolvidos tenha mudado significativamente, mas deve, nesse caso, por razões de transparência metodológica, ser designada como uma decisão contra o direito consuetudinário. Assim, por exemplo, uma transformação social acompanhada

¹⁸⁵ Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 102; veja também já em Schmidt, 1881 (n. 2), p. 8: “[...] a percepção posterior da irrazoabilidade daquilo que originalmente se considerou razoável não invalida o preceito jurídico surgido pelo costume tão pouco quanto aquele que se baseia em lei”; de outra opinião, ao que tudo indica, é Vogel, 1998 (n. 44), p. 39: O direito consuetudinário “deixa de vigorar quando falta um desses dois pressupostos (isto é, o costume e a convicção jurídica)”.

¹⁸⁶ Windscheid, 1881 (n. 2), p. 44; Enneccerus; Nipperdey, 1959 (n. 25), p. 271; Larenz, 1951 (n. 11), p. 497; Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 97; Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 556.

¹⁸⁷ Quanto ao cumprimento das funções do direito pelo direito consuetudinário, veja Frühauf, 2006 (n. 1), p. 102 ss.

¹⁸⁸ BVerwGE, 8, 317 (321); Larenz, 1951 (n. 11), p. 497 s.; Enneccerus; Nipperdey, 1959 (n. 25), p. 271; MERTEN, D. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. *DVBl.*, p. 677 (678), 1975; Ossenbühl, 2007 (n. 67), § 100, n. 59; Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 98.

¹⁸⁹ Cf. Schmidt, 1881 (n. 2), p. 8.

¹⁹⁰ Quanto a isso, veja as referências nas notas 4 e 5.

¹⁹¹ Mais pormenores sobre a “alteração do direito consuetudinário” em Krebs; Becker, 2013 (n. 98), p. 101 ss.

de uma mudança substancial da convicção jurídica poderia legitimar uma decisão contra o direito do cuidado para com os mortos¹⁹² que esteja em vigor segundo o direito consuetudinário.

5 DIREITO CONSUETUDINÁRIO E LEI FUNDAMENTAL

No contexto jusconstitucional se coloca, por um lado, a pergunta se as normas do direito consuetudinário constituem um fundamento suficiente para a ação estatal quando há uma reserva legal vigente; por outro lado, é problemática a possibilidade de surgimento de direito consuetudinário, em termos de hierarquia normativa, em nível da Lei Fundamental como direito consuetudinário constitucional.

5.1 RESERVA LEGAL

Normas do direito consuetudinário não são leis *formais*. Em consequência, o direito consuetudinário fica definitivamente excluído como fundamento de autorização quando a Constituição exige explicitamente uma lei formal. Assim, por exemplo, o art. 104, par. 1, da Constituição Federal contém a determinação de que “a liberdade do indivíduo só pode ser limitada com base numa lei formal [...]”. Por conseguinte, só entram em cogitação como fundamento de uma pena privativa da liberdade, *expressis verbis*, as leis promulgadas em um procedimento formal¹⁹³.

Mas o termo “lei” abrange, com razão, não apenas leis formais, mas também leis materiais e, por conseguinte, todas as normas jurídicas¹⁹⁴. Sob essa premissa, o direito consuetudinário pode ser subsumido sob o conceito de lei. A consequência disso seria que normas do direito consuetudinário representam, em todo caso, um fundamento admissível para a intervenção quando uma lei material é suficiente. Os autores da Constituição, entretanto, foram (em sua maioria) de outra opinião. Assim, por exemplo, o art. 2, par. 3, da Lei Fundamental deveria ter, segundo a versão proposta pelo Comitê de Redação para a quarta sessão do Comitê de Princípios, a seguinte formulação: “A administração só pode intervir nessa liberdade no marco do *ordenamento jurídico*”. Por isso, o Deputado Schmid sugeriu uma alteração com o seguinte teor: “A administração só pode intervir nessa liberdade dentro dos limites da *lei igual para todos*”.

¹⁹² Quanto a isso, veja as referências na nota 18.

¹⁹³ BVerfGE, 14, 174 (186 s.); Eser; Hecker, 2014 (n. 6), § 1, n. 8.

¹⁹⁴ Röhl; Röhl, 2008 (n. 10), p. 544 s.; Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 4, n. 2, com mais referências.

A sua sugestão se baseou, entre outras razões, no fato de que a “inclusão do direito consuetudinário” lhe parecia problemática. “Ele queria esclarecer a necessidade de que, para intervir, o Executivo necessitaria de uma autorização legal surgida de forma democrática”¹⁹⁵. Essa variante “foi deixada de lado, pois não compreendia o direito consuetudinário”¹⁹⁶. Também o desenvolvimento do atual art. 123 da Lei Fundamental mostra que o termo “lei”, na opinião dos constituintes, não abrange, em princípio, o direito consuetudinário. O art. 123, par. 1, deveria, inicialmente, ter a seguinte formulação: “Leis e decretos da época [...]”. O Comitê de Redação Geral formulou, em seguida, da seguinte maneira: “O direito da época [...]”, mais precisamente: “O direito vigente anterior à reunião do Parlamento Federal [...]”. No tocante a essa alteração, o Deputado Dehler indicou que, com isso, “pretendia-se abranger todo o direito, tanto o direito escrito quanto o consuetudinário. Por isso a formulação precisava ser tão genérica”¹⁹⁷.

Portanto, onde a Constituição fala de “lei”, esse termo, via de regra, não se refere ao direito consuetudinário. Disso se pode derivar, inicialmente, e *contrario*, que o direito consuetudinário pode ser subsumido sob a formulação de uma norma da Lei Fundamental quando essa formulação for genérica. Isso se aplica, por exemplo, ao art. 2, par. 1 (“ordem constitucional”), art. 20, par. 3 (“direito”), e art. 123, par. 1 (“direito”), da Lei Fundamental. Se, pelo contrário, a Constituição exige uma “lei”, normas do direito consuetudinário não entram, em princípio, em cogitação. Por conseguinte, para o direito consuetudinário não há, por exemplo, obrigatoriedade de submissão da questão em pauta segundo o art. 100, par. 1, da Lei Fundamental¹⁹⁸. Além disso, o direito consuetudinário fica excluído como fundamento de autorização quando uma reserva legal explícita estiver em vigor. Isso corresponde inteiramente à opinião atual no que

¹⁹⁵ Quanto à questão toda, veja JöR, v. 1, p. 54 s., 1951.

¹⁹⁶ JöR, v. 1, p. 57, 1951; de outra opinião, ao que tudo indica, apenas o Deputado Zinn, cf. JöR, v. 1, p. 55, 1951.

¹⁹⁷ Quanto à questão toda, veja JöR, v. 1, p. 840 s., 1951; há divergência apenas nos materiais sobre o art. 97 da Lei Fundamental, onde se afirma “que sob lei [...] se deve entender ‘lei [...] em sentido mais elevado’” (JöR, v. 1, p. 717, 1951).

¹⁹⁸ MORGENTHALER, G. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz* (n. 61), art. 100, n. 10; PIEROTH, B. In: JARASS, H. D.; PIEROTH, B. (Ed.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 14. ed. München, 2016, art. 100, n. 10.

diz respeito ao direito consuetudinário pós-constitucional¹⁹⁹. Por conseguinte, tais normas não constituem um fundamento admissível para intervenções, como, por exemplo, no art. 2, par. 2²⁰⁰, art. 12, par. 1²⁰¹, e art. 14, par. 1²⁰², da Lei Fundamental. O mesmo se aplica, por causa do art. 103, par. 2, dessa Lei, para a punição de um delito²⁰³. De resto, o surgimento de um direito consuetudinário pós-constitucional deveria estar, de qualquer modo, excluído quando houver uma reserva legal em vigor²⁰⁴. Contudo, essa exclusão do direito consuetudinário representa uma restrição do estabelecimento de direito da “democracia de base” diretamente por parte do povo. Nesse caso, porém, trata-se de uma *autorrestrição* específica que “o povo alemão se impôs por força de seu poder constituinte”²⁰⁵. Diferentemente de uma exclusão geral de normas do direito consuetudinário²⁰⁶, tal proibição parcial também parece perfeitamente plausível. Isso diz respeito a uma esfera em que o direito autoriza intervenções de órgãos estatais em direitos particularmente significativos dos cidadãos. Nesse caso, a lei oferece uma vantagem decisiva em comparação com o direito consuetudinário. A fixação por escrito do texto da norma por parte do legislador torna mais fácil que as pessoas sujeitas ao direito e os aplicadores dele compreendam que formas de comportamento são permitidas ou vedadas. Com isso, a lei garante uma medida

¹⁹⁹ Freitag, 1976 (n. 50), especialmente p. 170; JARASS, H. D. In: JARASS; PIEROTH (Ed.), 2016 (n. 195), observação prévia antes de art. 1, n. 43; KREY, V. Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt. In: SCHWIND, H.-D. (Ed.). *Festschrift für Günter Blau*. Berlin, 1986. p. 123 (144); Giegerich. In: Maunz; Dürig, 2017 (n. 19), art. 123, n. 44; SACHS, M. In: Id. (Ed.). *Grundgesetz*. 8. ed. München, 2018, antes de art. 1, n. 113.

²⁰⁰ LANG, H. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz* (n. 61), art. 2, n. 68 (implicitamente); STARCK, C. In: MANGOLDT, H. V.; KLEIN, F.; STARCK, C. *Kommentar zum Grundgesetz*. 6. ed. München, v. 1, 2010, art. 2, n. 198 s.

²⁰¹ BVerfGE, 22, 114 (121); RUFFERT, M. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz* (n. 61), art. 12, n. 77; WIELAND, J. In: DREIER, H. *Grundgesetz Kommentar*. 3. ed. Tübingen, 2013, art. 12, n. 85; MANSSEN, G. In: Mangoldt; Klein; Starck, 2010 (n. 197), art. 12, n. 108.

²⁰² AXER, P. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz* (n. 61), art. 14, n. 82 (sem diferenciação).

²⁰³ HEINTSCHEL-HEINEGG, B. V. In: *Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 36. ed., § 1, n. 11; Möllers, 2017 (n. 7), § 4, n. 81; Eser; Hecker, 2014 (n. 6), § 1, n. 9, com mais referências; quanto a isso, veja também SATZGER, H. Dreimal “in causa” – Actio libera in causa, omissio libera in causa and actio illicita in causa. *Jura*, p. 513 (515), 2006: que, por causa do art. 103, par. 2, da Lei Fundamental, fala da existência de “obstáculos dogmáticos dificilmente transponíveis” quando se procura fundamentar a *actio libera in causa* por meio de um “reconhecimento pelo direito consuetudinário e jurisprudencial”.

²⁰⁴ RENCK, L. Res sacrae und Gewohnheitsrecht. *JZ*, p. 375 (378), 2001; Sachs, 2018 (n. 196), art. 20, n. 106.

²⁰⁵ Veja a referência na nota 64.

²⁰⁶ Quanto a isso, veja no texto após a nota 67.

de segurança jurídica à qual o direito consuetudinário não pode corresponder²⁰⁷. Nesse caso, a autorrestrrição implica uma autoproteção.

Portanto, o direito consuetudinário pós-constitucional não entra em cogitação como fundamento para intervenções. O que é controvertido, contudo, é se o direito consuetudinário pré-constitucional cumpre as exigências da reserva legal. Também nesse caso o que depõe contra isso é a menor segurança jurídica veiculada pelo direito consuetudinário não escrito²⁰⁸. Entretanto, os autores da Constituição escolheram deliberadamente a formulação mais geral do art. 123, par. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual “o direito vigente anterior à reunião do Parlamento Federal continuará válido, desde que não seja contrário à Lei Fundamental”, para incluir normas do direito consuetudinário²⁰⁹. O Tribunal Constitucional Federal também julgou, acertadamente, “que o imperativo de uma legislação formal contido no art. 12, par. 1, 2, da Lei Fundamental não diz respeito ao direito pré-constitucional. Neste sentido, ele se satisfaz com o princípio do art. 123, par. 1, da mesma Lei”²¹⁰. Por conseguinte, a própria Constituição determina a continuação da vigência do direito consuetudinário pré-constitucional. Nesse caso, normas pertinentes também devem ser apropriadas para servir de fundamento para intervenções estatais. Do contrário, a determinação do art. 123, par. 1, da Lei Fundamental é amplamente contrariada. Por isso, intervenções no art. 12, par. 1²¹¹, e no art. 14, par. 1²¹², da Lei Fundamental são admissíveis quando podem se apoiar em direito consuetudinário pré-constitucional. Com isso, a Constituição não é modificada, mas realizada de modo abrangente²¹³. Os seus autores determinaram, cientes de que normas do direito consuetudinário existem

²⁰⁷ Cf. Krey, 1986 (n. 196), S. 130.

²⁰⁸ Ibid., p. 146; de modo geral, são, além disso, contrários à admissibilidade de direito consuetudinário pré-constitucional Renck, 2001 (n. 201), p. 378; Jarass, 2016 (n. 196), observação prévia antes de art. 1, n. 43; HILLGRUBER, C. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. Heidelberg, 2011, § 201, n. 32.

²⁰⁹ Quanto a isso, veja no texto junto com a nota 194.

²¹⁰ BVerfGE, 34, 293 (303).

²¹¹ BVerfGE, 22, 114 (121); 34, 293 (303); SCHOLZ, R. In: Maunz; Dürig, 2017 (n. 19), art. 12, n. 332; Manssen, 2010 (n. 198), art. 12, n. 108; de outra opinião, Wieland, 2013 (n. 198), art. 12, n. 85; Ruffert, *Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz* (n. 198), art. 12, n. 77.

²¹² BVerfG, NVwZ, p. 1158 (1160), 2009; Papier, 2017 (n. 19), art. 14, n. 339 (sem diferenciação); Klose, 2016 (n. 16), p. 82 s.; de outra opinião Wieland, 2013 (n. 198), art. 14, n. 103 (sem diferenciação); Jarass, 2016 (n. 196), art. 14, n. 35, com mais referências.

²¹³ De outra opinião Wieland, 2013 (n. 198), art. 14, n. 103.

com efeito limitante em relação aos direitos fundamentais, a continuidade de sua vigência no art. 123, par. 1, da Lei Fundamental e admitiram, dessa maneira, o direito consuetudinário pré-constitucional como fundamento de intervenções.

Por outro lado, no âmbito da administração de prestações, serviços ou benefícios (*Leistungsverwaltung*), o direito consuetudinário não constitui um fundamento suficiente para a ação. Visto que o favorecimento de indivíduos, por exemplo, por meio de subsídios ou subvenções, pode acarretar um desfavorecimento de outros atores no mercado ou de outras organizações, as prestações ou os benefícios estatais necessitam, segundo a convincente opinião atual, de um fundamento em leis aprovadas pelo Parlamento quando tangem, ao mesmo tempo, à liberdade jusconstitucionalmente garantida de quem os recebe ou de um terceiro²¹⁴. De resto, a previsão dos recursos no respectivo orçamento deveria ser suficiente, e a administração pode definir por conta própria o repasse concreto²¹⁵. De modo coerente, o que foi dito acerca das intervenções estatais deveria se aplicar às prestações, aos serviços ou aos benefícios de órgãos estatais. Tanto o direito consuetudinário (pré-constitucional) quanto uma regulamentação legal podem proteger contra uma provisão prestacional arbitrária. No âmbito da administração prestacional, porém, a reserva legal serve não apenas para a proteção dos cidadãos, e sim, também, para preservar direitos do Estado. Um elemento característico do direito do orçamento estatal é a soberania orçamentária do Parlamento²¹⁶. Segundo ela, os Parلامentos têm a competência decisória no tocante ao emprego das receitas do Estado²¹⁷. Inversamente, uma norma do direito consuetudinário que fundamente um direito do cidadão a prestações estatais obriga o Estado a disponibilizar os recursos necessários. Esses recursos seriam subtraídos ao orçamento estatal sem que o Parlamento pudesse decidir sobre seu emprego. A consequência disso seria uma violação da soberania orçamentária do Parlamento garantida pelo direito constitucional. Portanto, tal direito consuetudinário estaria em contradição com a Constituição,

²¹⁴ BVerfGE, 80, 124 (131); HUBER, P. M. *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1991. p. 494; Grzeszick, 2017 (n. 61), art. 20 VI, n. 119, com mais referências; com posição mais restritiva, JESCH, D. *Gesetz und Verwaltung*. 2. ed. Tübingen, 1968. p. 175 ss., que postula uma “reserva legal total”.

²¹⁵ BVerfGE, 58, 45 (48); 104, 220 (222); Grzeszick, 2017 (n. 61), art. 20 VI, n. 117 s., com mais referências.

²¹⁶ HEINTZEN, M. In: Isensee; Kirchhof, 2007 (n. 67), § 120, n. 1.

²¹⁷ Cf. VOGEL, K. In: Isensee; Kirchhof, 2004 (n. 68), § 30, n. 47 ss.: segundo o qual até “a reserva da autorização parlamentar para dispêndios estatais [...] antecedeu a reserva da lei para intervenções na liberdade e propriedade dos cidadãos”.

não podendo, por causa disso, ter sua vigência continuada segundo o art. 123, par. 1, da Lei Fundamental²¹⁸.

5.2 DIREITO CONSUETUDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Em termos de hierarquia normativa, o direito consuetudinário se encontra no nível em que se desenvolve e poderia, portanto, em princípio, aparecer também como direito consuetudinário constitucional. A isso se objeta principalmente que o direito constitucional não escrito meramente complementa o direito constitucional e, por isso, só poderia “surgir como desdobramento, complementação ou aprofundamento dos princípios do direito constitucional escrito e sempre só em conformidade com os princípios deste último”. Essa “flexibilidade e efetividade do ordenamento constitucional da Lei Fundamental” praticamente não deixaria espaço para o direito consuetudinário constitucional²¹⁹.

De modo geral, entretanto, a Constituição apresenta um grau de abstração particularmente elevado, de modo que, via de regra, decisões podem ser subsumidas sob o texto normativo abstrato. Em face disso, o limite metodológico para a produção do direito talvez só seja ultrapassado raramente, mas uma determinada interpretação de normas jusconstitucionais também pode se consolidar e transformar em direito consuetudinário se e na medida em que ela for exercitada duradouramente pela comunidade jurídica e for considerada correta. Segundo Heinrich Amadeus Wolff²²⁰, o direito à autodeterminação informacional, por exemplo, é um direito consuetudinário constitucional. Esse direito não está normatizado na Lei Fundamental – ao menos não explicitamente. Ora, pode-se perfeitamente ser de opinião que o direito à autodeterminação informacional foi desenvolvido pelo direito jurisprudencial por meio de uma interpretação (extensiva) do art. 2, par. 1, da Lei Fundamental. Isso, porém, em nada muda o

²¹⁸ Em termos de resultado, essa é também a posição de GROSSER, H.-D. *Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand*. Berlin, 1983. p. 138 ss.: que recorre primordialmente ao princípio da separação de poderes.

²¹⁹ Quanto à questão como um todo, BADURA, P. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, v. VII, 1992, § 160, n. 9 s.; de modo semelhante, UNRUH, P. *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*. Tübingen, 2002. p. 431.

²²⁰ *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*. Tübingen, 2000. p. 465. Além disso, Wolff (p. 416) é de opinião que “com os pressupostos do direito consuetudinário constitucional dificilmente se terão dificuldades no caso da reserva da lei”.

fato de que esse direito está estabelecido atualmente na comunidade jurídica, de modo que essa interpretação foi, de modo geral, reconhecida como correta. Além disso, o “exercício” regular do direito à autodeterminação informacional levou a uma consolidação na sociedade que, em princípio, exclui uma interpretação divergente para o futuro. Abstraindo disso, existe a possibilidade de que surja direito consuetudinário de nível constitucional mesmo sem referência ao texto normativo. Assim, por exemplo, o hino à Alemanha é tido, do ponto de vista do direito consuetudinário constitucional, como hino nacional²²¹, embora na Lei Fundamental não se encontrem regulamentações nas quais o hino nacional pudesse se apoiar.

Por conseguinte, o surgimento de normas do direito consuetudinário constitucional é perfeitamente possível. Com isso, porém, coloca-se forçosamente a pergunta a respeito de sua admissibilidade. Ao que tudo indica, na literatura existe consenso de que o direito consuetudinário constitucional derogatório é inadmissível²²². O que é controvertido é, por outro lado, a admissibilidade de normas do direito consuetudinário constitucional *praeter constitutionem*. Os críticos argumentam que a função de marco exercida pela Constituição visa abrir margens interpretativas. Por isso, “deve ser inadmissível estreitar o marco configurado pelo texto constitucional *praeter constitutionem*”²²³. Além disso, o art. 79, par. 1, 1, da Lei Fundamental proibiria (implicitamente) o direito consuetudinário constitucional, já que uma mudança da formulação seria necessária para uma mudança da Lei Fundamental²²⁴. De modo geral, essas objeções não chegam a ser convincentes. Primeiramente, o art. 79, par. 1, 1, da Lei Fundamental só exige uma mudança ou complementação da formulação no caso de uma *mudança da Lei Fundamental*. Mas tal mudança da Constituição Federal não ocorre quando o direito consuetudinário constitucional se desenvolve *ao lado* da Lei Fundamental; portanto, esse artigo da Lei Fundamental só tangeria, quando muito, ao direito consuetudinário constitucional derogatório²²⁵. É verdade que

²²¹ KLEIN, W. “Einigkeit und Recht und Freiheit” ins Grundgesetz? *ZRP*, p. 12 (14), 201; veja também já ALLGAIER, E. Ist das Deutschlandlied geltende Nationalhymne? *MDR*, p. 1022, 1988.

²²² HERDEGEN, M. In: Maunz; Dürig, 2017 (n. 19), art. 79, n. 30; Unruh, 2002 (n. 216), p. 431, com mais referências.

²²³ Unruh, 2002, (n. 216), p. 431.

²²⁴ *Ibid.*, p. 431, com mais referências; de modo semelhante, Grzeszick, 2017 (n. 61), art. 20 VI, n. 31.

²²⁵ Essa também é a posição de TOMUSCHAT, C. *Verfassungsgewohnheitsrecht?* Heidelberg, 1972. p. 88 ss.: sobre o teor do art. 79, par. 1, da Lei Fundamental.

o direito consuetudinário constitucional pode estreitar o marco interpretativo dado pela Lei Fundamental, mas tal estreitamento pode ser imperativo quando uma determinada interpretação tiver se estabelecido. Imagine-se apenas que o Tribunal Constitucional Federal pudesse negar a existência de um direito à autodeterminação informacional porque simplesmente passa a interpretar o art. 2, par. 1, da Lei Fundamental de maneira diferente. A Constituição “nasce de um ato historicamente concreto do poder constituinte por força de uma atribuição ideológica à ‘vontade’ do povo [...]”²²⁶. Portanto, a Lei Fundamental em seu conjunto remonta, assim como o direito consuetudinário, à vontade do povo como detentor do poder estatal. Então deve ser possível uma complementação do texto (lacunar) da Constituição pelo direito consuetudinário constitucional que seja sustentada pelo povo²²⁷. Visto que o direito consuetudinário leva uma vida própria ao lado do direito escrito²²⁸, será preciso, além disso, admitir teoricamente até mesmo um direito consuetudinário constitucional derogatório, caso se queira implementar coerentemente o princípio da soberania popular. Na prática, porém, um surgimento de tais normas decerto não chega a ocorrer; em todo caso, seria necessário um exercício prolongado de uma prescrição comportamental *inconstitucional*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito escrito e o direito consuetudinário são, em princípio, duas fontes do direito de igual valor. Enquanto que o direito escrito se distingue por seu caráter formal e particularmente pela fixação por escrito do texto normativo, o direito consuetudinário é uma fonte do direito característica da democracia de base²²⁹, que extrai sua legitimação diretamente da vontade do povo.

A vigência de uma norma como direito consuetudinário pressupõe, além do exercício prolongado, que a diretiva seja tida como um imperativo do direito

²²⁶ Badura, 1992 (n. 216), § 160, n. 7.

²²⁷ Em termos de resultado, essa é também a posição de Herdegen, 2017 (n. 219), art. 79, n. 30; Wolff, 2000 (n. 217), p. 427 ss.; implicitamente, BARCZAK, T. Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern. *NVwZ*, p. 1014 (1018), 2015; e Ossenbühl, 2007 (n. 67), § 102, n. 43; de outra opinião parecem ser Unruh, 2002 (n. 216), p. 432; Tomuschat, 1972 (n. 222), especialmente p. 138 ss.; Grzeszick, 2017 (n. 61), art. 20 VI, n. 31.

²²⁸ Quanto a isso, veja mais no texto com a nota 70.

²²⁹ Essa é também a posição de DREIER, R. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Ed.). *Staatslexikon: Zweiter Band*. 7. ed. Freiburg im Breisgau, 1986, col. 1062; de modo semelhante já Schmidt, 1881 (n. 2), p. 8 s. (“A saber, ao direito consuetudinário como expressão direta da vontade do povo...”).

por uma maioria da comunidade jurídica. Em consequência disso, no caso da procuração presuntiva, por exemplo, não se trata de direito consuetudinário, pois ela continua sendo criticada com veemência²³⁰. Em face disso, não se pode dizer que haja uma convicção jurídica uniforme. Por outro lado, a questão de quem seja o autor da prescrição comportamental não tem importância. Por isso, também regras produzidas pelo Judiciário podem se transformar em direito consuetudinário na medida em que os pressupostos de seu surgimento anteriormente mencionados estejam cumpridos; do contrário, os produtos da atividade judicial permanecem sem vinculatividade normativa.

A identificação de uma norma do direito consuetudinário sempre exige uma verificação cuidadosa. O direito consuetudinário nunca deve ser usado de modo irrefletido como “argumento arrasa quarteirão”. Isso se aplica não só, mas especialmente, ao juiz, que, com uma classificação errônea da prescrição de comportamento em termos da teoria das fontes do direito, pode criar uma base de confiança qualificada e, com ela, onerar pesadamente os julgamentos subsequentes. Uma identificação precipitada de (supostas) normas do direito consuetudinário para fundamentar a própria decisão faz com que o direito consuetudinário se torne uma fonte jurídica altamente insegura. Por outro lado, uma atitude restritiva levará, em longo prazo, a um fortalecimento da mais antiga das fontes do direito.

Submissão em: 30.11.2018

Avaliado em: 04.12.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.12.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 29.01.2019

²³⁰ SCHUBERT, C. In: STAUDINGER, J. V. *BGB*. Berlin, 2005 (n. 155), § 167, n. 92; Wolf; Neuner, 2016 (n. 14), § 50, n. 98, n. 186; de outra opinião são Bundesarbeitsgericht (BAG) [Tribunal Federal do Trabalho], *NZA*, p. 524 (526), 2013; LEIPOLD, D. *BGB I: Einführung und allgemeiner Teil*. 9. ed. Tübingen, 2017, § 24, n. 36.